



Roj: **AAP B 5046/2023 - ECLI:ES:APB:2023:5046A**

Id Cendoj: **08019370172023200167**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **16/06/2023**

Nº de Recurso: **146/2022**

Nº de Resolución: **176/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JESUS ARANGÜENA SANDE**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, 1a planta - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866210

FAX: 934866302

EMAIL:aps17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120198219664

Recurso de apelación 146/2022 -F

Materia: Incidente

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 849/2019

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0967000012014622

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0967000012014622

Parte recurrente/Solicitante: BIOPHARMA SYNERGIES S.L

Procurador/a: Margarita Ribas Iglesias

Abogado/a:

Parte recurrida: UNIPHARM LTD

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro

Abogado/a: Jordi Gras Sagrera

AUTO Nº 176/2023

Magistrados/Magistradas:

Ana Maria Ninot Martinez Jesus Arangüena Sande

Marta Elena Fernández de Frutos

Barcelona, 16 de junio de 2023

Ponente: Jesus Arangüena Sande



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 17 de febrero de 2022 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 849/2019 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Margarita Ribas Iglesias, en nombre y representación de BIOPHARMA SYNERGIES S.L contra Auto de fecha 28/07/2021, aclarado por Auto de fecha 28/07/2021, y en el que consta como parte apelada el Procurador Ignacio Lopez Chocarro, en nombre y representación de UNIPHARM LTD.

SEGUNDO.- El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"DISPONGO ESTIMAR la DECLINATORIA planteada por la representación procesal de la demandada, UNIPHARM LTD, DECLARANDO la FALTA de COMPETENCIA OBJETIVA de este Juzgado de Barcelona, ARCHIVANDO el presente procedimiento."

TERCERO. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 14/06/2023.

CUARTO. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesus Arangüena Sande.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpuso demanda de juicio ordinario por la mercantil española domiciliada en Barcelona BIOPHARMA SYNERGIES,S.L (en adelante BIOPHARMA) frente a la mercantil israelí domiciliada en Tel Aviv UNIPHARM Ltd(en adelante UNIPHARM), en ejercicio de acciones de reclamación de comisiones e indemnización por clientela conforme la Ley 12/1992, de 27 de mayo sobre el Contrato de Agencia (en adelante LCA), en méritos al contrato suscrito entre ambas partes a 1-3-2017(doc 2 de demanda), e invocando la atribución de jurisdicción a los tribunales civiles españoles y concretamente a los de Barcelona conforme art 36y ss LEC y disp adicional 2ª de la 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia -en adelante LCA- (fuero del domicilio del agente) y SAP de Barcelona sec 1ª de 21-12-2018 .

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada, ésta compareció presentando declinatoria de jurisdicción por sumisión a **arbitraje**, sosteniendo que este Juzgado no tiene jurisdicción porque Unipharm y Biopharma se sometieron válidamente a **arbitraje** para la resolución de sus controversias.

En la cláusula 12 del contrato se estipuló que " 12.2. Este Contrato se rige y se interpretará de acuerdo con Inglaterra y Gales.

Con anterioridad a que ninguna de las Partes inicie ningún procedimiento contra la otra, la parte que pretenda iniciarlo deberá notificar a la otra la causa de la controversia, debiéndose remitir la referida disputa a los representantes de cada parte, quienes deberán intentar resolver el conflicto.

*En caso de disputa entre las Partes, si no se llega a un acuerdo en el plazo de treinta días a partir de la notificación de la controversia, ésta se resolverá mediante un **arbitraje** que se llevará a cabo según el Reglamento de **Arbitraje** de la Cámara de Comercio Internacional por un árbitro designado de acuerdo con dicho Reglamento. El **arbitraje** tendrá lugar en Suiza. El idioma del procedimiento arbitral será el inglés. El laudo arbitral será vinculante para las Partes."*

*Entiende UNIPHARM que dicho Convenio Arbitral cumple por ello los requisitos de forma y contenido de los artículos 9.1 y 9.3 de la Ley de **Arbitraje** (en adelante LA). Por tanto, al ser un convenio arbitral válido, la consecuencia necesaria es que este Juzgado queda imposibilitado para conocer de la controversia planteada por Biopharma de conformidad con el artículo 11.1 LA.*

*Entiende que la Disposición Adicional 2ª LCA no impide que las Partes decidan prescindir de la vía judicial para deferir la resolución de su controversia a **arbitraje**. En el caso de autos no pudiendo suponer dicha Disposición Adicional 2ª LCA la nulidad del Convenio Arbitral, pues dicha Disposición Adicional 2ª LCA es aplicable a la determinación de la competencia territorial del Juzgado una vez se ha determinado que la jurisdicción corresponde a los Juzgados españoles según diversas resoluciones que invoca (Auto de la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 174/2020 de 22 de abril de 2020 [JUR\2020\158284; AAP de Barcelona sec 16ª núm. 141/2018 de 24 de abril de 2018 [JUR\2018\129779]; Auto núm. 32/2019 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cantabria de 17 de junio del 2019 [ECLI: ES:APS:2019:300ª]8910; Auto núm. 7/2019 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Huesca de 19 de febrero de 2019 [JUR\2019*



\73654; Sentencia núm. 216/2001 de 23 de julio de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba [JUR \2001\270749], entre otras.

Así mismo, sostiene que en aplicación de las leyes de **arbitraje** suiza e inglesa, llegamos a la misma conclusión: Una disputa relativa a un contrato de agencia es arbitrable al corresponderse con una materia de carácter dispositivo y no existir consideraciones de orden público que lo impidan.

Así se deriva del artículo 177 de la ley de **arbitraje** suiza, que dispone que cualquier controversia de interés económico puede someterse a **arbitraje**; y del artículo 1.b de la ley de **arbitraje** inglesa que indica que las partes son libres de someter sus controversias a **arbitraje** sin perjuicio de las normas de salvaguarda de los intereses públicos.

Ad cautelam invoca que en todo caso el Contrato no es un contrato de adhesión y el Convenio Arbitral no es abusivo, pues Biopharma no tiene la condición de consumidor.

Y en ningún caso el Convenio Arbitral crea un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las Partes pues justamente, la regulación legal y contractualmente pactada (leyes y sumisión a **arbitraje** en Suiza) viene a garantizar la igualdad de las Partes en el marco de la resolución de una posible controversia, eliminando así cualquier vínculo directo con las leyes o jurisdicciones nacionales tanto de Unipharm como de Biopharma.

En este sentido, si el contrato fuese un contrato de adhesión (quod non), Unipharm hubiese impuesto a Biopharma el sometimiento del mismo a la ley israelí y la sumisión a los Juzgados de Israel para la resolución de cualquier potencial controversia.

Incluso para el caso de que se alegara la nulidad del Convenio Arbitral, la competencia para decidir acerca de ésta (e incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia) correspondería al tribunal Arbitral, conforme el principio kompetenz-kompetenz (así art 21.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje**, en adelante LA).

Por todo ello sostiene que la declinatoria debe estimarse y el efecto de su estimación será que este Juzgado dicte auto absteniéndose de conocer la controversia de conformidad con lo establecido en los artículos 39 , 63 y siguientes LEC y el artículo 11 LA.

TERCERO.- Conferido traslado a la demandante BIOPHARMA, procedió ésta a oponerse a la declinatoria porque nos encontramos ante una sumisión a un **arbitraje** internacional que nos remitiría a un órgano arbitral extracomunitario (Suiza) que además no garantizaría la aplicación de las disposiciones de "ius cogens" de la Unión Europea, lo que resulta claramente contrario Disposición Adicional Segunda de la LCA y la Directiva 86/653/CEE .

Entiende que a nivel doméstico, el carácter imperativo de la norma aplicable se establece en el artículo 3 LCA , donde se afirma que, salvo que se exprese en sentido contrario, las normas comprendidas en dicho cuerpo legal tienen carácter imperativo. Si bien podría argumentarse que esta imperatividad se refiere estrictamente al ámbito interno y no al internacional, se debe confirmar el carácter estrictamente imperativo de sus normas (entre ellas, la Disposición Adicional Segunda), ya que de otro modo no se podrían conseguir los especiales objetivos de protección de la Directiva 86/653/CEE y la normativa imperativa quedaría vacía de todo contenido. Dicho de otro modo: Entiende que no podemos afirmar la imperatividad de la LCA y la Directiva 86/653/CEE sin asegurarnos que conozcan de los asuntos relacionados con ellas los tribunales europeos, ya que, tal como tiene declarado la jurisprudencia, de hacerlo los de terceros Estados, podría verse frustrada la aplicación imperativa de aquéllas; el mismo argumento sirve para el **arbitraje**.

En esta dirección apunta el auto de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5ª) núm. 92/2008 de 28 mayo de 2018 , que analiza una cláusula de sumisión exactamente idéntica que la que aquí nos ocupa, por la que se somete una controversia de agencia a un tribunal arbitral en Suiza: "Esta disposición debe considerarse materia de orden público no sólo porque procura el seguimiento del proceso ante el órgano judicial más adecuado (el domicilio del agente es normalmente el lugar donde éste realiza su actividad, donde se encuentran las pruebas de los hechos litigiosos, etc.) sino porque responde a la protección del interés de la parte económicamente más débil, cosa que aquí se pone sin duda de manifiesto (...). En consecuencia, el pacto de sumisión debe reputarse nulo de pleno derecho (artículo 6 del Código Civil) y no cabe invocarlo como fuente de competencia en orden a la aplicación del artículo 17 del convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil hecho en Lugano el 16 de Septiembre de 1998, por lo que la competencia judicial internacional debe regirse por el artículo 22-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que la atribuye a los Juzgados y Tribunales españoles en relación con todos "los litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia, o establecimiento mercantil cuando éste se encuentre en territorio español", argumentos plenamente aplicables



a la cláusula en cuya virtud se ha atribuido la competencia a la Cámara de Comercio de Ginebra, razones que imponen la revocación del auto recurrido."

En este orden de cosas, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 9 de noviembre del 2000 (as. C-381/98 , Ingmar) establece que la Directiva 86/653/CEE y, en consecuencia, las reglas nacionales de transposición, son normas internacionalmente imperativas y deben regir cuando el agente comercial ejerza su actividad en la Unión Europea, aunque el empresario esté establecido en un país tercero y el contrato esté regulado por la ley de ese país. En este sentido, el TJUE considera que el carácter imperativo de esas normas deriva de su finalidad de tutela de la posición de los agentes comerciales y de la protección de la libertad de establecimiento y la competencia no falseada en el mercado interior, y que todo ello justifica que dichas normas no puedan ser eludidas mediante el simple juego de una cláusula de elección de ley aplicable. Recogiendo de nuevo la opinión del AG Maciej Szpunar en sus conclusiones en el Asunto C- 507/15 , destacamos que de entenderse "que de las sentencias Ingmar y Unamar se desprende que los artículos 17 y 18 de la Directiva 86/653 deben considerarse imperativos en el sentido de que siempre que un agente comercial desarrolle su actividad en el mercado interior, se activa la protección de esas disposiciones, con independencia de la ley aplicable al contrato entre las partes". Como resulta evidente, la demandante ejerce su actividad en el territorio de la Unión, razón por la cual debe activarse el escudo normativo protector que le otorga la LCA y la Directiva 86/653/CEE .

Algunos autores señalan que "cuando la "lex contractus" sea la de un Estado no comunitario, el Reglamento "Roma I" cuenta, al menos a priori, con un medio o instrumento eficaz para conseguir que se respete la regulación imperativa comunitaria sobre protección del agente comercial cuando ésta resulte aplicable, y es a través de la intervención del orden público internacional (el cual engloba al orden público comunitario y, por tanto, el umbral de protección mínimo del agente comercial fijado por la Directiva de 18 de diciembre de 1986) y, muy especialmente, de las normas materiales internacionalmente imperativas del ordenamiento jurídico del foro (las cuales aparecen consagradas en el apartado 2º del art. 9 del Reglamento). En efecto, las normas de aplicación inmediata, de los Estados miembros de la U.E., debieran de constituir una salvaguardia del respeto del nivel de protección mínimo del agente comercial conferido por las disposiciones imperativas de la Directiva comunitaria de agencia".

CUARTO.- Tras concederse al Ministerio Fiscal trámite de alegaciones éste se pronunció a favor de estimar la declinatoria, y finalmente se dictó por el Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Barcelona Auto de fecha 28 de julio de 2021 estimando la declinatoria declarando la falta de competencia objetiva de dicho Juzgado de Barcelona.

Se fundamenta para ello en que " *El artículo 25 de reglamento el reglamento de la UE nº 1215/2012 de 1 de diciembre de 2012 de la UE determina la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro a cuyos tribunales hayan realizado la sumisión expresa respecto a cualquier litigio que haya surgido o pueda surgir con ocasión del contrato de agencia firmado entre las partes.*

La Sección 14 de la Audiencia provincial de Barcelona, en Auto dictado en fecha 15 de febrero de 2019 , establece:

" Dicho reglamento privilegia la sumisión expresa acordada por las partes a los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros, siempre que alguna de las partes tenga su domicilio en un Estado miembro, y que dicha sumisión no verse sobre materias excluidas de su artículo 24 , siempre del reglamento de 2012, no cabiendo confundir las competencias exclusivas con las especiales, de tal modo que entre las exclusivas de la Sección 6, artículo 24 , no se encontraba la relativa al contrato de agencia .;" Es necesario en todo caso, que concurran las condiciones requeridas por el reglamento para la eficacia de estas cláusulas de sumisión expresa a los tribunales de un determinado Estado:

1. un acuerdo de elecciones de foro

2. Expresión de ese acuerdo de una determinada forma, debiéndose celebrar por escrito o verbalmente con confirmación escrita o bien de forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas.

Haciendo aplicación de lo indicado al presente procedimiento, consta que en el contrato y la miscelánea a la que se someten las partes, la existencia de una clausula nº 12 , en virtud de la cual las partes se someten para el caso de controversia a la Junta arbitral de Suiza , concurren en la indicada clausula los requisitos formales para su validez, motivo por el que debe estimarse la declinatoria planteada por la demandada UNIPHARMA LTD , declarando la incompetencia objetiva."

QUINTO.- La parte demandante solicitó aclaración/ complemento y subsanación del Auto solicitando aclarar y complementar el citado Auto de 28 de julio de 2021 , indicando las razones por las que se aplica



el Reglamento 1215/2012 y la jurisprudencia que lo interpreta al caso de autos, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y alegadas por dicha parte en el presente incidente.

A su vez la demandada solicitó complementar el referido Auto imponiendo a Biopharma las costas del presente incidente, tal y como solicitó Unipharm en la declinatoria.

Por Auto de fecha 8 de noviembre de 2021 se denegó la solicitud de la demandante por exceder lo pedido del ámbito de la aclaración, indicando que debía analizarse dicha pretensión mediante el recurso contra la resolución; y estimó lo solicitado por la demandada complementando el Auto de 28 de julio de 2021 en el sentido de pronunciarse sobre costas, si bien para no imponer condena en costas a ninguna de las partes.

SEXTO.- La demandante BIOPHARMA interpone recurso de apelación contra el Auto de 28 de julio de 2021 que declara la falta de competencia objetiva de dicho Juzgado y contra el Auto de 8 de noviembre de 2021 por el que se complementa la anterior resolución, solicitando el dictado de resolución que revoque dichos Autos y desestime la declinatoria con condena en costas a la contraparte.

Entiende que aplica normativa errónea, no aplica las normas de ius cogens de la disposición adicional segunda de la LCA y Directiva 86/653/CEE, alcanzando conclusiones contrarias a las aplicadas por la jurisprudencia para casos similares, y adicionalmente incurre el Auto en incongruencia omisiva al no responder a distintas cuestiones planteadas por la parte en su demanda y oposición a la declinatoria.

Reitera lo ya expuesto y razonado en su demanda y en su oposición a la declinatoria, en síntesis insistiendo frente al argumentario de UNIPHARM, que en el presente caso nos encontramos ante sumisión a un arbitraje internacional que nos remitirá a un órgano arbitral extracomunitario (Suiza) y que no garantiza la aplicación de las disposiciones de ius cogens de la Unión Europea, lo que es contrario a la disp adicional 2ª de la LCA y la Directiva 86/653/CEE.

Sostiene que no es aplicable como pretende UNIPHARM la sumisión al arbitraje conforme arts 39 y 63 y ss LEC y art 11 LA, pues el art 1LA estipula la aplicación de la LA a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje", cuando aquí la cláusula de sumisión arbitral remite a un arbitraje extracomunitario (Suiza).

Y no son aplicables los argumentos del Ministerio Fiscal pues no estamos ante disyuntiva entre dos órganos judiciales ubicados dentro de la UE, sino ante sumisión a un arbitraje internacional sito en un país extracomunitario y con arreglo a una ley extracomunitaria, en méritos a un contrato que va en contra de la normativa de "ius cogens" en virtud del derecho de la Unión y que es la disp. Adicional 2ª LCA y la Directiva 86/653/CEE.

Y el Ministerio Fiscal aplica el Reglamento 1215/2012 cuando su considerando 12 establece que "a la hora de resolver sobre la nulidad de pleno derecho, la ineficacia o la inaplicabilidad de un convenio de arbitraje, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no deben estar sujetos a las normas de reconocimiento y ejecución establecidas en el presente Reglamento", y cuando su art 1.2 excluye expresamente el arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento.

Entiende que el Auto impugnado incurre en incongruencia omisiva al ignorar las cuestiones planteadas por BIOPHARMA en demanda y oposición a la declinatoria, esto es, la aplicabilidad directa de la Disposición Adicional Segunda de la LCA y Directiva 86/653/CEE; la remisión a un órgano arbitral extracomunitario que no garantiza el umbral de protección normativo "ius cogens" a un agente comercial que presta servicios y tiene domicilio en el territorio de la Unión; y aplicación de una ley extracomunitaria, por un órgano arbitral extracomunitario que no garantiza el umbral de protección normativo "ius cogens" a un agente comercial que presta servicios y tiene su domicilio en territorio de la Unión.

Reitera lo ya argumentado al hilo de la protección imperativa al agente comercial bajo la Directiva 86/653/CEE y la necesidad de garantizar un umbral de protección que dicha norma ofrece al agente comercial con domicilio en la UE y que presta sus servicios en dicho territorio, y que en el ámbito doméstico se expresa en la disp. Adicional segunda LCA, insistiendo en que no se puede afirmar la imperatividad de la LCA y de la Directiva 86/653/CEE sin asegurarnos que conozcan de los asuntos relacionados con ellas los tribunales europeos, ya que, tal como tiene declarado la jurisprudencia, de hacerlo los de terceros Estados podría verse frustrada la aplicación imperativa de aquéllas. Argumento que entiende el apelante que sirve para el arbitraje.

E insiste en los mayores costes que acudir a Suiza supondría para el agente. Y además, que con la salida de Gran Bretaña de la Unión Europea desde el 1 de febrero de 2021, no prueba la demandada en su declinatoria que el derecho al que se remite la cláusula de sumisión reivindicada -el Derecho de Inglaterra y Gales- otorgue



un grado de protección suficiente al agente que no contravenga disposiciones imperativas aplicables en virtud de la LCA y la Directiva 86/653/CEE .

SÉPTIMO. - La demandada UNIPHARM se opone al recurso de apelación solicitando la desestimación del mismo con condena en costas a la apelante. Reitera lo ya expuesto en síntesis en su escrito de declinatoria y que se da por reproducido en aras a la brevedad, añadiendo que un Juzgado español en la tesitura de decidir sobre su competencia debido al planteamiento de una declinatoria por sumisión a **arbitraje** o por competencia de un tribunal de otro Estado, su decisión debe fundamentarse en la ley española (lex fori), esto es, en el presente caso conforme la LEC y la LA.

No siendo cierto que no sea aplicable la LA siguiendo su art 1.1, pues por contra el posterior art 1.2 LA dispone que "Las normas contenidas en los apartados 3, 4 y 6 del artículo 8, en el artículo 9, excepto el apartado 2, en los artículos 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta ley se aplicarán aun cuando el lugar del **arbitraje** se encuentre fuera de España", siendo precisamente el art 11 LA el que permite plantear declinatoria por existencia de un convenio arbitral.

Y también el artículo 9 LA se aplica en este caso, sin perjuicio de que el futuro **arbitraje** entre las Partes no tenga su sede en España (artículo 1.2 LA), permitiendo al Juzgado a priori valorar la existencia de un convenio arbitral válido y aplicar así el artículo 11 declarando su falta de competencia.

Significa que, frente a lo argumentado por BIOPHARMA, la LCA no se aplica de forma imperativa y se excluyó explícitamente por las Partes, siendo que el art 3LCA dispone que "salvo que se exprese en sentido contrario, las normas comprendidas en dicho cuerpo legal tienen carácter imperativo". Y ello se confirma por el expositivo tercero de la propia LCA, en la que se dispone:

"El régimen jurídico del contrato de agencia se configura bajo el principio general de la imperatividad de los preceptos de la Ley, salvo expresa previsión en contrario".

Incide en que la Directiva no menciona en ninguno de sus preceptos el carácter imperativo de ninguna de sus disposiciones, siendo relevante el hecho de que no se haya previsto la imperatividad del foro dentro de la UE

Y que las Partes decidieron someter sus controversias a un tribunal arbitral con sede en Suiza, bajo las reglas de la CCI y con aplicación de la ley inglesa. Es decir, por pacto expreso, Biopharma y Unipharm excluyeron la aplicación de la ley española y la competencia de los juzgados estatales españoles, en aras a garantizar la neutralidad e igualdad entre las Partes en el marco de una potencial resolución de sus conflictos.

E insiste en que la Disposición Adicional 2ª LCA no impide que las Partes decidan prescindir de la vía judicial para diferir la resolución de su controversia a **arbitraje**, entendiendo que yerra la demandante al determinar la competencia territorial de este Juzgado sin valorar correctamente su jurisdicción. Jurisdicción que, independientemente de la calificación que realicemos del Contrato, corresponde al tribunal arbitral designado conforme a la cláusula 12 del mismo. Mientras que la Disposición Adicional 2ª LCA es una norma que se aplica para determinar la competencia territorial del Juzgado una vez se ha determinado la jurisdicción.

Y niega que tras la salida de Gran Bretaña de la UE, la aplicación del derecho de Inglaterra y Gales no garantice un umbral de protección equiparable al que la Directiva y la LCA otorgan al agente comercial (no obstante no ser tal cuestión alegada por la apelante, propia de este momento procesal), pero insiste en que la legislación vigente en Inglaterra y Gales se corresponde con la transposición de la Directiva al derecho nacional inglés. Se trata de la ley de contrato de agencia inglesa "Commercial Agents Regulations 1993" ("CAR"), la cual entró en vigor, en concreto, el 1 de enero de 1994 según lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Directiva y en el texto introductorio de la propia CAR.

La CAR deriva de la correcta transposición de la Directiva, sin que su contenido haya sido nunca impugnado o puesto en duda por la Comisión o por particulares afectados. Por ello, la CAR garantiza la protección establecida por dicha Directiva. Y consecuentemente, el agente comercial sometido a un **arbitraje** internacional en el cual se ha pactado la aplicación de la legislación de Inglaterra y Gales se le garantiza un umbral de protección equivalente al otorgado por la Directiva, umbral de protección que Biopharma podrá invocar en todo caso ante el tribunal arbitral correspondiente sin ver vulnerados sus derechos.

OCTAVO. - El debate por tanto se centra en la tesis de la apelante asentada en la protección imperativa al agente comercial bajo la Directiva 86/653/CEE y la necesidad de garantizar un umbral de protección que dicha norma ofrece al agente comercial con domicilio en la UE y que presta sus servicios en dicho territorio, y que en el ámbito doméstico se expresa en la disp. Adicional segunda de la LCA .

Concluyendo el apelante que no se puede afirmar la imperatividad de la LCA y de la Directiva 86/653/CEE sin asegurarnos que conozcan de los asuntos relacionados con ellas los tribunales europeos, ya que, tal como tiene



declarado la jurisprudencia, de hacerlo los de terceros Estados podría verse frustrada la aplicación imperativa de aquéllas. Argumento que entiende el apelante que sirve para el arbitraje.

En definitiva entiende la apelante, frente a la perfecta arbitrabilidad del contrato de agencia a juicio de la apelada, que dado del carácter de ius cogens de la Directiva 86/653/CEE y de la disp. Adicional segunda de la LCA, ello impide tal sumisión al arbitraje extracomunitario de la cláusula 12 del contrato de autos.

Antes de analizar la cuestión, significar al hilo de la invocada incongruencia omisiva, que en realidad no hay tal pues en la solicitud por la apelante de dictado de Auto de aclaración/complemento, le pedía a la juez a quo que explicara por qué entendía aplicable la norma que invocaba para resolver(Reglamento 1215/2012 y jurisprudencia interpretativa), y la juez a quo razona que tal petición excede de la aclaración y tiene su sede en el recurso de apelación.

Y es que lo que realmente cuestiona la apelante como incongruencia omisiva no es sino el no compartir el razonamiento a su juicio erróneo del Auto resolviendo la declinatoria, por aplicar norma que la apelante entiende inaplicable al caso de autos, pero sin que se haya omitido resolver pretensión alguna respecto a la declinatoria pedida. No dando lugar a incongruencia omisiva el silencio sobre un concreto argumento o el emplear un argumento erróneo.

Y analizando ya el argumento del Auto estimatorio de la declinatoria, en efecto no es aplicable al caso pues Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil dispone en su art 1.2-d) que se excluye del ámbito de aplicación del Reglamento "el arbitraje". Y el invocado art 25.1 por lo demás se refiere a pacto contractual atribuyendo competencia a órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, no a órganos arbitrales al estar excluido como vimos el arbitraje de dicho Reglamento, y menos aún a órganos arbitrales de Estado no miembro de la UE como es en este caso Suiza.

NOVENO.- Pero si examinamos las resoluciones invocadas por la demandante/apelante, resulta que:

-La SAP de Barcelona sección 1 del 21 de diciembre de 2018 (ROJ: SAP B 12911/2018 - ECLI:ES:APB:2018:12911) no alude a cláusula de sumisión a arbitraje, ni a realizar en país tercero a la UE(Suiza) sino referido a cláusula de sumisión a tribunales de Bélgica. Razona la misma que:

"En el supuesto sometido a consideración, nos encontramos ante un contrato de agencia suscrito entre dos mercantiles domiciliadas en dos Estados distintos, ambos miembros de la Unión Europea, por lo que conforme al artículo 3 del indicado Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 es de general aplicación el fuero del domicilio del demandado, que en este caso se halla en el reino de Bélgica.

Sin embargo, las partes contratantes convinieron someterse a la ley y a los tribunales belgas, por lo que también por la vía de la sumisión expresa debería declararse la competencia de los indicados tribunales belgas.

No obstante, concurren otros elementos de juicio a considerar que nos llevarán finalmente a concluir que debe mantenerse la jurisdicción de los tribunales españoles.

Ante todo, es preciso indicar que el contrato de autos es un contrato de agencia para cuya regulación se dictó la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986 , relativa a la coordinación de los estados miembros en lo referente a las agencias comerciales independientes, que fue traspuesta al Derecho español a través de la ley 12/1992, de 27 de mayo, de régimen jurídico del contrato de agencia, y que siguiendo las pautas de la Directiva recoge en su Exposición de Motivos (apartado III) que "El régimen jurídico del contrato de agencia se configura bajo el principio general de la imperatividad de los preceptos de la ley, salvo expresa previsión en contrario".

Partiendo de este carácter imperativo, hay que considerar indisponible la regla de competencia establecida en la Disposición Adicional de la ley 12/1992, según la cual "La competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario".

Normativa que encuentra su reflejo también en la propia Ley Belga del Contrato de Agencia Comercial ("Moniteur belge" de 2 de junio de 1995), que dispone, en su artículo 27 que: "Sin perjuicio de la aplicación de los convenios internacionales de los que Bélgica es parte, toda actividad de un agente comercial con establecimiento principal en Bélgica quedará sujeta a la ley belga y a la competencia de los tribunales belgas".

Para reforzar este criterio interpretativo resulta relevante traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 17 de octubre de 2013 que, en el asunto C-184/2012 resuelve que "tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al Primer Protocolo, de 19 de



diciembre de 1988, relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, por el Hof van Cassatie (Bélgica), mediante resolución de 5 de abril de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de abril de 2012, en el procedimiento" seguido entre una entidad belga (Unamar) y una entidad búlgara (NMB), en el marco de un contrato de agencia, en la que la entidad belga era el agente y el contrato contenía una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales y a la normativa búlgara.

El Tribunal concluye en los siguientes términos:

"52 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 3 y 7, apartado 2, del Convenio de Roma deben interpretarse en el sentido de que la ley de un Estado miembro de la Unión que garantiza la protección mínima prescrita en la Directiva 86/653, ley elegida por las partes en un contrato de agencia comercial, podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado en otro Estado miembro, para aplicar en su lugar la lex fori, basándose a tal efecto en el carácter imperativo que, en el ordenamiento jurídico de este último Estado miembro, tienen las normas que regulan la situación de los agentes comerciales independientes, pero ello únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva, teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas".

El nuevo Reglamento 1215/2012 recoge esta interpretación al establecer en el artículo 25 que el pacto de sumisión expresa a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro es válido "A menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el derecho de dicho estado miembro", y ya hemos visto el carácter imperativo de la ley reguladora del contrato de agencia y el especial cuidado que han tenido tanto la ley belga como la ley española en prohibir la sumisión a órganos jurisdiccionales diferentes de los propios del domicilio del agente, precisamente porque buscan otorgarle la protección "crucial" a que se refiere la citada sentencia del TJUE.

Por lo expuesto, siendo la finalidad de la Ley de Contrato de Agencia española, en transposición de la Directiva Comunitaria, la protección de los agentes que desarrollen su actividad dentro del territorio nacional y de conformidad con el Reglamento de la C.E. 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, no puede más que declararse la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer del litigio planteado."

Pero como se razonará posteriormente conforme plantea la demandada, dicho precepto imperativo español (disp ad 2ª LCA) se limita a regular la competencia territorial, no prejuzgando la jurisdicción ni su arbitrabilidad.

Y siguiendo el propio razonamiento recogido en la STJUE (Sala Tercera) de 17 de octubre de 2013 que, en el asunto C-184/2012 reseñado en la SAP de Barcelona que se ha transcrito, la conclusión que se alcanza es que la única y específica protección adicional concedida en la LCA española al agente es la citada disp adicional 2 LCA, que es norma de competencia territorial, no concediéndose previa protección imperativa a nivel de determinación de la jurisdicción ni de la arbitrabilidad excluyente de la jurisdicción. Debe entenderse que si la norma estatal (LCA) en transposición de la Directiva hubiera pretendido incrementar tal protección al agente impidiendo la sumisión a **arbitraje** o a tribunales de otro país, lo habría dicho, y no es así, limitándose a imponer tal imperatividad solo en materia de competencia territorial, no impidiendo el pacto arbitral.

-En cuanto al AAP de Alicante sec 5 de 28 de mayo de 2008 (ROJ: AAP A 76/2008 - ECLI:ES:APA:2008:76 A), en asunto referido, en contrato de agencia, a sumisión a **arbitraje** a Suiza, como el caso de autos, si bien argumenta:

"La demandada planteó declinatoria por considerar, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 15ª del contrato, que la cuestión estaba sometida a **arbitraje**, tesis aceptada en el auto objeto del recurso.

SEGUNDO.- (...)

En segundo lugar, se alega que la cláusula de sumisión al **arbitraje** de la Cámara de Comercio de Ginebra constituye una violación de la Ley española, y es nula por aplicación de la Ley de contrato de agencia, Ley 12/92, de 27 de Mayo, en virtud de lo que dispone la disposición adicional única, discrepando también de la aplicación de la ley portuguesa a la que también alude el auto recurrido, en base a la cláusula 14º del contrato de 1 de Mayo de 1986.

Por lo que respecta a la primera alegación, ha de darse la razón a la parte apelante, y en ello en virtud de las consideraciones contenidas en el auto nº 244, dictado con fecha 19 de Diciembre de 2002 por la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial en asunto similar.



En efecto, el contrato en cuestión debe ser calificado, prima facie, como contrato de agencia, no sólo por su propia denominación sino por su clausulado, al que se ha hecho sucinta referencia, y está regulado por la Ley 12/92, de 27 de Mayo sobre ese tipo contractual.

La disposición adicional de esa Ley establece expresamente que la competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponde al domicilio del agente, y declara la nulidad de cualquier pacto en contrario.

El auto antes citado argumenta en supuesto similar lo siguiente: Esta disposición debe considerarse materia de orden público no sólo porque procura el seguimiento del proceso ante el órgano judicial más adecuado (el domicilio del agente es normalmente el lugar donde éste realiza su actividad, donde se encuentran las pruebas de los hechos litigiosos, etc.) sino porque responde a la protección del interés de la parte económicamente más débil, cosa que aquí se pone sin duda de manifiesto, ya que la sumisión se hizo única y exclusivamente en beneficio de la empresa concedente, por imposición de esta y con graves perjuicios para el agente que se vería obligado a desplazarse a Suiza para ventilar las consecuencias de un contrato concluido y ejecutado en España.

En consecuencia, el pacto de sumisión debe reputarse nulo de pleno derecho (artículo 6 del Código Civil) y no cabe invocarlo como fuente de competencia en orden a la aplicación del artículo 17 del convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil hecho en Lugano el 16 de Septiembre de 1998, por lo que la competencia judicial internacional debe regirse por el artículo 22-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que la atribuye a los Juzgados y Tribunales españoles en relación con todos "los litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia, o establecimiento mercantil cuando éste se encuentre en territorio español", argumentos plenamente aplicables a la cláusula en cuya virtud se ha atribuido la competencia a la Cámara de Comercio de Ginebra, razones que imponen la revocación del auto recurrido".

Dicha resolución no es compartida por otras muchas, algunas de las cuales se citarán posteriormente, pues nuevamente la norma interna imperativa invocada (disp adicional 2ªLCA) no es norma de regulación de la jurisdicción ni de prohibición de la arbitrabilidad de la controversia, sino sólo norma interna de atribución de competencia territorial.

-Y la STJUE sección 1 del 09 de noviembre de 2000 (ROJ: PTJUE 128/2000 - ECLI: EU:C:2000:605) recurso: C-381/98 : Se refiere a litigio entre empresa inglesa(agente) y nortamericana(empresario) con pacto de que la ley sustantiva aplicable será la de California, respondiendo el TJUE a la cuestión prejudicial planteada por el tribunal de apelación inglés que: "procede responder a la cuestión prejudicial que los artículos 17 y 18 de la Directiva, que garantizan determinados derechos al agente comercial, una vez terminado el contrato de agencia, deben aplicarse cuando el agente comercial haya ejercido su actividad en un Estado miembro, aun cuando el empresario se halle establecido en un país tercero y el contrato se rija por la ley de este país en virtud de una de sus cláusulas".

Como se aprecia, no estamos ante una discusión acerca de la jurisdicción ni la arbitrabilidad del contrato de Agencia, sino ante pacto de determinación de la ley sustantiva aplicable, que no prejuzga ni analiza la posibilidad de pactar el **arbitraje**. Y siendo de reiterar lo ya razonado al hilo de la STJUE -posterior por tanto- (Sala Tercera) de 17 de octubre de 2013 sobre la protección exclusivamente territorial que da la disp ad 2 de la LCA, sin prejuzgar por tanto la posible arbitrabilidad de la controversia.

Por contra, entendemos que es perfectamente posible tal sumisión al **arbitraje** siendo que la disposición adicional 2ª de la LCA es norma imperativa pero solo de carácter territorial:

Ya la SAP sección 15 del 06 de noviembre de 2000 (ROJ: SAP B 13153/2000 - ECLI:ES:APB:2000:13153) en materia de anulación de laudo arbitral en contrato de agencia razonaba:

"DECIMOCUARTO: Por último, la representación de don Lorenzo insta la anulación del laudo al amparo del artículo 45.4 de la Ley de **arbitraje**, alegando que la materia objeto del procedimiento arbitral no puede ser objeto de **arbitraje**.

En síntesis, la parte recurrente sostiene en este punto que la cuestión dirimida en el presente **arbitraje** se incluye en el marco legal regulado por la Ley 12/1992, de 27 de mayo , del contrato de agencia, cuyo artículo 3.1 dispone el carácter imperativo y de Derecho necesario de los enunciados que la misma contiene. Por ello, concluye la parte, la cuestión debatida se halla más allá del poder de disposición de los sujetos y, en consecuencia, toda resolución arbitral que verse sobre dichos preceptos adolece de nulidad de pleno derecho.



La argumentación no puede acogerse. Es cierto que el artículo 3.1 de la Ley de agencia proclama el carácter imperativo de sus preceptos a no ser que en ellos se disponga otra cosa. Así lo anunciaba la Exposición de Motivos de la Ley (apartado III). Sin embargo, como pone de relieve la parte recurrida, en su escrito de oposición al recurso, en principio, la imperatividad de los preceptos de la Ley referida no constituye por sí misma un obstáculo a la arbitrabilidad, sino que solamente impide que los árbitros en sus laudos infrinjan aquellas normas imperativas. Así manifestaron entenderlo los árbitros en el laudo que se impugna.

La imperatividad de ciertas normas no se opone a la disponibilidad de los derechos subjetivos ni de las relaciones jurídicas regidas por aquéllas. Se cita como paradigma la viabilidad del **arbitraje** en una materia tan impregnada de imperatividad cual es la de los arrendamientos urbanos.

Y, como señala la representación de SECOPAL, SA, la tesis expuesta encuentra apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998, antes citada, que distingue entre la imperatividad de las normas reguladoras de una determinada materia y la arbitrabilidad de la misma y viene a declarar que el convenio arbitral no alcanza a las normas de ius cogens, sino al cauce procesal en que se aplican y que, en definitiva, debe atenderse al carácter, en su caso, negocial y, por tanto, dispositivo de las cuestiones sobre que recae la controversia.

DÉCIMOQUINTO: No puede atenderse tampoco el razonamiento del recurso que busca apoyo a la tesis de la no arbitrabilidad en el contenido de la disposición adicional de la Ley de agencia, según la cual, la competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

Como también señalan los árbitros y la parte recurrida, se trata de una norma reguladora de la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales, no de delimitación entre jurisdicción y **arbitraje**.

La citada Sentencia de 18 de abril de 1998 negó que fuera motivo excluyente del **arbitraje** en materia de impugnación de acuerdos sociales, el artículo 118 de la Ley de sociedades anónimas, por referirse a la competencia territorial. Por la misma razón, es decir, porque se trata de una norma de competencia territorial, debemos rechazar que la disposición adicional de la Ley de agencia se oponga a la arbitrabilidad de la materia objeto del laudo impugnado."

En igual sentido ya se pronunció esta Sala en nuestro AAP de Barcelona sección 17 del 28 de mayo de 2009 (ROJ: AAP B 5849/2009 - ECLI:ES:APB:2009:5849 A):

"Las sociedades demandadas por Texcel SL al ser emplazadas por el Juzgado han promovido declinatoria al entender que las partes al suscribir el contrato de agencia se habían sometido a **arbitraje** internacional ante la Cámara de Comercio Central Finlandesa para la resolución de los conflictos o diferencias que pudieran derivar de ese contrato.

La declinatoria es estimada en primera instancia y recurre la parte demandante alegando que ni la Ley de **arbitraje** ni el Convenio de Nueva York son de aplicación; la primera porque su ámbito son los **arbitrajes** dentro del territorio español, y el segundo porque se refiere al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Entiende que la Disposición Adicional de la ley de contrato de agencia es norma imperativa que excluye la posibilidad de someterse a **arbitraje**, norma que no puede ser obviada por las partes tal y como contempla el artículo 3.3 del Convenio de Roma. Por último señala que es España el país de mayor proximidad a la relación litigiosa, principio de proximidad que es el que se inspira el Convenio de Roma.

SEGUNDO.- La apelante parte en su recurso en la errónea conclusión de que ni la Ley de **arbitraje** ni el Convenio de Nueva York invocado per la demandada es aplicable al conflicto competencial que se plantea en la presente declinatoria.

Ante todo, se hace necesario constatar que no se cuestiona que nos hallamos ante un supuesto de sumisión a **arbitraje** internacional de conformidad con la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), que ha servido de inspiración según se señala en su Exposición de Motivos- a la nueva Ley de **Arbitraje** de 23 de diciembre del 2003 siguiendo de esta manera la recomendación de la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, "teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del **arbitraje** comercial internacional".

Pues bien en el artículo 1 de la ley española se delimita su ámbito de aplicación, y tras señalar en su apartado primero, que lo serán los **arbitrajes** cuyo lugar se halle dentro del territorio español, tanto si son de carácter interno como internacional (sin perjuicio de lo establecido en tratados y leyes especiales), expresamente añade en su párrafo segundo que "las normas contenidas en los apartados 3,4 y 6 del art.8, en su art.9,excepto el apartado 2, en los art.11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta ley se aplicarán aun cuando el lugar del **arbitraje**



se encuentre fuera de España". En consecuencia, y en contra de lo que alega la apelante el artículo 9.6 LA al que se refiere el auto recurrido es de aplicación a los **arbitrajes** internacionales que deban celebrarse fuera de España. Y lo que señala este precepto es la validez del convenio arbitral y la posibilidad de someter a este tipo **arbitraje** internacional una controversia si cumple los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia o por el derecho español.

Tampoco puede compartirse el argumento del apelante según el cual no es de aplicación al presente conflicto competencial el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 porque lo que éste regula es el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, y no así los compromisos arbitrales. Si bien así reza en su enunciado, no tiene en cuenta el apelante que en su artículo II establece que "cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a **arbitraje** todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto a **arbitraje**. La expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo remitirá a las partes a **arbitraje**, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable". En diversas resoluciones el Tribunal Supremo ha mantenido que es éste el convenio que rige el **arbitraje** internacional en España, que por otra parte presenta para este país, eficacia universal por que al ratificarlo (Instrumento de Adhesión de 29 de abril de 1997) no hizo uso de la facultad de limitar su alcance a base de reciprocidad (AATS de 2 de octubre del 2001 , 13 de noviembre del 2001 , 31 de mayo del 2005 , 14 de noviembre del 2007 ...). Añadiendo en esta última resolución que "tales normas supranacionales desplazan el régimen de derecho internacional privado[ley de **arbitraje**] en lo concerniente a la validez, alcance y eficacia del acuerdo arbitral" rigiendo la normativa interna sólo con carácter subsidiario en lo no dispuesto por aquéllas.

Señala en su artículo V que se denegará el exequátur si se prueba que el convenio arbitral no es válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, de los que se deduce que es la ley a la que se han sometido las partes la que determina la validez del convenio arbitral y en el presente caso son las leyes de la República de Finlandia (cláusula 15), sobre las cuales ninguna prueba se ha practicado. Pero aun en el caso de entender que fuera la legislación española la que resulta de aplicación como mantiene la apelante, ello no puede llevar a la conclusión de que aquella cláusula no es válida por impedirlo la ley de contrato de agencia. En contra de la opinión del apelante, entiende este Tribunal -- compartiendo el criterio que sostienen la mayor parte de las Audiencias-- que la Disposición Adicional de la ley reguladora del contrato de agencia es una norma de competencia territorial que no impide la sumisión a **arbitraje** (AAP de Barcelona - Secc.19 de 1 de junio del 2004 ; Secc.15 de 7 de febrero del 2000 , 6 de noviembre del 2000 y 19 de noviembre de 2002 ; AAP de Lleida-Secc.2 de 28 de enero del 2009 ; AAP de Córdoba-Secc.1 de 23 de julio del 2001 ; AAP de Murcia 29 de diciembre de 1999 ; en contra del anterior criterio se ha manifestado la Audiencia Provincial de Alicante, auto de 28 de mayo de 2008). El carácter imperativo de sus normas (art.3.1 LCA) no impide aquella conclusión porque sólo obliga a resolver el conflicto de acuerdo con ellas pero ni determina ni impide la arbitrabilidad de la materia, tal y como lo mantiene el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de abril de 1998 al señalar que el convenio arbitral no alcanza a las normas de ius cogens sino al cauce procesal en el que se aplican.

Finalmente y entrando ya en los requisitos formales de cláusula arbitral, y más concretamente en su validez, no hay más que recordar el apartado 2º del artículo II del Convenio de Nueva York antes transcrito por el cual " la expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas". Como ha señalado la jurisprudencia (entre otros Autos de 13 de noviembre del 2001 y los allí citados) en este punto es necesario atender a la finalidad y objeto de la norma que no es otro que verificar la existencia de una voluntad común de las partes de incluir en sus relaciones una cláusula arbitral "voluntad común que ha de resultar del conjunto de las comunicaciones mantenidas y de las actuaciones llevadas a cabo por una u otra parte de la relación negocial, pero siempre con la obligada precisión de que no cabe atribuir a estos fines eficacia al silencio o inactividad de aquella a la que se hubiera dirigido una oferta que, directa o indirectamente, contenga una cláusula compromisoria". En el caso que se examina , la cláusula de sumisión a **arbitraje** consta en un contrato que ha sido suscrito por ambas partes que desde su suscripción se ha mantenido vigente durante más de diez años sin que, hasta la fecha, conste la más mínima oposición de la agente a esa cláusula contractual, por lo que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo aquella cláusula ha sido plenamente aceptada. Pues como señala el ATS de 13 de noviembre del 2001 que la aceptación sea expresa no significa que deba ir dirigida a la cláusula concreta, sino que basta que se refiera al contrato considerado en su generalidad.



Por otra parte, el hecho de que la cláusula no haya sido negociada individualmente no le resta validez ni tiene que ser causa de desequilibrio entre las partes. Si bien es lógico pensar que fuera la sociedad demandada quien estuviera interesada en que los conflictos que pudieran surgir en la relación con el agente en España, se resolvieran en Finlandia y más concretamente por su Cámara de Comercio Central, no por ello tenía dejaba de que ser una cláusula conocida y aceptada por la ahora demandante. Como ya razonó este Tribunal (Sección 17 de la AP de Barcelona) en el auto de 16 de marzo del 2007 , és difícil pensar que un contrato de las características del que fue suscrito y por su importancia económica (atendidas las facturaciones que señala la propia agente) no fuera firmado sin una previa negociación y asesoramiento jurídico. A todo ello hay que añadir que las contratantes no son consumidores sino dos empresas que operan en el ámbito internacional y que someten a un determinado organismo arbitral la resolución de los conflictos que pudiera surgir entre ellas sin que el solo hecho de ser, una la agente y la otra la fabricante del producto , permita apreciar un desequilibrio entre las dos sociedades contratantes en un ámbito como es el del comercio internacional que se rige por normas y principios determinados y en el que - como señala el ATS de 31 de mayo del 2005 -- el equilibrio o desequilibrio entre sociedades contratantes es el que concierne a su posición en el mercado y donde es habitual y aceptado acudir a condiciones generales que facilitan la contratación y el propio tráfico sometiendo los conflictos a especiales organismos arbitrales."

Con posterioridad y en igual sentido, razonábamos en nuestro AAP, Civil sección 17 del 17 de mayo de 2018 (ROJ: AAP B 3004/2018 - ECLI:ES:APB:2018:3004A) en el que, frente a la estimación en instancia de la declinatoria por falta de jurisdicción por estar sometida la cuestión litigiosa a **arbitraje**, se desestima la apelación:

"CUARTO.- El artículo 3 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia , invocado por la apelante, dispone en su apartado 1 que "En defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa".

La *Disposición Adicional Segunda de la misma Ley* , también invocada por la apelante aunque sin señalar el orden, dice que "La competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario".

Y, finalmente, el artículo 2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje** , también invocado por la apelante, dispone que "1. Son susceptibles de **arbitraje** las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho".

La aquí apelante adujo en el hecho primero de la demanda haber suscrito con la demandada " *un Contrato exclusivo de Agencia en fecha de 1 de septiembre de 1990* ", y formula reclamación de cantidad por " *indemnización por clientela derivada de la extinción de un contrato de agencia* ".

El artículo 1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de **Arbitraje** , disponía que "Mediante el **arbitraje**, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho".

Esto es, tanto en la legislación vigente en la fecha de la formalización del contrato de agencia como en la actual las partes podían someter a **arbitraje** las controversias que pudieran surgir entre las mismas sobre materias de libre disposición.

La imperatividad que establece la norma en la Disposición Adicional Segunda viene referido a la competencia territorial para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia, pero no para el conocimiento sobre las materias de libre disposición que regula la misma como lo es el derecho a la indemnización por clientela.

Por tanto, la imperatividad de la norma no viene referida a la competencia de jurisdicción que, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , "El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a **arbitraje** o mediación la controversia", y que es lo que ha ocurrido en el presente caso, que la demandada denunció mediante declinatoria la falta de jurisdicción por haberse sometido el asunto a **arbitraje**.

Sin que ello suponga, como aduce la apelante, que la tutela judicial efectiva el Agente " *quedaría gravemente conculcada si se le obligase a litigar en un lugar lejano al de su domicilio* ", pues se trata de un contrato celebrado por dos empresas de países diferentes y lo que se convino fue, según traducción en la que coinciden las partes, que " *Cualquier disputa o problema relacionados con el presente acuerdo serán resueltos mediante **arbitraje**. Cada parte deberá establecer un defensor para defender sus derechos. En el caso de que*



no se establezca, el tribunal de Vicenza lo designará. Una eventual impugnación de un laudo arbitral podrá ser interpuesto al Tribunal de Vicenza dentro de las cuatro semanas por medio de correo certificado ".

Por otra parte, no puede considerarse que se trate de un contrato de adhesión o que haya sido " *redactado unilateralmente por la ahora recurrida* ", como aduce la apelante, pues en un " *Contrato exclusivo de Agencia* " en el que intervienen dos empresas de distintos países se presume la intervención de ambas partes contratantes en su redacción para negociar los términos de la exclusividad y las consecuencias que de ello se derivan."

Circunstancia ésta además que se produce en los presentes autos en que la agente BIOPHARMA es una mercantil con reconocimiento notable en el mercado internacional como sostiene en su demanda (Hecho 1 de demanda -pag 2-), siendo más que presumible (pues no ha invocado adhesión ni sometimiento a la voluntad de la demandada) que se negociaron las cláusulas contractuales entre las que está, con cabal conocimiento por las partes, la sumisión al **arbitraje** internacional(cl.12).

Finalmente el AAP de Madrid, Civil sección 13 del 16 de febrero de 2012 (ROJ: AAP M 3662/2012 - ECLI:ES:APM:2012:3662 A) ante cláusula de sumisión a **arbitraje** en Argentina en contrato de agencia en que en instancia se estimó la declinatoria, confirma lo resuelto razonando:

"SEGUNDO. Que el *artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , al establecer la extensión y límites de la jurisdicción de España, en el orden civil, establezca que en el orden civil los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes "con carácter general (...) cuando el demandado tenga su domicilio en España" (ordinal segundo) o, subsidiariamente, "en materia de obligaciones contractuales cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España" (ordinal tercero) y, en particular, "en los litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento mercantil, cuando éste se encuentre en territorio español" (ordinal cuarto) no puede significar que las controversias referidas a un contrato de agencia no puedan quedar sometidas a **arbitraje** o, al menos, que este haya en cualquier caso de ser interno, con absoluta exclusión del **arbitraje** internacional en el caso de que el agente tenga su domicilio en España.

La prescripción relativa a las leyes procesales españolas, como únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España, que contenía el *artículo 8, apartado dos, del Código Civil* (hasta su derogación por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000), nada nuevo aporta a la cuestión, porque no es que pretenda la demandada que el proceso se sustancie conforma a las leyes procesales argentinas, sino que el litigio se resuelva mediante un procedimiento arbitral en Buenos Aires, con arreglo a lo pactado. Y lo mismo hemos de decir de la invocación que se hace por la recurrente del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, porque la norma se refieren a procedimientos judiciales, mientras que lo que se invoca por la demandada es que las partes, voluntariamente, renunciaron a la jurisdicción ordinaria para resolver los conflictos que pudiesen derivarse de la interpretación y aplicación del contrato de agencia, mediante el sometimiento a un juicio de **arbitraje**.

La disposición adicional de la Ley sobre Contrato de Agencia establece que la competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario. Esto es, establece una norma sobre competencia (judicial) territorial de carácter imperativo, como la que se contiene en el *artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , en relación con las reglas de los números 1 y 4 a 15 del apartado uno y en el apartado dos del artículo 52, supuestos en los que no cabe la sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de una determinada circunscripción (es nulo cualquier pacto en contrario sobre competencia territorial). Pero que una determinada materia esté sujeta procesalmente a una regla de competencia territorial imperativa de ninguna manera significa que tal materia quede excluida del **arbitraje** o que quede excluida si no se pacta que el lugar del **arbitraje** sea el que la norma competencial imperativa fija para esa clase de litigios. Como dice el Ministerio Fiscal en su informe:

"... si por remitir la competencia del conocimiento al juez se entendiera que se está configurando la competencia objetiva, en tal caso quedaría privada de contenido, efectividad y, por tanto, de vigencia y existencia la Ley de Arbitraje" .

Dispone el artículo 2 de la Ley de **Arbitraje** de 2003 que "son susceptibles de **arbitraje** las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho". Que la Ley sobre el Contrato de Agencia de 1992 establezca en su *artículo 3* que "en defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente ley , cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa", tampoco puede implicar que las vicisitudes de un contrato de agencia quedan fuera del posible ámbito



del **arbitraje**. Porque las normas que rigen el contrato de agencia son imperativas, no pueden modificarse *a priori* por el juego de la autonomía de la voluntad (*artículo 1255 del Código Civil* : "... pactos cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes..."), pero nada impide la disposición o transacción de los derechos derivados del contrato una vez nacidos (se puede dejar prescribir la acción para reclamarlos, se puede negociar (dando, prometiendo o reteniendo cada uno alguna cosa) sobre las indemnizaciones ya ganadas. Incluso sobre las comisiones ya ganadas. Como se dice en el auto recurrido:

"... la imperatividad de los preceptos de la Ley referida no constituye por sí misma un obstáculo a la arbitrabilidad, sino que solamente impide que los árbitros en sus laudos infrinjan aquellas normas imperativas".

No cabe aplicar al caso la normativa de protección a los consumidores y usuarios, puesto que la recurrente no es consumidora. Por el contrato, Aerolíneas Argentinas S.A. designó a Global Aviation Services Cargo S.L. agente general de ventas y servicios de cargas en todo el territorio del Reino de España y de la República de Portugal con carácter exclusivo. Se trata de un contrato de importancia en cuanto al objeto entre empresarios, entre profesionales con medios y aptitud suficiente para ponderar previamente a la firma del contrato las ventajas e inconvenientes que del clausulado cabe inferir o prever, de un negocio en el que deben respetarse las cláusulas y condiciones mutuamente aceptadas, conforme al principio de autonomía de la voluntad (*artículo 1255 del Código Civil*), en aquello que no sea contrario a la moral o al orden público o quede sujeto, según la ley española (cuya aplicabilidad a la relación de agencia y a su liquidación no es discutida) a normas imperativas que las partes no pueden eludir. Entre las normas obligatorias no está la de prohibición de sometimiento de los conflictos derivados del contrato a **arbitraje** interno o a **arbitraje** internacional.

En estos términos no se compromete el derecho a la tutela judicial efectiva, al haber aceptado las partes deferir la decisión de los conflictos derivados del contrato a un **arbitraje** que tendría lugar en Buenos Aires. El **arbitraje** pactado no es contrario al orden público. La invocación que se hace en el recurso al abuso de derecho (*artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*) se funda en la necesidad de que las controversias derivadas de un contrato de agencia se sustancien necesariamente en el lugar donde radique el domicilio del agente, conforme a la disposición adicional de la Ley sobre Contrato de Agencia, acerca de lo cual ya nos hemos pronunciado."

Por todo lo expuesto, no se infringe en el contrato de autos norma imperativa alguna que impida la arbitrabilidad de las controversias y por ello la cláusula 12 del contrato de autos es eficaz en Derecho.

En otro orden de cosas, no hay constancia de que se haya adherido el demandante al contrato sin posibilidad de negociación pues como afirma la demandada y se comparte por evidente, *si fuese un contrato de adhesión la lógica habría llevado a la demandada a imponer a la demandante el sometimiento del mismo a la ley israelí y la sumisión a los Juzgados de Israel para la resolución de cualquier potencial controversia, lo que no consta. Antes la contrario, conforme la libertad de pactos y la arbitrabilidad en materia de contrato de Agencia, han decidido las partes eludir su propios fueros pactando uno diferente (Suiza) y la aplicación de ley sustantiva distinta a la propia de ambos (ley inglesa), en pretensión, debe presumirse, de equilibrio e igualdad entre ambas.*

*Por lo demás, los costes superiores derivados de la sumisión al **arbitraje** en Suiza debe presumirse que eran conocidos por ambas partes antes de firmar el contrato, tratándose de sociedades mercantiles.*

*Añadir que se ignora si tras la salida de Gran Bretaña de la Unión Europea ha podido modificarse la Ley inglesa aplicable al **arbitraje** en menoscabo del agente. Pero eso es cuestión ajena a la declinatoria, no constando desde luego prueba en autos en este momento de que se haya modificado la normativa británica preexistente (presumiblemente ajustada a la *directiva 86/653/CEE* .)*

Por lo razonado hasta aquí debe desestimarse el recurso de apelación confirmando, aunque por los argumentos expuestos en la presente resolución, el Auto de 28 de julio de 2021 y el Auto aclaratorio de 8 de noviembre de 2021 .

DÉCIMO.- Por desestimación del recurso de apelación, art 398.1 en relación al art 394LEC , sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada dadas las dudas jurídicas existentes, vistas las dispares resoluciones existentes y la complejidad de la materia.

PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por BIOPHARMA SYNERGIES,S.L frente al Auto de fecha 28 de Julio de 2021 y el Auto de complemento de fecha 8 de Noviembre de 2021 dictados por el Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Barcelona en autos de juicio ordinario nº 849/2019 -I, confirmando dichas resoluciones y sin hacer imposición de costas en esta alzada a ninguna de las partes.



Transferir a la cuenta bancaria correspondiente el depósito constituido por la parte recurrente, devolver las actuaciones al órgano judicial de instancia y archivar el presente procedimiento.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo acordamos y firmamos.

Las Magistradas :

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de sejudicial.gencat.cat

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.