

AGENTES ‘COMUNITARIOS’ Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: ¿ES POSIBLE DEROGAR LA CJI DE LOS TRIBUNALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS?

Elena Rodríguez Pineau*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y SUS POSIBLES SOLUCIONES. III. EL CONTROL PUNTUAL DE LA CLÁUSULA SUMISORIA EN LOS CONTRATOS DE AGENCIA. IV. EL CONTROL EN SEDE DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN. V. EL *FORUM LEGIS* COMO MECANISMO DE CONTROL POR DEFECTO. VI. CLÁUSULA ARBITRAL, ¿ALTERNATIVA A LA CLÁUSULA SUMISORIA? VII. CONSIDERACIONES FINALES.**

I. INTRODUCCIÓN

1. La cuestión acerca de los límites a la autonomía de la voluntad procesal de los agentes comerciales en el tráfico internacional no suscita especiales dificultades. El contrato de agencia es uno que vincula a dos partes (en principio) en posición de equilibrio contractual, lo que les permite elegir ante qué tribunal quieren litigar las cuestiones derivadas de ese contrato. Esta libertad no tendría más requisitos que respetar que los límites previstos por el Derecho procesal civil internacional, bien el Reglamento 44/2001 (Reglamento Bruselas I) si estamos en un supuesto de carácter comunitario (*v. gr.* si al menos una de las partes está domiciliada en la Comunidad y eligen un tribunal comunitario, art. 23), bien las normas autónomas de Derecho procesal de cada Estado miembro cuando dicho Reglamento no resulta aplicable (*i. e.* porque ninguna de las partes está domiciliada en la Comunidad pero deciden someterse a los tribunales de un Estado miembro, por ejemplo, en el caso español, el art. 22 LOPJ; en el alemán, los §§ 38-40 ZPO, etc.).¹ Recordaremos que estas soluciones no deben modificarse por el

* Profesora contratada-doctora de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid.

** Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación SEC 2006-14516/JURI, “La incidencia del Derecho internacional privado en el proceso de integración europea (II)”. Quiero agradecer los enriquecedores comentarios de cuantos participaron en la sesión del ‘Seminario Profesor González Campos’ de la UAM en la que presenté una primera versión de este trabajo. La responsabilidad sobre las opiniones aquí recogidas recae exclusivamente en la autora.

© Elena Rodríguez Pineau. Todos los derechos reservados.

¹ AGUILAR GRIEDER, H., *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, COLEX, Madrid, 2007, pp. 139 ss; FACH GÓMEZ, K., “El Reglamento 44/2001 y los contratos de agencia comercial internacional: aspectos jurisdiccionales”, *R.E.D.C.*, 2003, pp. 181 ss.; MANKOWSKI, P., “Commercial Agents and the Brussels I Regulation” en *Parmalat y otros casos de Derecho internacional*

hecho de que la cláusula sumisoria se incorpore en condiciones generales de la contratación.²

2. Sin embargo, esta construcción podría ser cuestionada, y de ahí la cautela utilizada en el párrafo anterior, si se considerara que la posición del agente no es de equilibrio contractual respecto de su principal, sino que se acerca o asemeja a la del trabajador. De ser así, ello obligaría a revisar el planteamiento seguido, puesto que tanto el Derecho procesal civil comunitario como el de los Estados miembros, prevén en estos supuestos una autonomía limitada, favoreciendo la posición procesal del trabajador frente a su empleador. Sin entrar en más detalles, y remitiéndonos a lo ya dicho en otro lugar,³ no parece que en el estado actual de cosas pueda prosperar esta postura: el Tribunal de Justicia de la Comunidad (TJCE) ha declarado en varias ocasiones que agente y trabajador no son figuras equivalentes, por lo que el régimen de protección de los arts. 18 y ss del Reglamento Bruselas I no es de aplicación a los casos de agencia internacional. En el mismo sentido deben interpretarse las normas de Derecho autónomo procesal.

3. Así pues, el principio de la autonomía de la voluntad en materia de contrato de agencia no parece discutible con las normas procesales actualmente en vigor. Las dudas que llevan a la posible revisión de los argumentos precedentes sólo pueden provenir de otro tipo de consideraciones, en concreto las vinculadas a la ley aplicable. Como ya se apuntó con anterioridad,⁴ desde el año 2000 se escuchan voces que cuestionan esta construcción de la autonomía de la voluntad cuando los agentes desarrollan su actividad en territorio comunitario. En efecto, en esa fecha, el TJCE dictó la sentencia *Ingmar*⁵ en la que se establecía el carácter imperativo de determinadas disposiciones de la Directiva 86/653, que regula el contrato de agencia, por cuanto la finalidad de estas normas es la de proteger la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada dentro de la CE. En consecuencia, el TJCE puso de relieve que la protección garantizada por el Derecho comunitario a los agentes que desarrollan su actividad en dicho territorio no podía ser eludida mediante el recurso a normas de conflicto.⁶ En otros términos: la autonomía de la voluntad para elegir la ley aplicable al contrato no puede resultar en una reducción de los derechos previstos por la normativa comunitaria a favor del agente. Y por ello estableció el carácter imperativo de dichas normas, que deben aplicarse en todo caso. Lo que no previó el TJCE es la posibilidad de que esta protección se viera desvirtuada por otro mecanismo, esta vez de naturaleza

privado, Calvo Caravaca/Rodríguez Rodrigo (dirs.), COLEX, Madrid, 2007, pp. 413-432, p. 423; RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Contrato de agencia y Derecho comunitario: ¿nuevas perspectivas procesales?”, *R.E.D.E.*, 2003, 467ss.

² Con más detalle, sobre estas cuestiones, *vid.* RODRÍGUEZ PINEAU, “Contrato de agencia...”, *op. cit.* pp. 486-487, núm. 23 y bibliografía ahí citada. Más dudas acerca de la posibilidad de controlar las cláusulas de sumisión desde este ángulo tienen JIMÉNEZ BLANCO, P., “Nota a S. AP Santa Cruz de Tenerife de 10 de septiembre de 2001”, *R.E.D.I.*, 2002, pp. 378 y ss, pp. 386-7; MANKOWSKI, “Commercial agents...”, *op. cit.*, p. 429.

³ RODRÍGUEZ PINEAU, “Contrato de agencia...”; *op. cit.*, pp. 489-491.

⁴ RODRÍGUEZ PINEAU, “Contrato de agencia...”, *op. cit.* pp. 487 ss.

⁵ Asunto C-381/98 *Ingmar c. Eaton LTC* de 9.11.00, Rec. p. I-9305.

⁶ Así lo establecen los párrafos 21 a 25 de la sentencia.

procesal: como en esencia el Derecho aplicable depende del tribunal que conoce del asunto (*i.e.* el denominado sistema de referencia), bastaría con someter el litigio a los tribunales de un Estado no comunitario, que no están obligados a aplicar estas normas imperativas comunitarias de protección, para eludir el efecto perseguido por la jurisprudencia *Ingmar*.⁷

La incidencia que la libertad de pacto en sede procesal pueda tener sobre la efectiva aplicación de normas imperativas del foro es un debate que ya ha sido abordado por la doctrina, especialmente en la literatura alemana, muy sensible a los efectos que las normas de carácter imperativo puedan tener sobre la competencia de sus tribunales.⁸ Esta discusión puede enmarcarse en otra más general sobre las tendencias opuestas que se verifican en el comercio internacional, donde cada vez existe una mayor 'internacionalización' de los litigios (entre otros motivos, por la autonomía que se reconoce a las partes) y una progresiva incidencia de normas unilaterales (imperativas) que pretenden imponer una determinada regulación sustantiva.⁹ Pero el discurso teórico empieza a encontrar su contraste en la práctica judicial, y es precisamente la jurisdicción alemana, en una decisión del *OLG München*, quien ofrece la primera sentencia sobre los límites que una norma imperativa de protección del agente debe producir sobre la autonomía de la voluntad procesal.¹⁰ La nada sorprendente respuesta se alinea con la interpretación más restrictiva de la libertad de pacto para garantizar los derechos del agente y establece la nulidad de una cláusula de sumisión a los tribunales californianos cuando el agente desarrolla su actividad en territorio comunitario. Esta jurisprudencia, aun habiendo sido celebrada por cierta doctrina,¹¹ también ha sido criticada por las consecuencias que puede producir en el tráfico comercial internacional.¹²

4. Los hechos que dan lugar a la sentencia del *OLG München* son bastante parecidos a los del caso *Ingmar*: una sociedad establecida en Manching bei München (Alemania) celebra un contrato de agencia con una empresa californiana (EE.UU) para

⁷ Lo que se había apuntado ya incluso antes de la sentencia *Ingmar*, cfr. LANDO, O., "The EEC Draft Directive Relating to Self-Employed Commercial Agents", 44 *RabelsZ*, pp. 1 y ss, p. 16.

⁸ Entre otros, sosteniendo distintas posiciones, R. HAUSMANN, "Gerichtsstandsvereinbarungen", en *Internationales Vertragsrecht*, REITHMANN/MARTINY (eds.), 5. Auf. 1996, p. 1684; GEIMER, R./SCHUTZE, R., *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, München, 2004, p. 382, §23 Rd 74; MANKOWSKI, P., "Der Ausgleichsanspruch des internationalen tätigen Handelsvertreters", *MDR*, 2002,1352, 1355; SAMTLEBEN, J., "Prorogationsbeschränkungen und Schiedsklauseln im internationalen Geschäftsverkehr", *IPRax*, 1981, pp. 43 y ss, p. 44; HOPT, K., *Handelsvertreterrecht*, (Beck'sche Kurz Kommentare), 2. Aufl. München, 1999, §92 c HGB Rn. 11. En Suiza puede verse el trabajo de VISCHER, F., "Lois d'application immédiate als Schranken von Gerichtsstands und Schiedsvereinbarungen", en *Collisio Legum-Études en DIPr pour Gerardo Broggin*, Milan, 1997, pp. 577-594. En la doctrina española, vid. VIRGÓS, M. /GARCIMARTÍN, F., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., 2007, p. 298.

⁹ Sobre estas cuestiones véase RADICATI DI BROZOLO, L., "Mondialisation, juridiction, arbitrage: vers des règles d'application semi-nécessaires?", *R.C.D.I.P.*, 2003, pp. 1-36.

¹⁰ *OLG München*, 17.5.2006 – 7 U 1781/06, *IHR*, 2006, pp. 166 ss.

¹¹ THUME, K.-H., "Anmerkung zum *OLG München*, Urteil vom 17.5.2006", *IHR*, 4/2006, pp. 166-170; MANKOWSKI, "Commercial agents...", *op. cit.*, pp. 427 ss.

¹² RÜHL, G., "Die Wirksamkeit von Gerichtsstands- un Schiedvereinbarungen im Lichte der *Ingmar*-Entscheidung des EuGH (zu *OLG München*, 17.5.2006)", *IPRax*, 2007, pp. 294-302.

ser su representante en Alemania y Austria, países a los que posteriormente se añaden Hungría, Eslovenia, Polonia y República Checa. El contrato incluye una cláusula de elección de ley (californiana), una cláusula arbitral a favor de la *American Arbitration Association* y una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de Santa Clara, California. La sociedad californiana rescinde sin preaviso el contrato en 2004, lo que motiva que la sociedad alemana plantee una demanda ante los tribunales alemanes. En primera instancia, el *Landgericht* se declara incompetente a la luz de las cláusulas sumisoria y arbitral incluidas en el contrato. Esta decisión es recurrida por el agente ante el *OLG München*, que establece la nulidad de la cláusula sumisoria a favor de los tribunales de California y la competencia de los tribunales alemanes. Para el *OLG München*, el tribunal alemán debe declarar la nulidad de la cláusula de elección de foro porque existe un riesgo o peligro de que el tribunal elegido por las partes no aplique las normas imperativas alemanas, entre las cuales se incluyen las de protección de ciertos derechos del agente que opera en territorio comunitario, como deriva de la jurisprudencia del TJCE en el asunto *Ingmar*.¹³

5. En las páginas que siguen se analizará cómo pueden o deben incidir las normas imperativas de protección del agente sobre la autonomía procesal. Dicha protección se va a suscitar fundamentalmente en supuestos como los que sustentan los casos *Ingmar* o del *OLG München*, es decir, agente (con establecimiento comunitario o no) vinculado a un principal establecido fuera de la CE para el que desarrolla su actividad en territorio comunitario. Por ello, éste será el prototipo de supuesto al que se pretende responder con este trabajo. No se trata sólo de presentar las posibilidades en el orden teórico, sino también de contrastarlas con su efectiva aplicación en dos países que han desarrollado una línea jurisprudencial sobre esta materia: Alemania y Estados Unidos. Con ello se persigue analizar cuáles son las opciones jurídicamente justificadas así como las consecuencias que optar por una u otra produce en el tráfico comercial internacional.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y SUS POSIBLES SOLUCIONES

6. La necesidad de controlar la autonomía de la voluntad en sede procesal para el contrato de agencia internacional surge pues, como consecuencia de un desarrollo progresivo de la protección de los agentes en territorio comunitario. En un primer momento dicha protección resulta de la armonización material de las normas (sustantivas) de agencia en los Estados miembros mediante la Directiva 86/653. Ahora

¹³ El tribunal alemán habla de que “*Angesichts des Schutzzwecks der Eingriffsnorm reicht es vilemehr für die Annahme eines Derogationsverbots aus, wenn die nahe liegende Gefahr besteht, dass das Gericht des Drittstaats zwingendes deutsches Recht nicht zur Anwendung bringt.*” En el texto se ha mantenido la doble traducción de riesgo y peligro, ya que ni siquiera la propia doctrina alemana parece uniforme en la traducción de este término de ‘*nahe liegende Gefahr*’. Así, mientras que MANKOWSKI (“Commercial Agents...”, *op. cit.*) lo traduce como riesgo inminente, RÜHL prefiere la traducción de probabilidad, en tanto que la intención del tribunal no es la de asegurar la certeza del evento cuanto la probabilidad de que se produzca (RÜHL, G., “Extending *Ingmar* to Jurisdiction and Arbitration Clauses: The End of Party Autonomy in Contracts with Commercial Agents?”, *E.R.P.L.*, 2007, pp. 891-903, p. 894).

bien, esta protección se revela ineficaz cuando las partes, en ejercicio de su autonomía conflictual, eligen como ley del contrato un Derecho no comunitario en el que no se garantiza el mismo nivel de protección al agente que el impuesto por la Directiva. Esta laguna de protección se cubre en el año 2000 con la intervención del TJCE, en el asunto *Ingmar*, en el que se establece el ya aludido carácter imperativo de dichas normas para los contratos internacionales, de manera que la elección de una norma no comunitaria como ley del contrato no puede privar de la protección comunitaria al agente que desarrolla su actividad en territorio CE. La necesidad de un tercer grado o nivel de protección se observa cuando se comprueba que existe una posibilidad de eludir este carácter imperativo mediante el ejercicio de la autonomía procesal, sometiendo la cuestión litigiosa a los tribunales de un Estado no comunitario. Frente a esta situación no se verifica ninguna reacción legislativa comunitaria, pues ni la Directiva 86/653 ni el Reglamento 44/2001 (redactado tras el asunto *Ingmar*) prevén una regla procesal de protección al agente. Esta imprevisión podría explicarse por el tipo de supuesto al que nos enfrentamos ya que, cuando es el agente quien pretende hacer valer sus derechos frente al principal domiciliado fuera de la Comunidad, no estamos dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I. Y por tanto, en aplicación de lo previsto en el propio (art. 4) Reglamento, la solución queda remitida a la normativa procesal de los Estados Miembros (LOPJ, ZPO, etc.). Siendo esto así, se verifica que tampoco éstos conocen mecanismos de restricción de la autonomía de la voluntad a favor del agente.

7. Conviene en este punto detenernos en la situación paradójica que genera la regulación comunitaria en esta materia ya que, si observamos el problema desde el punto de vista sustantivo, la situación presenta una relación estrecha con la Comunidad,¹⁴ mientras que desde el punto de vista procesal no, puesto que el propio ordenamiento comunitario determina que la conexión comunitaria no es suficientemente relevante (al demandar a un principal domiciliado fuera de la CE). Por tanto, el sistema nos remite a las reglas de CJI autónomas. Ahora bien, ante la posibilidad de que se pueda eludir la protección material por vía de las reglas procesales, se suscita la cuestión de cuál deba ser el alcance del Derecho comunitario sobre estas últimas, lo que no deja de ser paradójico, pues es el propio sistema comunitario el que se ha 'inhibido' en favor de la normativa estatal, al entender que la conexión procesal con la Comunidad no es lo suficientemente estrecha.

Para analizar esta cuestión procederemos en varias etapas. En primer lugar estudiaremos cómo se ha controlado en los sistemas de DIPr la autonomía de la voluntad procesal cuando está en juego la efectiva aplicación de normativa imperativa del foro. Este control se lleva a cabo tanto desde una perspectiva *ex ante*, es decir, verificando la validez de la propia cláusula de sumisión (*infra* III), como *ex post*, en sede de reconocimiento y ejecución de la decisión dictada por el tribunal elegido por las partes (*infra* IV). Este análisis en clave de DIPr será posteriormente revisado con los parámetros del Derecho comunitario, ponderando si el carácter comunitario de las normas imperativas en juego impone una solución específica para este supuesto, en

¹⁴ En términos de la sentencia *Ingmar*, porque el agente desarrolla su actividad en territorio comunitario (vid. párrafo 25).

concreto la apertura de un *forum legis* que establezca con carácter general la invalidez de este tipo de cláusulas si no es a favor de un tribunal comunitario (*infra* V). Dado que aún sería posible eludir este mecanismo mediante el recurso a cláusulas compromisorias, haremos también una referencia a la autonomía de la voluntad en sede arbitral (*infra* VI). Por último, unas consideraciones finales recogen las conclusiones y propuestas de este trabajo (*infra* VII).

III. EL CONTROL DE LA CLÁUSULA SUMISORIA EN LOS CONTRATOS DE AGENCIA

8. En ausencia de una normativa que establezca el control generalizado de las cláusulas de sumisión en los supuestos en que su aceptación implique poner en riesgo la aplicación de las normas imperativas, parece que un control para el caso –planteado a raíz de la presentación de la demanda por el agente ante un tribunal comunitario y cuya competencia es cuestionada por el principal invocando la cláusula de sumisión– sea la posición más prudente y sin duda ha gozado de un cierto apoyo en la doctrina alemana. Este control de la autonomía de la voluntad para cada caso se justifica porque la regla básica del sistema es precisamente la de la libertad de las partes. Al no existir una normativa específica sobre el control puntual de las cláusulas de sumisión, la elaboración debe resultar del recurso a los mecanismos generales del sistema, cláusulas como el abuso de derecho, el fraude de ley o, con todas las cautelas, el orden público internacional. No procede retomar con detalle la construcción teórica realizada en un trabajo anterior,¹⁵ pero sí nos detendremos algo más en las elaboraciones jurisprudenciales sobre el control de la cláusula de sumisión cuando existe normativa imperativa en el foro. En un primer momento abordaremos la jurisprudencia de los tribunales alemanes y norteamericanos. La doctrina que resulta en ambos casos es favorable a un control limitado (*infra* 1). Por el contrario, la sentencia del *OLG München* refuerza la idea del control riguroso, favorable a la nulidad de las cláusulas sumisorias en estos supuestos. El contraste con la jurisprudencia de referencia alemana merece que dediquemos unas líneas también a las razones de dicha decisión (*infra* 2).

1. Dos enfoques sobre la cuestión: la jurisprudencia de los tribunales alemanes y norteamericanos sobre el control de cláusulas sumisorias

9. En el marco europeo son probablemente los tribunales alemanes los que más esfuerzos han dedicado a la incidencia que las normas imperativas internacionales tienen sobre la autonomía de las partes para elegir someter sus litigios a un tribunal extranjero. Durante casi medio siglo el Tribunal Supremo alemán (*BGH*) ha elaborado una jurisprudencia en la que establece, con mayor o menor claridad, los principios para el análisis de las cláusulas sumisorias en estos supuestos. Durante un período similar, del otro lado del Atlántico, los tribunales norteamericanos han procedido a la misma tarea, estableciendo una sólida jurisprudencia sobre la materia. La comparación de

¹⁵ *Vid.* RODRÍGUEZ PINEAU, “Contrato de agencia...”, *op. cit.* p. 494.

ambos casos puede servir para entender cuáles son los principios de base del control de las cláusulas de elección de foro y cómo optar por una línea u otra refleja los distintos intereses que están en juego en el tráfico comercial internacional.

A) El control en términos del BGH

10. La jurisprudencia del *BGH* sobre el control de las cláusulas de sumisión cuando existe normativa internacionalmente imperativa se ha desarrollado a lo largo de cuarenta años, en una serie de decisiones que van perfilando los matices de la cuestión.¹⁶ Siguiendo el análisis realizado de esta jurisprudencia por la propia doctrina alemana, podemos distinguir tres fases en la elaboración de esta doctrina favorable al control de las cláusulas sumisorias.¹⁷ En un primer momento, que se inicia con una decisión de 1961 en un asunto relativo a las normas de protección del agente según la normativa alemana (§89 b HGB), el *BGH* establece la posibilidad de que haya una conexión entre los límites a la autonomía de la voluntad y la validez de las cláusulas sumisorias, en particular cuando se trata de normas internacionalmente imperativas.¹⁸ La segunda fase se produce a partir de una sentencia de 1983, en materia de contrato de fletamento, en la que el *BGH* establece que una cláusula de elección de foro puede ser nula si, en conjunción de una cláusula de elección de ley, excluye la responsabilidad del fletador conforme al § 662 HGB.¹⁹ En esta decisión lo relevante no es tanto que exista una norma imperativa como el resultado que se produce de aplicar el Derecho elegido en ese caso y su compatibilidad con la norma imperativa. Lo que el *BGH* no establece con claridad es en qué términos procede la comparación. La tercera fase introduce una nueva precisión con una sentencia de 1984 (luego retomada por jurisprudencia posterior): a raíz de una decisión relativa a negocios bursátiles a plazo, el *BGH* establece la imposibilidad de reconocer una decisión extranjera que ignore las normas imperativas de la ley alemana que regula estos contratos, porque ello perjudicaría la consecución de los fines de esta norma y, por la misma razón, establece la nulidad de una cláusula de elección de foro que produzca tal resultado de inaplicar el Derecho imperativo alemán.²⁰ Llama la atención en este último supuesto cómo el parámetro de control inicial es el orden público en sede de reconocimiento que posteriormente, sin más justificación, se traslada a la función de control de la cláusula de sumisión.²¹

¹⁶ Un estudio detallado de estas decisiones puede verse en WELLER, M., *Ordre-public-Kontrolle internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen im autonomen Zuständigkeitsrecht*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 219-246.

¹⁷ RÜHL, "Die Wirksamkeit...", *op. cit.*, pp. 296-297.

¹⁸ "Die Vereinbarung eines ausländischen Gerichtsstands unwirksam sein [könne], wenn die Parteien die Anwendung des betreffenden ausländischen Rechts nicht wirksam konnten" (BGH, 30.1.1961, *NJW* 1961, 1061, 1062).

¹⁹ BGH, 30.5.1983, *NJW* 1983, 2772.

²⁰ "Ferner können aus diesem Grunde ausländische Urteile über Forderungen aus Börsentermingeschäften, in denen dies Vorschriften des deutschen Rechts über die Termingeschäftsfähigkeit nicht beachtet worden sind, nicht zur Vollstreckung anerkannt werden, weil sonst der Zweck des Börsengesetzes verfehlt würde... Aus denselben Grunde muss auch einer Gerichtsstandsvereinbarung die Wirksamkeit versagt werden" (BGH, 12.3.1984, *NJW* 1984, 2037).

²¹ WELLER, *Ordre-public-Kontrolle, op. cit.*, p. 234.

11. De esta breve presentación pueden destacarse algunos elementos de la jurisprudencia del *BGH* alemán. En primer lugar, el Tribunal Supremo alemán no sienta con carácter general la nulidad de las cláusulas de elección de foro, sino tras un análisis de cada caso concreto. Pero en este desarrollo jurisprudencial no se sigue una línea delimitada, pues en unas ocasiones el criterio de revisión se acerca al orden público ‘conflictual’, en tanto se comprueba el resultado que produce la aplicación de un Derecho extranjero (a raíz de que conozca un tribunal extranjero), descartando la aplicación de normas imperativas alemanas, mientras que en otras el control de la cláusula de sumisión se presenta como una proyección del orden público en sede de reconocimiento. Esta indefinición ha sido criticada por la doctrina alemana, pero puede observarse un elemento positivo en la construcción general, pues el control de las cláusulas de sumisión se activa cuando no existe otro medio de garantizar el respeto de los intereses superiores del ordenamiento alemán.²²

B) El control en la jurisprudencia norteamericana

12. El sistema judicial norteamericano ha abordado el tema de la validez de las cláusulas de sumisión a lo largo de más de cincuenta años, en una jurisprudencia que puede aportar interesantes elementos de comparación.²³ Uno de los hitos de esta jurisprudencia lo estableció sin duda la sentencia *Bremen*.²⁴ En esta decisión se planteaba la validez de una cláusula que confería la competencia a los tribunales ingleses en detrimento de los tribunales norteamericanos. El Tribunal Supremo norteamericano estableció que, en principio, las cláusulas sumisorias deben respetarse, salvo que la parte que se opone a la cláusula demuestre que, atendiendo a las circunstancias del caso, aceptar su validez no sea razonable.²⁵ Con ello establece el denominado ‘test de razonabilidad’ cuya finalidad fundamental es garantizar la seguridad jurídica así como la fluidez de las relaciones comerciales internacionales.²⁶ Con posterioridad, y en concreto en la saga de los denominados casos *Lloyd’s*,²⁷ la jurisprudencia de las instancias inferiores ha delimitado cuándo estamos en una situación de irrazonabilidad: (i) si la cláusula resulta de fraude, intimidación o desequilibrio contractual; (ii) si el foro elegido priva a la parte de sus oportunidades;

²² RÜHL, “Die Wirksamkeit...”, *op. cit.* p. 297; WELLER, *Ordre-public-Kontrolle*, *op. cit.* p. 245.

²³ Con detalle, WELLER, *Ordre-public-Kontrolle*, *op. cit.* pp. 246 ss.

²⁴ *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, (1972).

²⁵ “This view, advanced in the well-reasoned dissenting opinion in the instant case, is that such clauses are *prima facie* valid and should be enforceable unless enforcement is shown by the resisting party to be ‘unreasonable’ under the circumstances” (407 U.S. 1, 10 [1972]).

²⁶ “The elimination of all such uncertainties by agreeing in advance on a forum acceptable to both parties is an indispensable element in international trade, commerce and contracting”. (407 U.S. 1, 13 [1972]). Un poco antes se recoge la conocida cita: “The expansion of American business and industry will hardly be encouraged if, notwithstanding solemn contracts, we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts (...). We cannot have trade and commerce in the world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts” (407 U.S. 1, 9 [1972]).

²⁷ La jurisprudencia *Lloyd’s* incluye una larga serie de casos en los que el denominador común es la participación de la casa inglesa de seguros *Lloyd’s* y en los que los contratos derogaban la competencia de los tribunales norteamericanos a favor de tribunales (jurisdiccionales o arbitrales) ingleses.

(iii) si aceptar la cláusula contraría alguna norma de orden público del foro ante el que se evalúa la validez de dicha cláusula.²⁸

13. Así pues, la primera aproximación a la jurisprudencia norteamericana nos ofrece un panorama favorable a la libertad de pacto que derogue la competencia de los tribunales norteamericanos a pesar de la existencia de normativa imperativa en el foro. En este contexto puede resultar llamativa la consideración que el Supremo norteamericano introduce en 1985 en el caso *Mitsubishi*.²⁹ Aunque la sentencia afirmó la posibilidad de someter a arbitraje (en Japón) una disputa relativa a ciertos derechos que la normativa de Derecho de la competencia norteamericana confiere a una de las partes, el Supremo norteamericano dictaminó en este asunto que, en un hipotético reconocimiento de la decisión extranjera, el ejercicio conjunto de la autonomía de la voluntad para elegir foro y ley aplicable con vistas a eliminar los derechos reconocidos por la normativa norteamericana podría suponer que se consideraran dichos acuerdos como contrarios al orden público.³⁰ Esta posición, más radical que la sentada en el asunto *Bremen* (lo que podría explicarse por la distinta naturaleza del bien jurídico protegido), ha sido posteriormente matizada en jurisprudencia del propio Tribunal Supremo³¹ y sobre todo en la de los tribunales inferiores, en los asuntos *Lloyd's*, en lo que la doctrina ha calificado como una deriva hacia la 'materialización' (*shift to substantivism*).³²

Esta materialización surge al considerar las circunstancias concretas del resultado que produciría hacer valer la cláusula de elección de foro. En efecto, la nulidad automática de las cláusulas de sumisión que impidan el ejercicio de derechos reconocidos como de orden público queda matizada con la siguiente condición: *salvo si las normas aplicables en el foro elegido no contrarían el orden público del foro*.³³ En otros términos, esta corrección aboga por un estudio comparado de la norma elegida y la norma derogada, de manera que si aquella produjera un resultado semejante al perseguido por ésta, no habría motivo para anular la cláusula de sumisión. Como ha indicado la doctrina, la cláusula de 'orden público' sigue actuando como un límite a la autonomía de la voluntad procesal, pero no absoluto sino comparativo.³⁴

C) Conclusiones parciales

14. La presentación de los dos modelos, alemán y norteamericano, nos permite observar ciertas similitudes y diferencias en el efecto que el desconocimiento de la

²⁸ *Benny v. Society of Lloyd's* 784 F. Supp. 1350 (1992), aff'd, 3 F.3d 156, (7th circuit 1993) p. 160.

²⁹ *Mitsubishi v. Soler Chrysler Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, (1985).

³⁰ En palabras de la sentencia (p. 637): "[In] the event the choice of forum and choice of law clauses operated in tandem as a prospective waiver of a party's right to pursue statutory remedies for antitrust violations, we would have little hesitation in condemning the agreement as against public policy".

³¹ Con más detalle puede verse, WELLER, *Ordre-public-Kontrolle...*, op. cit., pp. 259 ss.

³² BUXBAUM, H., "Conflict of Economic Laws: From Sovereignty to Substance" 42 *Va.J.Int'l.L.*, 931, 956 (2002).

³³ *Benny v. Society of Lloyd's* 3 F.3d 156, p. 161.

³⁴ BUXBAUM, H., "The Role of Public Policy in International Contracts: Reflections on the U.S. Litigation Concerning Lloyd's of London", *IPRax*, 2002, pp. 232 y ss, p. 234.

normativa imperativa del foro puede tener sobre la validez de las cláusulas de elección de foro. Así, en ninguno de los dos casos parece haber disposición a establecer una nulidad radical y automática de las cláusulas de sumisión que supongan aplicar un Derecho distinto del del foro y, por ende, desconocer las normas imperativas de éste. En ambos supuestos el orden público se articula como el mecanismo por el que canalizar dicho control y en un cierto punto, un estudio comparado de los resultados a que conduce la aplicación de otra normativa por el órgano elegido por las partes parece ser el parámetro de aceptabilidad de la cláusula. Ahora bien, mientras en el sistema norteamericano sigue manteniéndose dicha tendencia, en el caso alemán parece ceder a favor de un control más automático que atiende no tanto al resultado material como al desconocimiento de la norma imperativa alemana. Esta diferencia no se justifica si atendemos al tipo de bien protegido, puesto que en la mayoría de los casos planteados se invocaba la aplicación de una norma imperativa de tutela de intereses privados, e incluso cuando están en juego intereses públicos (*v. gr.* el respeto de normas de Derecho de la competencia norteamericano, en el asunto *Mitsubishi*) la protección de dicho interés es sólo mediata, porque pasa por la satisfacción de un derecho particular al individuo que invoca la norma de protección.³⁵ La diferencia puede explicarse, más bien, por la distinta opción entre valores que se adopta en uno y otro modelo: entre el derecho reconocido de manera reforzada a una de las partes y las consideraciones de política económica internacional, el modelo norteamericano parece optar por dar la primacía a valores de seguridad jurídica y continuidad en las relaciones comerciales internacionales, mientras que el alemán incide en el respeto de esos derechos imperativamente tutelados desde su ordenamiento.³⁶

2. La presunción de nulidad de las cláusulas de sumisión: la sentencia del *OLG München*

15. El precedente jurisprudencial sentado por el *BGH* no es desconocido por las instancias inferiores. De hecho, parte de la sentencia del *OLG München* se dedica al análisis de estas decisiones previas en materia de control de cláusulas sumisorias. Pero en lugar de seguir literalmente la doctrina del Supremo alemán, da una vuelta de tuerca más a lo establecido por el *BGH*. En efecto, para el *OLG München*, el tribunal alemán debe declarar la nulidad de las cláusulas de elección de foro porque existe un peligro/posibilidad de que el tribunal elegido por las partes no aplique las normas imperativas alemanas. Al contrario de lo que hemos observado en el ámbito norteamericano, donde las instancias inferiores han flexibilizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en este caso, es el tribunal inferior el que recrudece el control sobre la autonomía de la voluntad.

16. Varios son los elementos criticables en este pronunciamiento. En primer lugar, resulta reprobable –aunque en ello no se aleja de la tendencia del *BGH*– la ausencia de fundamentación de la sentencia. No sólo se establece una regla que suscita

³⁵ VISCHER, “*Lois d’application immédiate...*”, *op. cit.* p. 585.

³⁶ WELLER, *Ordre-public-Kontrolle...*, *op. cit.* pp. 299-300.

inmediatamente cuestiones que quedan sin resolver (¿en qué consiste un riesgo de que el tribunal elegido no aplique normas imperativas alemanas? ¿a quién corresponde invocar y probar dicho riesgo? ¿debe articularse como una presunción *iuris tantum*?), sino que se ignora el presupuesto de dicho control. En otros términos, hay una ausencia de fundamentación dogmática del control de las cláusulas de competencia.³⁷ No queda claro cuál es el expediente que permite articular la declaración de nulidad de la cláusula. Podría plantearse la duda de si se está invocando de manera implícita una cláusula de orden público, pero en esta hipótesis, cabe preguntarse a qué tipo de orden público se puede referir: ¿es un control de ley aplicable o un control similar al realizado en sede de reconocimiento y ejecución de decisiones?³⁸ Ciertamente esta revisión de los pactos de elección de foro sólo puede hacerse en virtud de cláusulas generales del sistema, pero probablemente no es en esta sede donde proceda invocar el orden público, sino más bien otro tipo de principios procesales generales, en concreto el abuso de Derecho o el fraude.³⁹

17. Pero además a esta decisión se le pueden reprochar dos excesos en su formulación: (i) que la simple posibilidad de que no se vayan a aplicar las normas imperativas alemanas justifica la anulación de la cláusula, y (ii) que no prevea un control de equivalencia de resultados (si es que se puede formular de este modo) con respecto a la norma que resultaría inaplicada de conocer el tribunal prorrogado. Ambos han sido rechazados por alguna doctrina alemana, que considera que este estudio comparado de los resultados introduce elementos de especulación que se eliminan con la formulación adoptada por el tribunal alemán.⁴⁰ Pero aunque la seguridad jurídica sea un bien perseguido por el DIPr, lo cierto es que este sector del ordenamiento se construye también sobre otros principios, como la igualdad de los sistemas jurídicos y la armonía internacional de soluciones, que quedarían simplemente descartados con la interpretación favorecida en la sentencia.⁴¹

Desde un punto de vista comunitario, además, es indudable que la solución sostenida en la sentencia alemana resulta excesiva puesto que lleva la jurisprudencia del TJCE en el asunto *Ingmar* mucho más allá de lo que ésta prevé. En efecto, si este es un desarrollo de aquella jurisprudencia, debe tenerse en cuenta que el TJCE no elimina la posibilidad de elegir la normativa aplicable pero sí de prescindir de los derechos garantizados por la Directiva. De manera que si la ley elegida ofrece al agente una protección semejante a la comunitaria, no habría necesidad de invocar el carácter imperativo de las normas comunitarias. Entender que por el simple hecho de elegir una

³⁷ RÜHL, "Die Wirksamkeit...", *op. cit.* p. 301.

³⁸ Estas críticas pueden verse en RÜHL, "Die Wirksamkeit...", *op. cit.* p. 297.

³⁹ RODRÍGUEZ PINEAU, "Contrato de agencia...", *op. cit.* p. 495. El abuso se verificaría cuando el principal impone la elección de foro con vistas a eliminar la aplicación de ciertos derechos subjetivos del agente previstos por el ordenamiento comunitario. Por contra, se podría hablar de fraude de ley si se considerara que se ha utilizado la autonomía en sede procesal para eludir la aplicación de la norma imperativa de Derecho aplicable, *i. e.* habría una vulneración en general del Derecho comunitario.

⁴⁰ MANKOWSKI, "Commercial agents...", *op. cit.*, p. 427.

⁴¹ Ciertamente es que un control de equivalencia es un expediente formal que puede plantear dificultades respecto de la aplicación de normas imperativas, pero también las tiene la simple alegación y prueba del Derecho extranjero aplicable al caso, y no por ello se defiende el recurso sistemático a la *lex fori*.

norma extranjera deba reputarse nula la cláusula sumisoria va mucho más allá de lo que exigiría el asunto *Ingmar* (el Derecho comunitario). Si lo que determina una restricción a la autonomía de la voluntad procesal es la correspondiente restricción a la libre elección de ley aplicable, entonces los límites a la autonomía procesal no pueden ser superiores a los previstos para la autonomía conflictual.

18. En conclusión, de lo analizado se desprende que el supuesto control puntual de la cláusula de sumisión acaba articulándose en el caso como una presunción general de contrariedad con el ordenamiento y, por tanto, de nulidad de toda cláusula de elección de foro, cuando las partes eligen un tribunal no comunitario como foro al que someter sus diferencias. Y todo ello sin que quede muy claro cuáles son los fundamentos de dicha presunción. Dos son pues, las consideraciones que podemos extraer. Si realmente lo que se pretende es un control puntual, los parámetros de dicho control no pueden ser tan amplios, y deberían estar sujetos a algún tipo de restricción de equivalencias, en un sentido parecido al previsto en la jurisprudencia norteamericana. En segundo lugar, si no se introducen estas correcciones, deberíamos concluir que lo que realmente se está postulando es la necesidad de un foro específico (exclusivo) para este tipo de supuestos en los que está en juego la efectiva aplicación de normas imperativas comunitarias. A esta solución dedicaremos el punto V (*vid. infra*).

IV. EL CONTROL EN SEDE DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

19. Una alternativa al control previo de la cláusula de elección de foro consiste en posponer su revisión a un segundo momento. Es decir, se deja valer la cláusula de elección de foro que, recordemos, en principio será válida desde un punto de vista procesal y formal, y se remite su análisis al momento del reconocimiento o de la *ejecución* de la decisión dictada por el tribunal elegido por las partes. Si el sistema permite la elección de un foro extranjero para el litigio, su función de tutela judicial efectiva queda pospuesta a un segundo momento (el de reconocimiento de dicha resolución) en una tutela judicial indirecta. No se trata de establecer en este punto si la cláusula de sumisión era válida o no -pues el control de la competencia del tribunal de origen sólo está restringido a supuestos concretos, entre los que no se encuentra el de la autonomía de la voluntad procesal en materia contractual. Más bien se persigue analizar si el resultado alcanzado por aquel tribunal es aceptable en el sistema. Los mecanismos de control a estos efectos pueden ser bien el orden público por la (in)compatibilidad con las normas irrenunciables del foro (si no reconoce los derechos del agente que conforman aquellas normas indisponibles según el Derecho comunitario),⁴² bien el del

⁴² En este sentido, RODRÍGUEZ PINEAU, “Contrato de agencia...”, *op. cit.* p. 495. En el ordenamiento alemán, esta posibilidad ha sido prevista en el orden teórico, *vid.* GOTTWALD, P., “Grenzen internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen” en *FS Firsching*, 1985, Beck, pp. 89 y ss, p. 110. Más escéptico respecto de la posibilidad de invocar el orden público en esta sede (salvo en hipótesis muy restringidas) es RADICATI DI BROZOLO, “Mondialisation...”, *op. cit.*, pp. 18-24.

fraude de ley.⁴³ La primera de las vías es la que ha sancionado la práctica judicial alemana.⁴⁴

20. Retomando como elemento de contraste la jurisprudencia norteamericana, encontramos que existe un mecanismo semejante en aquella jurisdicción, si bien con algunos matices que pueden resultar útiles en un estudio comparado. La construcción norteamericana del control de la cláusula sumisoria (o compromisoria) en sede de reconocimiento se articula en la fórmula del *second look*: en esencia esta doctrina del Supremo americano permite que conozcan del litigio tribunales (o árbitros) distintos de los norteamericanos, en el entendimiento de que siempre habrá una oportunidad de revisar la compatibilidad de dicha decisión con el orden público cuando se solicite su reconocimiento.⁴⁵ A este enfoque responden pronunciamientos como el citado anteriormente en el asunto *Mitsubishi*: el Tribunal Supremo norteamericano, en un hipotético control en sede reconocimiento, establece la posible contrariedad de una cláusula de elección de foro conjuntamente con una de ley aplicable, si ésta se introduce con vistas a eludir la aplicación de la normativa imperativa norteamericana. Esta posición, que ha sido criticada en la medida en que restringe por esta vía el alcance otorgado a la libertad de pacto en sede procesal y aumenta la inseguridad jurídica,⁴⁶ no parece haber encontrado gran eco en la jurisprudencia posterior. En efecto, en la jurisprudencia *Lloyd's*, que ha proporcionado también supuestos en sede de reconocimiento, rara vez se ha suscitado la cuestión del orden público.⁴⁷ Lo que sí puede deducirse de alguna de estas decisiones es que, habiendo existido una decisión previa sobre la validez de la cláusula sumisoria (o compromisoria) ante los tribunales norteamericanos y, habiendo aceptado éstos que el Derecho extranjero podría ofrecer una protección equivalente a la de la norma imperativa (*public policy*) norteamericana, se cierra toda posibilidad de invocar el orden público en sede de reconocimiento.⁴⁸

21. Así pues, la posibilidad de llevar a cabo este control como alternativa a un análisis previo de la cláusula de sumisión se produce casi en los mismos términos que aquél: no se trata tanto de 'atacar' la cláusula en sí misma como de comprobar si el resultado alcanzado por el tribunal elegido por las partes ofrece la tutela que se habría otorgado en el foro si hubiera podido conocer del litigio y hubiera aplicado las normas imperativas de protección del agente. En esta sede, el orden público se presenta como el

⁴³ En este sentido apunta GAUDEMET-TALLON, H., *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, 1965, p. 220 (§361); en la doctrina española, *vid.* VIRGÓS/GARCIMARTÍN, *Derecho procesal... op. cit.*, p. 639.

⁴⁴ *Vid. supra*, nota 17 respecto de la jurisprudencia del *BGH* en la que hemos denominado su tercera etapa en el proceso de perfilar los límites a la autonomía de la voluntad procesal.

⁴⁵ *Vid.* BUXBAUM, "The Role of Public Policy...", *op. cit.* p. 235 y la jurisprudencia ahí citada.

⁴⁶ En este sentido, VISCHER, "*Lois d'application immédiate...*", *op. cit.* p. 594.

⁴⁷ Los argumentos en contra del reconocimiento de la decisión inglesa se han articulado más bien en torno al principio del *due process*. *Vid.* WELLER, *Ordre-public-Kontrolle...*, pp. 287 ss.

⁴⁸ *Vid.* BUXBAUM, "The Role of Public Policy...", *op. cit.* p. 236, citando *Society of Lloyd's v. Grace* (718 N.Y.S.2d. 327 (2000) p. 328): "Even if we were to find ... that defendants were deprived of [due process]... we would nonetheless find the judgments enforceable since defendants have effective and viable remedies in the English courts [...] Indeed, the contention that available English remedies are not an adequate substitute for the protections provided by American securities law has been considered and persuasively rejected in *Roby* (fn. 4)".

cauce de control de dicha compatibilidad. La tutela que este tipo de control ofrece al agente es indirecta, puesto que sólo le garantiza que la decisión adoptada por el tribunal elegido en la cláusula no va a ser reconocida en el territorio comunitario.⁴⁹ Pero para obtener la tutela de los derechos que le reconoce la normativa comunitaria debería litigar de nuevo ante tribunales comunitarios, cuestión que queda sujeta a la existencia de un foro de competencia en estos Estados, bien porque esté previsto (*v. gr.* como lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales del agente), bien porque se cree para garantizar dicha tutela.

V. EL FORUM LEGIS COMO MECANISMO DE CONTROL POR DEFECTO

22. Analizadas las posibilidades de control de la cláusula de elección de foro *ex ante* (de manera puntual) o *ex post* (en sede de reconocimiento) aún podríamos valorar una tercera posibilidad, *v. gr.* una solución con carácter general que opere siempre que esté en juego normativa imperativa comunitaria de protección del agente. En otros términos, en ausencia de una regla explícita en el Derecho procesal civil internacional de los Estados miembros en este sentido, se trataría de que los tribunales de estos Estados, en atención a que el Derecho comunitario impone la aplicación de unos mínimos materiales de protección de los agentes, también para el tráfico internacional, pudieran abrir un *forum legis* a favor del agente que quiere demandar a su principal domiciliado fuera de la Comunidad Europea a pesar de la existencia de una cláusula de sumisión a los tribunales del principal.⁵⁰ La idea del *forum legis* implica una quiebra de las normas de competencia judicial internacional tradicionales y, en tanto solución excepcional, su construcción debe ser restrictiva. Analizaremos pues, las razones que justificarían su apertura tanto desde el punto de vista del Derecho internacional privado como del Derecho comunitario.

23. Ciertamente la propuesta de un *forum legis* en materia de protección del agente comunitario queda muy lejos de la configuración inicial de este tipo de foro en su elaboración tradicional, en que este foro se vinculaba a materias de estatuto personal para garantizar la aplicación de la ley nacional.⁵¹ Una vez superada la visión soberanista que justificaba este tipo de expediente, la *ratio* de este *forum legis* sigue asociada a la protección de determinadas políticas o bienes públicos de especial importancia para el foro, de manera que una competencia judicial exclusiva se establece en aras de garantizar la protección de una determinada política o bien público, *v. gr.* en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, la justificación del *forum legis* presupone una visión global del

⁴⁹ Resultado éste que lleva a algún autor a considerar que, en estos casos, la solución más adecuada sería introducir el control en sede de CJI. En este sentido, VISCHER, “*Lois d’application immédiate...*”, *op. cit.* p. 594.

⁵⁰ En esta línea parece apuntar ARENAS GARCÍA, R., “Nota al AAP Barcelona de 30 julio 2002”, *REDI* 2003, pp. 357-366, pp. 364-365.

⁵¹ Sobre el origen y particularidades de esta regla de competencia judicial internacional, *vid.* GONZALEZ CAMPOS, J.D., “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en Droit international privé”, *Rec. des Cours*, vol. 156, pp. 227-376, pp. 330 ss.

sistema en la que los distintos elementos están conectados, puesto que todos operan sobre la misma realidad. Ello implica una dependencia entre las reglas de competencia judicial internacional y el Derecho aplicable.⁵² Y esta vinculación se manifiesta de manera más acentuada en aquellos supuestos en los que una de ellas no puede resultar totalmente eficaz sin la otra. De este modo, podría entenderse que la presencia de una regla de aplicación inmediata produce necesariamente un efecto en las reglas de competencia judicial internacional, que lleva a que la competencia del juez se afirme como exclusiva en relación con la materia.⁵³

24. Así pues, la primera cuestión que debe plantearse desde este punto de vista del DIPr es qué tipo de bien se quiere proteger y si tiene la relevancia suficiente como para fundamentar el *forum legis*. En este sentido, la jurisprudencia *Ingmar* no resulta especialmente clarificadora ya que la protección de ciertos derechos del agente se asegura en tanto mecanismo de garantía del buen funcionamiento de otros bienes comunitarios como son la libertad de establecimiento y el régimen de la competencia entre agentes comerciales. Incidir en estos últimos aspectos permitiría justificar la regla del *forum legis* en la medida en que está presente ese elemento de bien público de especial relevancia.⁵⁴ Pero si lo que se intenta proteger en última instancia es la posición de debilidad puntual del agente (en situaciones de término anticipado del contrato) frente al principal, no parece que este bien superior común esté en juego. En este sentido, siendo posible asegurar la consecución de este fin por otro medio, no parece razonable abrir un *forum legis*. En otros términos, si el sistema permite la autonomía de la voluntad en el marco del contrato de agencia, se está indicando que no existe una razón que justifique una competencia exclusiva como la que implicaría este expediente en aras de garantizar un fin material. Así pues, desde el punto de vista del DIPr la posibilidad de establecer un *forum legis* porque determinadas reglas de protección del agente tienen carácter imperativo en el tráfico internacional no parece excesivamente justificado.

25. Conviene entonces analizar la cuestión desde el punto de vista del Derecho comunitario. En efecto, se puede sostener y se ha sostenido que el llamado 'efecto útil' del Derecho comunitario implicaría una corrección de las normas procesales estatales de CJI en este tipo de supuestos. En concreto, esta posición se fundamenta en la conocida sentencia *Marleasing*⁵⁵ que obligaría a interpretar el Derecho nacional conforme al Derecho comunitario, incluso cuando se trata de normas que no desarrollan directamente las directivas pero forman parte del sistema que éstas construyen.⁵⁶ Siendo esto así, resultaría sancionada la obligación de los tribunales de los Estados miembros de asegurar los derechos reconocidos al agente comunitario en sede procesal, *i. e.*

⁵² GONZÁLEZ CAMPOS, "Les liens...", *op. cit.*, p. 236.

⁵³ HOLLEAUX, D., *Compétence du juge étranger et reconnaissance de jugements*, Paris, 1969, p. 352. GONZÁLEZ CAMPOS, "Les liens...", *op. cit.*, p. 331.

⁵⁴ Ahora bien, tampoco parece que la decisión del TJCE en el asunto *Ingmar* deba entenderse más que como un pronunciamiento puntual, que no se inserta en una línea clara de actuación legislativa comunitaria en el marco de la intermediación desarrollada en territorio comunitario.

⁵⁵ Asunto C-106/89, *Marleasing c. La comercial internacional de alimentación*, 13.11.90, Rec. I-4135.

⁵⁶ MANKOWSKI, "Commercial agents...", *op. cit.*, p. 426.

permitiendo que se pueda litigar ante un tribunal comunitario aunque éste no previera un foro de competencia a estos efectos. En este sentido se ha indicado que el hecho de que el agente desarrolle su actividad en el territorio comunitario abre siempre algún vínculo patrimonial del principal con la Comunidad.⁵⁷ Pero incluso si faltara este vínculo, podríamos entender que nos hallamos ante una especie de foro de necesidad, que deriva no tanto de la ausencia de otro tribunal ante el que se pueda plantear el litigio (pues lo hay, el pactado) como del hecho de que la tutela que se va a proporcionar no satisface el mínimo comunitario. En otros términos, sería una especie de foro de necesidad ‘sustantivado’ por el resultado que se pretende alcanzar. Este efecto prorrogatorio de la CJI de los tribunales de los Estados miembros debería completarse, en lógica interna, con la correspondiente regla de exclusión del efecto derogatorio de la CJI. Es decir, que el Derecho comunitario también impondría, desde esta perspectiva, la obligación a los tribunales comunitarios de rechazar cláusulas de sumisión a tribunales de terceros Estados cuando ello implicara como resultado sustantivo el desconocimiento de los derechos reconocidos al agente comunitario a resultas de tal elección.

26. Ahora bien, siendo cierto que existe esta obligación comunitaria por parte de los Estados miembros, el alcance que se le da en esta interpretación resulta excesivo. En efecto, la obligación de asegurar el efecto útil del Derecho comunitario surge cuando se verifique que la protección conferida por el ordenamiento comunitario no va a ser respetada, no así cuando exista un riesgo de que dicha protección no pueda ser asegurada.⁵⁸ En otros términos, tiene que haber absoluta certeza y no sospecha de que una sumisión a un tribunal no comunitario está perjudicando la posición sustantiva del agente. El efecto útil no se fundamenta en las posibilidades hipotéticas sino en la realidad constatada.

Más aún, la doctrina del efecto útil del Derecho comunitario tiene que leerse en conjunción con las premisas que determinan la aplicación de las reglas de Derecho comunitario y las de Derecho nacional. En nuestro caso, debemos volver a la citada conexión comunitaria, tanto en sede procesal como material, en el contrato de agencia. Como ya vimos con anterioridad, el caso planteado ante el OLG München tenía, al igual que *Ingmar*, una conexión estrecha desde el punto de vista material pero débil desde el punto de vista procesal, y estos elementos son relevantes a la hora de determinar cómo opera el efecto útil en este contexto. Un *forum legis* sólo podría plantearse en los supuestos en los que se verifica la conexión material relevante: el ejercicio de la actividad del agente en territorio comunitario, porque entonces es cuando se puede producir el riesgo que pretenden evitar las normas de la Directiva. Desde un punto de vista procesal, dicho foro, en términos de efecto útil, debería abrirse cuando las normas procesales hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la normativa comunitaria.

⁵⁷ MANKOWSKI, “Commercial agents...”, *op. cit.*, p. 428. En esta misma línea, AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente...*, *op. cit.* pp. 150-151, que ofrece unas pautas parecidas a las aquí expuestas pero con la finalidad de establecer (*de lege ferenda*) los criterios de control de los acuerdos atributivos de competencia en este marco de los contratos de agencia comunitarios.

⁵⁸ RÜHL, “Die Wirksamkeit...”, *op. cit.* p. 300.

27. Y es precisamente desde esta última perspectiva desde donde se aprecia la fragilidad del argumento esgrimido. En efecto, si estamos aplicando la normativa estatal de CJI es porque el Reglamento Bruselas I nos ha remitido a este bloque normativo, y los resultados que se alcanzan con esta solución tienen que ser armónicos con los que resultan de la aplicación de las reglas comunitarias de CJI. Si el domicilio del principal estuviera localizado en territorio comunitario serían aplicables las reglas del RBI, lo que permitiría a agente y principal tanto pactar la sumisión a un tribunal comunitario como a uno fuera de la Comunidad, sin que desde el punto de vista procesal dicha cláusula de elección de foro pudiera ser criticada desde las reglas comunitarias. Otra cuestión es que, teniendo en cuenta las normas sustantivas de protección del agente se considerara que dicha cláusula sumisoria es en fraude de ley o abusiva.⁵⁹ Pero en ningún caso el Derecho comunitario impone la apertura de un *forum legis* para garantizar la aplicación de las normas comunitarias imperativas de protección del agente en este supuesto. Por otra parte, si el principal estuviera domiciliado fuera de territorio comunitario, es el propio RBI el que nos remite a las normas procesales estatales, que en principio autorizan de igual modo que el RBI, la sumisión a tribunales distintos del foro. Si en los supuestos fuertemente comunitarios desde el punto de vista procesal no se exige una corrección de las reglas (procesales) comunitarias para garantizar el efecto útil de las normas sustantivas de la Directiva, no parece razonable exigir dicha corrección para las normas estatales, en las que el propio ordenamiento comunitario está estableciendo el carácter débilmente vinculado con la Comunidad.

28. Las consideraciones precedentes deberían bastar como argumentos que desmontan la conveniencia de una regla de *forum legis* en estos supuestos. Pero incluso si no se aceptaran esas razones, existen otros adicionales que conviene valorar. En efecto, no es dudoso que la existencia de un *forum legis* garantizaría de manera más segura la consecución de los fines de protección del agente perseguidos por el Derecho comunitario. Ahora bien, el agente debe considerar también el riesgo de que la decisión resulte en una condena del principal domiciliado fuera de la Comunidad, no se vea reconocida (o ejecutada) ante los tribunales del Estado del domicilio del principal, que no tienen por qué reconocer una decisión que desconoce una cláusula de sumisión a favor de sus tribunales. Cierto es que el principal puede tener bienes en el territorio donde el agente ha desarrollado su labor de intermediación (bienes, créditos, etc.), pero si no fuera así, el agente debe sopesar la ventaja que le reporta litigar ante los tribunales comunitarios. Pero junto a esta consideración, que puede circunscribirse a un ámbito más individual de balance de ventajas e inconvenientes, existe otro elemento de alcance más institucional, puesto que en última instancia un *forum legis* indica que el principio de igualdad entre ordenamientos jurídicos no es una realidad y que, estando en juego el

⁵⁹ No entramos en la discusión sobre la posibilidad de controlar las cláusulas sumisorias en el marco del Reglamento a la luz de cláusulas generales. Baste destacar que la cuestión dista de estar decidida, remitiendo para una visión del *status questionis* actual respecto de la cláusula de abuso del Derecho a GOTTSCHALK, E./BREßLER, S., "Missbrauchkontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht", *ZEuP*, 2007, pp. 56-80; respecto del fraude puede verse en RADICATI DI BROZOLO, "Mondialisation...", *op. cit.*, pp. 14-16.

comunitario, éste prevalece sobre los demás.⁶⁰ Esto puede ser percibido de manera negativa en el tráfico internacional. En efecto, la restricción a la autonomía de la voluntad procesal, limitando la posibilidad de que los agentes que operan en territorio comunitario puedan elegir sólo tribunales de Estados comunitarios, puede sentirse como una amenaza al propio funcionamiento del sistema, a la fluidez del tráfico internacional e incluso, como una vuelta a la idea de la ‘fortaleza comunitaria’.⁶¹ En este sentido, el camino que realizaría el sistema comunitario es precisamente el contrario al desarrollado por la jurisprudencia norteamericana. Y ello puede resultar en un fenómeno de retorsión e inhibición del comercio.

VI. CLÁUSULA ARBITRAL, ¿ALTERNATIVA A LA CLÁUSULA SUMISORIA?

29. Planteadas las cuestiones relativas a la validez de una cláusula sumisoria a los tribunales de un Estado no comunitario y aceptada, en principio, una posible restricción a esta autonomía procesal, queda por resolver una última cuestión. En efecto, aun si se admite que la libertad de elección de foro de las partes está limitada cuando se trata de garantizar los derechos del agente que desarrolla su actividad profesional en territorio comunitario, los contratantes todavía podrían recurrir a una última vía de ‘escape’: introducir una cláusula arbitral (compromisoria), que permita sustraer el litigio a la competencia de los órganos jurisdiccionales. ¿Puede alcanzar la jurisprudencia *Ingmar* también a estos supuestos? La decisión del *OLG München* aborda la cuestión y ofrece, como era previsible, una respuesta afirmativa. En el caso, los contratantes habían incluido tanto una cláusula sumisoria como una arbitral a favor de la *American Arbitration Association*, cláusula que el OLG estimó tan nula como la de elección de los tribunales norteamericanos. Para evaluar la corrección de esta respuesta, procederemos del mismo modo que en sede de jurisdicción. Es decir, observando si existe alguna razón que, desde un punto de vista procesal justifique la medida y, si no es así, qué motivos de orden sustantivo podrían alterar la respuesta.

30. Ya hemos visto cómo tanto en la jurisprudencia alemana como en la norteamericana, parte de los supuestos que resolvían sobre el control de la autonomía de la voluntad procesal se sustanciaban precisamente en sede de validez de cláusulas compromisorias. Así pues, lo allí dicho sirve como criterio marco de este análisis (*vid. supra* núms. 9 y ss.). De hecho, desde un punto de vista teórico y en clave estrictamente procesal, no parece que haya razones que justifiquen una restricción a la posibilidad de incluir una cláusula de arbitraje en los contratos de agencia internacional. Se trata de una materia arbitrable que no presenta paralelos con otras figuras contractuales, como el contrato de trabajo, en las que existe un desequilibrio contractual que obliga a limitar

⁶⁰ En esta línea, VERHAGEN, H.L.E., “The Tension between party Autonomy and European Union Law: Some Observations on *Ingmar Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc.*”, *I.C. L.Q.*, 2002, pp. 135-154, p. 154.

⁶¹ En este sentido, *vid. RADICATI DI BROZOLO*, “Mondialisation...”, *op. cit.*, pp. 27-32; RÜHL, “Die Wirksamkeit...”, *op. cit.* p. 302, considera que tanto el ‘mercado interior’ como el tráfico internacional se hacen un flaco favor adoptando este tipo de enfoque.

dicha libertad de pacto para evitar que una de las partes se vea privada de los foros de tutela que le reconoce el ordenamiento en sede jurisdiccional.⁶² Así pues, los argumentos favorables a la limitación de la autonomía en sede arbitral, deben provenir, de nuevo, de la consideración de los efectos sustantivos que implica dicha elección de árbitros, *i.e.* que la decisión que dicte el órgano arbitral desconozca una norma imperativa de protección del agente. En este sentido, bastaría, al igual que en sede de competencia judicial internacional, con que el árbitro no vaya a aplicar dicha normativa imperativa comunitaria para que se declarara la nulidad de la cláusula compromisoria, atribuyendo la competencia a un tribunal de un Estado comunitario. Pero en este punto conviene precisar algo más, pues al contrario de lo que ocurre con los tribunales que están sujetos a un sistema de referencia, los árbitros carecen de ese marco 'estatal' que impone la aplicación de una determinada norma. En otros términos, salvo si las partes indican al árbitro cuál es la ley del contrato, no es automáticamente deducible que éste vaya a ignorar la existencia de dicha normativa comunitaria.⁶³

31. La decisión del *OLG München* sin embargo, adopta la postura más restrictiva a la autonomía de la voluntad en esta sede. Los argumentos esgrimidos son sencillos: las mismas razones que sustentan la nulidad de una cláusula sumisoria explican la nulidad de una cláusula arbitral. Ahora bien, al igual que ocurría en sede de competencia judicial internacional, falta un razonamiento fundamentado de esta solución. En efecto, una de las dificultades que plantea la decisión del *OLG München* es que no articula su razonamiento conforme a la normativa aplicable al arbitraje internacional (*i. e.* alguno de los Convenios internacionales sobre la materia o el convenio bilateral entre Alemania y Estados Unidos sobre arbitraje).⁶⁴ Y precisamente es en este contexto donde debería hallarse la solución, ya que son los motivos propios de esta forma de resolución de disputas los que deben proporcionar la respuesta al caso.⁶⁵ Si el problema deriva de la cláusula arbitral, dos son los elementos que habría que considerar para evaluar la validez de la cláusula sumisoria: la arbitrabilidad de la materia y el orden público.⁶⁶ Sobre la arbitrabilidad de los contratos internacionales no parece que pueda discutirse, pero sí es cierto que el concepto de materia arbitrable puede interpretarse de manera restrictiva, de modo que las cuestiones que son objeto de normativa imperativa no puedan ser calificadas como tal.⁶⁷ Esta posibilidad no cuenta con muchos apoyos en la actualidad, de manera que el cauce por el que canalizar el

⁶² Vid. VIRGÓS/GARCIMARTÍN, *Derecho procesal...*, *op. cit.* pp. 322 ss.

⁶³ Razón por la que, en un trabajo anterior, habíamos manifestado nuestras reservas a extender la limitación a la autonomía de la voluntad en este sentido, *vid.* RODRÍGUEZ PINEAU, "Contrato de agencia...", *op. cit.* p. 495.

⁶⁴ Crítica con esta motivación de la sentencia, que ignora la aplicación de la normativa específica en materia de arbitraje internacional, RÜHL, "Die Wirksamkeit...", *op. cit.* pp. 300-301.

⁶⁵ No lo entiende así RÜHL, "Extending *Ingmar*...", *op. cit.* p. 901, que considera que el razonamiento debería desarrollarse en términos parecidos a los de la cláusula de sumisión: si las normas arbitrales extranjeras son parte del Derecho de los Estados miembros, y en éstos debe prevalecer el Derecho comunitario, también habría que descartar las cláusulas compromisorias que impidieran el efecto de la normativa imperativa comunitaria.

⁶⁶ Vid. arts. II.1, II.3 y V.2.b del Convenio de Nueva York de 1958.

⁶⁷ Sobre esta cuestión, RADICATI DI BROZOLO, "Mondialisation...", *op. cit.*, p. 8.

control de la cláusula compromisoria debe ser el orden público.⁶⁸ Ahora bien, la pregunta que se suscita es la siguiente: ¿dónde está la contrariedad con el orden público en este supuesto? En este punto –si bien en sede de reconocimiento de laudos arbitrales– podemos recordar la jurisprudencia del TJCE en el asunto C-126/97 *Eco-Swiss c. Benetton*,⁶⁹ en la que el Tribunal estableció que la cláusula de orden público prevista en el art. V.2.b del Convenio de Nueva York incluye las normas de orden público económico comunitarias (en el caso concreto, las relativas a la ordenación de la libre competencia de los arts. 81 y 82 TCE).⁷⁰

32. Con independencia de las consideraciones anteriores, probablemente la solución a esta cuestión debe darse en otra clave, como es la de la armonía interna del sistema nacional de resolución de disputas con carácter transfronterizo. En efecto, ésta exige una coherencia valorativa en las soluciones, de manera que parece razonable entender que si no se restringe la autonomía de la voluntad en sede de CJI, tampoco se limite en sede de arbitraje.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

A modo de recapitulación sistemática de lo observado en este estudio, podemos extraer las siguientes conclusiones respecto de los límites a la autonomía de la voluntad en sede procesal cuando el agente ‘comunitario’ quiere obtener tutela de los derechos que le reconoce la normativa comunitaria en un supuesto de carácter internacional:

(i) La práctica judicial ha confirmado las sospechas sentadas en sede teórica acerca de la existencia de un problema de protección del agente que desarrolla su actividad en territorio comunitario si se permite una autonomía absoluta en materia procesal. Ello tanto si se introduce una cláusula de elección de foro como una cláusula compromisoria en favor de tribunales o árbitros no comunitarios, que no estén obligados, por lo tanto, a aplicar la normativa imperativa de protección del agente que presta sus servicios en dicho territorio.

(ii) Ciertamente, esta no es una situación nueva sino que se ha manifestado en otros ámbitos del Derecho mercantil a lo largo de muchos años respecto de elecciones de foro/árbitro que conducen a desconocer normas imperativas internacionales del foro. La particularidad que presenta este caso es que la protección que se solicita para el agente que trabaja en países de la CE viene reforzada por el carácter imperativo que se le confiere desde el ordenamiento comunitario.

⁶⁸ Esta misma distinción se recoge en la jurisprudencia norteamericana, *vid.* por ejemplo el asunto *Mitsubishi* (*supra* nota 29), en el que el tribunal establece el carácter arbitrable de una disputa sobre Derecho de la competencia, pero considera que no observar las normas norteamericanas en dicha materia es contrario al orden público.

⁶⁹ Asunto C-126/97, *Eco-Swiss c. Benetton*, 01.06.99, Rec. I-3055.

⁷⁰ Con más detalle sobre este control, *vid.* VIRGÓS/GARCIMARTÍN, *Derecho procesal...*, *op. cit.* pp. 322 ss y 780.

(iii) Llevando la discusión al ámbito del Derecho comunitario, la novedad estaría en la obligación que impone este sistema a los operadores nacionales de garantizar en todo caso la aplicación de sus normas imperativas. Entendido en forma absoluta, con independencia de las repercusiones que pueda tener en el tráfico internacional, ello implica establecer una solución que asegure la aplicación de dicha normativa imperativa comunitaria.

(iv) Para decidir con carácter general cómo se resuelve el problema de la vinculación *forum-ius* cuando existe una norma imperativa hay que evaluar dos elementos: cómo se concibe el sistema de DIPr y cuáles son los valores que se quiere primar en caso de conflicto.

(v) Del estudio jurisprudencial se observa que los sistemas tienden a aceptar las conexiones entre jurisdicción y ley aplicable, pero no ponderan de igual manera los valores en juego. Así, en unos supuestos se prefiere asegurar la aplicación de de las normas imperativas del foro a costa de la validez de las cláusulas de sumisión, entendiendo que el valor superior es el del individuo tutelado institucionalmente, mientras en otros, lo que prima es el funcionamiento fluido del tráfico comercial internacional (incluso si el bien protegido por la norma imperativa es de naturaleza pública).

(vi) Desde el punto de vista de la resolución del caso de los agentes comerciales que desarrollan su labor en territorio comunitario es posible establecer un doble mecanismo de control con carácter puntual. El primero es un control previo, *i. e.* analizar la validez de la cláusula de sumisión, que habría que establecer a través de una cláusula general del sistema, por ejemplo, fraude de ley (comunitaria). El segundo se verifica en un momento posterior, cuando se solicita el reconocimiento de una decisión que ignore dicha normativa imperativa por haberse litigado en un foro no comunitario. En esta hipótesis, parece que el cauce adecuado sería invocar el orden público (comunitario).

(vii) No parece que deba establecerse una solución con carácter general en forma de *forum legis* para los supuestos de agente que presta sus servicios en territorio comunitario. Desde el punto de vista del DIPr resulta difícil sostener que cualquier norma imperativa exija la apertura de un *forum legis*. Y tampoco es adecuada la solución desde el punto de vista comunitario, que no exige una solución semejante si el supuesto presenta una conexión estrecha con la Comunidad desde el punto de vista procesal. Consecuentemente, no debería exigir la corrección de las normas procesales estatales cuando es el propio ordenamiento comunitario el que declina su voluntad de ser aplicado al caso por la debilidad del vínculo comunitario.

(viii) Es cierto que el *forum legis* permitiría garantizar los fines comunitarios en mayor medida que con las medidas puntuales de control de la autonomía de la voluntad, pero entraña consecuencias (negativas) inmediatas para el tráfico comercial internacional. La restricción de la autonomía de la voluntad podría proteger *prima facie* al agente, pero implica un riesgo de que se repercuta en el precio esta limitación de la

autonomía, o se desincentive la entrada de principales en el mercado comunitario o, incluso, se generen medidas de retorsión desde otros ordenamientos.

(ix) Así pues, de *lege lata* el único control posible de la autonomía de la voluntad debe ser puntual, sin una implicación necesaria de nulidad absoluta de las cláusulas sumisorias por el hecho de que esté en juego una norma imperativa comunitaria. Y menos aún cuando puede alcanzarse el mismo resultado de protección por otros mecanismos, por ejemplo, si el tribunal aplica unas normas que establecen niveles de protección al agente similares a los que exige el Derecho comunitario. La dificultad de comprobar la existencia de tal estándar no puede ser un presupuesto para establecer una regla general de restricción de la autonomía de la voluntad de *lege ferenda* en estos supuestos porque ésta no es una exigencia que se derive del Derecho comunitario en su estado actual.

(x) Existe un riesgo de que, admitida la limitación a la autonomía de la voluntad en una situación en que el Derecho comunitario introduce reglas imperativas, se siga sin mayores dificultades que ésta debe ser la solución para todos los supuestos semejantes, lo que a todas luces parece excesivo. Ello implicaría que la regulación de la competencia dentro de la CE sólo podría lograrse a costa de frustrar el comercio internacional. Es razonable que el Derecho comunitario utilice técnicas de DIPr para conseguir fines de carácter comunitario, pero interpretar desde ahí que ello impone prescindir de los fundamentos básicos del DIPr mercantil de los Estados miembros (*v. gr.* la autonomía de la voluntad) más allá de lo exigido por el legislador comunitario es una conclusión que debería descartarse por sus excesivas consecuencias.