

ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO COMO MECANISMO DE ELUSIÓN DE LAS SANCIONES ECONÓMICAS EUROPEAS

CHOICE OF COURT AGREEMENTS AS A MECHANISM TO CIRCUMVENT EU ECONOMIC SANCTIONS

Beatriz AÑOEROS TERRADAS*

Resumen: A pesar de la magnitud de las sanciones económicas europeas impuestas a Rusia por su invasión ilegal a Ucrania, estas son todavía insuficientes y presentan incoherencias y porosidades que reclaman su endurecimiento y, muy especialmente, la lucha contra su elusión. En esta lucha es importante examinar la potencial “desactivación” de las sanciones mediante cláusulas de elección de foro que buscan la deslocalización del litigio en terceros Estados. Este trabajo analiza los mecanismos que prevé el Derecho internacional privado, si es que existen, para impedir esa desactivación de las sanciones europeas y si la respuesta debe ser una respuesta europea o nacional. Defendemos la necesidad de un control *ex ante*, bajo el régimen del Reglamento Bruselas I bis, de la cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de un Estado tercero, que permita invalidarla por ser contraria al orden público europeo.

Palabras clave: Sanciones económicas, Unión Europea, Rusia, acuerdos de elección de foro, normas de policía, reconocimiento y ejecución, orden público internacional, orden público europeo.

Abstract: Despite the magnitude of the European economic sanctions imposed on Russia for its illegal invasion of Ukraine, they present inconsistencies and porosities that call for their tightening and the fight against their circumvention. In this fight, it is important to examine the role that choice of court agreements could be playing as mechanisms of its ‘deactivation’ through a delocalization of the litigation in third States. The aim of this paper is to analyse the mechanisms, if any, Private international law provides to prevent such deactivation and whether the response should be a European or a national one. We advocate for the need of an *ex ante* control, under the Brussels I bis Regulation regime, of the choice of court agreement in favour of the courts of a third State, in order to invalidate the clause as being contrary to European public policy.

Keywords: Economic sanctions, European Union, Russia, choice of court agreements, overriding mandatory provisions, recognition and enforcement, International public policy, European public policy

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SANCIONES ECONÓMICAS EUROPEAS Y SU DESACTIVACIÓN. 2.1. Caracterización de las sanciones económicas como normas de policía. 2.2. Desactivación de las sanciones mediante acuerdos de elección de foro. 3. NORMAS DE POLICÍA Y ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO. 3.1. Tratamiento de la *derogatio fori*. 3.1.1. Eficacia y validez de las cláusulas de elección de foro a favor de un tribunal de un Estado tercero en el régimen Bruselas. 3.1.2. Normas de policía y cláusulas de elección de foro en la jurisprudencia nacional de algunos Estados miembros. 3.1.3 La propuesta del GEDIP. 3.1.4.

* Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona (beatriz.anoveros@ub.edu). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 1 junio 2024.

La derogatio fori en el Convenio de La Haya de cláusulas de elección de foro. 3.2. Insuficiencia del control *ex post* de la cláusula para garantizar la eficacia de las sanciones y vulneración del derecho a un juicio justo. 4. SOLUCIÓN DE *LEGE LATA* Y DE *LEGE FERENDA* DE UN CONTROL *EX ANTE* DEL ACUERDO DE ELECCIÓN FORO.

1. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea (en adelante, UE) ha llevado a cabo una auténtica “revolución sancionadora”¹ contra Rusia² por su invasión ilegal a Ucrania, con el claro objetivo de “obligar” a Rusia a una retirada, debilitando su economía, privándola de tecnologías y, en definitiva, limitando su capacidad de mantener la guerra. También se han impuesto sanciones en relación con violaciones de los derechos humanos³. Por el momento, se han adoptado trece paquetes de medidas (el último, en febrero de 2024, en el segundo aniversario de la invasión), que se iniciaron con la anexión de Crimea en 2014⁴ y que, desde la agresión miliar de Rusia contra Ucrania el 23 de febrero de 2022 y la anexión ilegal de las regiones ucranianas de Donetsk, Luhansk, Zaporíyia y Jersón hasta la actualidad, se han ido modificando y endureciendo en función de los acontecimientos y de las necesidades del momento. Dos han sido los tipos de medidas restrictivas adoptadas a través de sendos Reglamentos europeos⁵:

¹ El propio Parlamento Europeo se refiere a la “Sanctions Revolution” en su documento “EU sanctions on Russia: Overview, impact, challenges”, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2023\)739366](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2023)739366)

² Las sanciones impuestas a Rusia han sido adoptadas de forma unilateral por la UE a falta de una resolución de NU al ser Rusia miembro del Consejo de Seguridad.

³ La UE ha impuesto sanciones en respuesta a las violaciones y abusos de los derechos humanos en Rusia con arreglo a dos regímenes de sanciones: a) el régimen de alcance mundial en materia de derechos humanos, b) un régimen específico para el país, adoptado el 27 de mayo de 2024. Las medidas restrictivas están dirigidas a los responsables de violaciones o abusos graves de los derechos humanos, de represión de la sociedad civil y de la oposición democrática y de socavar la democracia y el Estado de Derecho en Rusia. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/sanctions-against-russia/>. Ver Reglamento (UE) 2020/1998 del consejo, de 7 de diciembre de 2020, relativo a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos (DO L 410I de 7.12.2020, p. 1, y sus modificaciones, <http://data.europa.eu/eli/reg/2020/1998/2024-04-06>

⁴ En un primer momento las medidas que se adoptaron fueron más bien de tipo político, así como medias específicas dirigidas a una lista de personas y de entidades que habían llevado a cabo acciones que ponían en riesgo la seguridad de Ucrania y que consistieron en prohibir la expedición de visados de entrada en la UE y en la congelación de activos que estas personas tuvieran en la UE. Sobre el origen de las sanciones europeas en el conflicto de Ucrania y su evolución desde 2014-2022 ver NAVARRO MARTÍNEZ, Daniel, “Las sanciones de la Unión Europea a Rusia por el conflicto en Ucrania. Análisis comparativo entre 2014 y abril de 2022”, *Quaderns IEE: Revista de l’Institut d’Estudis Europeus*, 2022, 1(2), pp. 63.op. cit., pp. 59-89; SÁNCHEZ ANDRÉS, Antonio, “Política comercial exterior de la Unión Europea y las sanciones a Rusia”, *Cuadernos económicos de ICE*, 2016, 91, pp. 223-240.

⁵ Las medidas restrictivas europeas se adoptaron sobre la base del art. 215 TFUE, bajo el título V intitulado “Acción Exterior de la Unión”, a raíz de dos decisiones adoptadas por el Consejo en 2014 tras la anexión de Crimea por Rusia: decisión 2014/145/PESC y decisión 2014/512/PESC. A partir de ahí, se adoptaron dos Reglamentos: Reglamento (UE) 269/2014 del Consejo de 17 de marzo de 2014 relativo a la adaptación de medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania (DOCE L78, p. 6) y Reglamento (UE) 833/2014 del Consejo de 31 de julio de 2014 relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania (DOCE L229, p. 1), modificados varias veces por sucesivos

unas generales, a las que también se denomina sanciones económicas, aplicables a los intercambios con Rusia en determinados sectores económicos, y otras individuales, dirigidas a personas físicas y jurídicas en particular⁶. Dentro de las medidas generales, se han impuesto sanciones económicas, como las prohibiciones de importación y exportación de productos en determinados sectores económicos, así como sanciones financieras y otras medidas que afectan a los medios de comunicación. La UE no ha impuesto un “embargo general”, esto es, no ha prohibido completamente el comercio con Rusia, lo que ha conllevado que en cada uno de los paquetes adoptados se haya ido detallando el régimen de prohibiciones aplicable en los sectores económicos afectados, con sus limitaciones, prohibiciones y excepciones.

Ahora bien, a pesar de estos esfuerzos y de los llevados a cabo por muchos otros Estados⁷, algunos incluso en coordinación⁸, la guerra continúa y la eficacia de las sanciones está en entredicho. El tema es delicado y ha sido y sigue siendo objeto de debate⁹. Lo que está claro es que, a pesar de la magnitud y de las innovaciones introducidas en las medidas restrictivas impuestas¹⁰, estas son todavía insuficientes y presentan incoherencias y porosidades que reclaman su endurecimiento y muy especialmente la lucha contra su elusión¹¹. El duodécimo paquete pone el énfasis en la idea de establecer duras medidas contra las empresas de terceros países que eludan las sanciones. Se ha introducido además la conocida “cláusula de exclusión a Rusia”, a través de la cual se exige que los exportadores de la UE prohíban contractualmente la reexportación a Rusia y la reexportación para su utilización en Rusia de productos y tecnología especialmente sensibles cuando

Reglamentos ya para actualizar las listas de personas o para prolongar las sanciones e incluso para endurecerlas y adaptarlas a las necesidades del momento. Puede consultarse una versión consolidada en <http://data.europa.eu/eli/reg/2014/833/2022-12-04>. No obstante, dicha versión es exclusivamente un instrumento de documentación y no surte efecto jurídico.

⁶ Consejo Europeo, “Medidas restrictivas de la UE contra Rusia por sus actos en Ucrania (desde 2014)”, Accesible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/#individual>. La lista de personas se va revisando periódicamente y tras la última modificación incluye a un total de 2128 personas (físicas y jurídicas), entre ellas, Putin, Serguéi Lavrov, Víktor y Oleksandr Yanukóvich, miembros de la Duma Estatal rusa, miembros del Consejo Nacional de Seguridad, militares y altos funcionarios, empresarios y oligarcas, sancionados por estar vinculados al régimen y haber llevado a cabo actos que menoscaban la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania.

⁷ Entre los Estados que han impuesto sanciones se encuentran, por ejemplo, EEUU, UK, Canadá, Australia, Japón.

⁸ Por ejemplo, la UE con los Estados que conforman el G7. Sobre esta coordinación ver <https://www.consilium.europa.eu/media/68615/g7-leaders-statement-2023-12-6.pdf>

⁹ BISMUTH, Régis, “The New Frontiers of European Sanctions and Grey Areas of International Law”, *Revue Euroéenne de Droit*, vol. 5, 2023, p. 8.

¹⁰ Sobre la denominación de “medidas restrictivas” ver BEAUCILLON, Charlotte, “Crise ukrainienne et mesures restrictive de l’Union européenne: quelle contribution aux sanctions internationales à l’égard de la Russie?”, *Journal de Droit International*, 2014, 4, p. 791

¹¹ Parlamento Europeo, “EU sanctions on Russia: Overview, impact, challenges”, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2023\)739366](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2023)739366); Western Sanctions and Russia, “What are they? Do they work?”, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_IDA\(2022\)698930](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_IDA(2022)698930)

vendan, suministren, transfieran o exporten a un tercer país, con excepción de los países socios¹².

En esta lucha contra la elusión de las sanciones, es importante examinar su potencial “desactivación” mediante acuerdos de elección de foro que buscan la deslocalización del litigio en terceros Estados¹³. Y ese es precisamente el objetivo de este estudio, analizar qué mecanismos prevé el Derecho internacional privado, si es que existen, para impedir esa desactivación de las sanciones europeas y si la respuesta debe ser una respuesta europea o nacional. A pesar de que la elusión de las sanciones a través de la deslocalización del litigio puede hacerse tanto mediante la inserción de cláusulas de elección de foro como de cláusulas arbitrales, este trabajo se centra fundamentalmente en las primeras, aunque algunas de las conclusiones a las que se llega sean extensibles a las cláusulas de arbitraje y se haga referencia con relativa frecuencia a ellas. Incluir en el estudio el tratamiento de las cláusulas arbitrales que busquen la desactivación de las sanciones requeriría de un análisis excesivamente amplio (que excedería de la extensión permitida) de diversas cuestiones relativas al arbitraje internacional tales como, la arbitrabilidad de la controversia; la formación del tribunal arbitral; la ley aplicable al fondo de la controversia y el impacto de normas de policía; y el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales, que inciden directamente en la cuestión que planteamos¹⁴.

El tema del impacto de normas de policía en el sector de la competencia judicial internacional y del reconocimiento y la ejecución no es nuevo ni se plantea exclusivamente respecto de las sanciones económicas, aunque sí es cierto que ha recibido una menor atención por parte de la doctrina¹⁵ y la

¹² <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/18/russia-s-war-of-aggression-against-ukraine-eu-adopts-12th-package-of-economic-and-individual-sanctions/>

¹³ La expresión “desactivación” la utiliza SZABADOS, Tamás, *Economic Sanctions in EU Private International Law*, Oxford-London, Hart, 2019, p. 161.

¹⁴ La literatura sobre sanciones económicas y arbitraje es amplísima e imposible de abarcar. Ver, a modo de ejemplo, DE BRABANDERE, Eric y HOLLOWAY, David, “Overriding Mandatory Provisions and Arbitrability in International Arbitration. The Case of Multilateral and Unilateral Sanctions”, en AFFAKI, Georges y KHVALEI, Vladimir (eds.), *Overriding Mandatory Rules and Compliance in International Arbitration*, ICC Institute Dossiers, pp. 153-161; KOTELNIKIV, Andrey, “International Commercial Arbitration and Economic Sanctions”, en TRUNK, Alexander, ALIYEV, Azar y TRUNK-FEDOROVA, Marina (eds.), *Law of International Trade in the Region of the Caucasus, Central Asia and Russia*, Nijhoff International Trade Law Series, 2022, pp. 490-517; SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, pp. 169-197.

¹⁵ Ver especialmente: BASEDOW, Jürgen., “Exclusive Choice-of-Court agreements as a Derogation from Imperative Norms. Essays in Honour of Michael Bogdan”, LINDSKOU, P., MAUNSBACH, U., MILLOVIST, G., SAMUELSSON, P. y VOGEL, H., (eds.), *Juristförlaget i Lund*, 2013, Max Planck Private Law Research Paper No. 14/1, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2390620>, pp. 15-31; BUREAU, Dominique y MUIR WATT, Horatia, “L’imperativité désactivée?”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2009, vol. 98 (1), pp. 1-27; GAUDEMET-TALLON, “La Clause attributive de juridiction, un moyen s’échapper aux lois de Police?”, en BOELE-WOELKI, Katherina; EINHORN, Talia; GIRSBERGER, Daniel y Symeonides, Symeon (eds), en *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing, 2010, p. 707-721; RADICATI DI BROZOLO, Luca G., “Mondialisation, Jurisdiction, Arbitrage: Vers des Regles des Regles d’Application «Semi-Ne-

jurisprudencia (tanto nacional como del TJUE) que en el sector del Derecho aplicable. En este último, hemos sido testigos, desde la segunda mitad del siglo XX y principios del XXI, de un recurso constante al método unilateral, acrecentado claramente a raíz de la pandemia¹⁶, a través de la proliferación de normas de policía (tanto estatales como europeas) que han puesto en jaque al paradigma savigniano, pues, por su naturaleza, las normas internacionalmente imperativas (del foro) desplazan al método bilateral, imponiendo su aplicación.

No obstante, esa prevalencia de la norma de policía sobre la *lex causae* no siempre se produce en el sector de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución. Como afirma Radicati de Brozolo “cuando se trata de decidir si la situación litigiosa puede sustraerse a la jurisdicción del foro, o de reconocer una sentencia o un laudo arbitral extranjero, los sistemas jurídicos parecen más dispuestos a aceptar que no se respeten sus normas imperativas (al menos con el mismo rigor) que cuando la situación litigiosa corresponde a la jurisdicción del foro”¹⁷. En estos casos, la norma de policía se convierte en una norma “seminecesaria” o “semiimperativa”¹⁸ que cede ante la cláusula de elección de foro, es decir, ante la voluntad de las partes. La clásica distinción entre *forum* y *ius* podría explicar este tratamiento diferenciado¹⁹. Ahora bien, la necesaria eficacia de las sanciones europeas exige el replanteamiento de su potencial “semiimperatividad” y considerar su imposición frente a la cláusula de elección de foro. Lo contrario sería permitir que las partes desactivaran esa eficacia mediante su voluntad, es decir, permitir a las partes la elusión de las sanciones. La lógica de las normas de policía y su aplicación necesaria debe imponerse también frente a las cláusulas de elección de foro que persigan su no aplicación.

cessaires”, *Global Jurist Advances*, 2002, vol.2, pp. 1-29, p. 2; RÜHL, Gisela, “Extending *Ingmar* to Jurisdiction and Arbitration Clauses: The End Of Party Autonomy in Contracts with Commercial Agents? (OLG München, 17 May 2006 — 7 U 1781/06). *European Review of Private Law*, 2007, 6, pp. 891-903; SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 161.

¹⁶ AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, Plan de investigación para el concurso de acceso a una plaza de Catedrático contratado de Derecho Internacional Privado, Universitat de Barcelona, 2020. RODRÍGUEZ PINEAU, Elena “Leyes de policía: el impacto de la pandemia en el Derecho internacional privado”, AFDUAM, núm. extraordinario 3, 2021 (dedicado a Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones), tomo II, B. Gregoraci /F. Velasco (dirs), pp. 253-268; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, “Medidas de emergencia y contratos internacionales”, Accesible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/62503/1/PADemiguelAsensio%20LaLey%20UE%20n%2081%2005.pdf>.

Ver asimismo UNIDROIT, “Note of the UNIDROIT secretariat on the UNIDROIT principles of international commercial contracts and the covid-19 health crisis”, <https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf>

¹⁷ RADICATI DI BROZOLO, Luca G., *op. cit.*, nota 15, p. 2 (la traducción es mía).

¹⁸ SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 160; RADICATI DI BROZOLO, Luca G., *op. cit.*, nota 15, p. 2.

¹⁹ BUREAU, Dominique y MUIR WATT, Horatia, “L’imperativité désactivée?”, *op. cit.*, nota 15, pp. 1-27.

2. SANCIONES ECONÓMICAS EUROPEAS Y SU DESACTIVACIÓN

2.1. Caracterización de las sanciones económicas como normas de policía

No hay duda de que las sanciones económicas pueden calificarse de normas de policía. Son normas de intervención que pertenecen a la esfera de la política exterior de la UE²⁰ y que, como tales, reclaman su aplicación independientemente de la ley aplicable al contrato internacional. Son normas que intervienen el mercado para sancionar a Rusia por sus actos contra Ucrania. Así lo entiende la doctrina mayoritaria²¹, ya se trate de embargos o restricciones a la importación/exportación de determinados productos, restricciones de tipo financiero, etc. Son normas que entran en la definición de norma de policía del art. 9(1) del Reglamento Roma I, esto es, son normas “*cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable...*”.

Las medidas restrictivas tienen un claro impacto en los contratos internacionales afectados por las mismas, pues, prohíben ya su celebración a partir de la fecha de entrada en vigor de la medida, ya la ejecución de los contratos celebrados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la medida (contratos en curso)²². Por tanto, en principio, a partir de la fecha de entrada en vigor de la medida queda prohibida la celebración de un contrato que entre en su ámbito de aplicación. Si el contrato llegara a celebrarse, sería un contrato ilícito, con objeto prohibido, y cuya consecuencia sería la ineficacia²³. En el segundo caso, es su ejecución lo que deviene ineficaz o, como señala

²⁰ GARCIMARTÍN ALFEREZ, Franciso., *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Eurolex-Bermar, Madrid, 1993, p. 37; SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 36; SANCHEZ LORENZO, Sixto, “Algunas implicaciones legales para los contratos y las inversiones transfronterizas de la invasión de Ucrania por Rusia y Bielorrusia”, en FERNÁNDEZ SANCHEZ, P.A. (coord.), *La situación de Ucrania ante el Derecho internacional (perspectiva Iberoamericana)*, Universidad de Sevilla, 2023, pp. 453-476.

²¹ AZEREDO DA SILVEIRA, Mercédeh, “Economic Sanctions and Contractual Disputes between Private Operators” en VAN DEN HENK, Larissa (ed), *Research Handbook on UN Sanctions and International Law*, Edward Elgar, 2017, p. 330. 338 and 344; Ivana Kunda, *International Mandatory Rules of a Third Country in European Contract Conflict of Laws: The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation (Rijeka Law Faculty, 2007)*, p. 132; SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 37.

²² AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz “Sanciones económicas europeas contra Rusia y sus efectos en los contratos internacionales”, en GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina; NAVARRO-MICHEL, Mónica y FERNÁNDEZ PONS, Xavier, *Impactos de la Guerra de Ucrania*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 287-312; KLEINER, Caroline, “L’application des “sanctions économiques” adoptées par l’Union européenne contre Russie à la suite de l’invasion de l’Ukraine: éléments de droit international privé”, *Journal de Droit International*, 2022, p. 754; PAREDES PÉREZ, José Ignacio, “Las sanciones económicas de la Unión Europea contra Rusia y Bielorrusia: una lectura en clave de Derecho internacional privado”, *REDI*, 2023 (I), vol. 75, pp. 201-211; SANCHEZ LORENZO, Sixto, *op. cit.*, nota 20, pp. 453-476.

²³ A partir de aquí la norma europea no dice nada más por lo que para concretar el régimen jurídico de dicha ineficacia habrá que acudir a la *lex contractus*. PAREDES PÉREZ, José Ignacio, *op. cit.*, nota 22, p. 210.

Paredes, la consecuencia que se deriva de la sanción es la imposibilidad sobrevinida de la prestación²⁴.

Los contratos afectados por las sanciones europeas son todos aquellos que entren en su ámbito de aplicación, no solo material, sino también temporal y territorial. Los Reglamentos comunitarios que establecen las sanciones económicas determinan su propio ámbito de aplicación²⁵, que se ha ido modificando según las necesidades del momento en los distintos paquetes de medidas, tanto desde una perspectiva material (incluyendo más productos y sectores afectados), como espacial (ampliándose su aplicación extraterritorial) y temporal.

Por lo que refiere a las medidas generales, el ámbito de aplicación material del Reglamento 833/2014, y sus posteriores modificaciones, incluye una lista de productos afectados y que, por tanto, no pueden exportarse a Rusia, entre otros²⁶: tecnología de vanguardia (por ejemplo, ordenadores cuánticos y semiconductores avanzados, electrónica y software de última generación), determinados tipos de maquinaria y equipos de transporte, bienes y tecnología específicos necesarios para el refinado de petróleo, equipos, tecnología y servicios de la industria energética, productos y tecnología de la industria aeronáutica y espacial (por ejemplo, aeronaves, motores de aeronaves, piezas de recambio o cualquier tipo de equipamiento para aviones y helicópteros, así como carburante para reactores), productos de navegación marítima y tecnología de comunicación por radio, una serie de productos de doble uso (que podrían utilizarse tanto para fines civiles como militares, como drones y programas informáticos para drones o dispositivos de cifrado) y artículos de lujo (como coches de lujo, relojes y joyas). Entre los productos que no pueden importarse encontramos²⁷, entre otros, petróleo crudo (desde diciembre de 2022) y productos petrolíferos refinados (desde febrero de 2023), con escasas excepciones, carbón y otros combustibles fósiles sólidos, acero, productos siderúrgicos y hierro, oro, incluida la joyería, cemento, madera, papel y plásticos, pescados y mariscos y licores (por ejemplo, caviar y vodka), cigarrillos y cosméticos y a partir de enero de 2024 diamantes naturales y sintéticos no industriales, así como la joyería de diamantes²⁸.

Su ámbito de aplicación espacial es, sin duda, el más complejo, pues no está previsto en una única norma o precepto, lo que dificulta su determi-

²⁴ PAREDES PÉREZ, José Ignacio, *op. cit.*, nota 22, p. 210; SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 200.

²⁵ KLEINER, Caroline, *op. cit.*, nota 22, pp. 749-768.

²⁶ Lista la publica el propio Consejo Europeo en: Consejo Europeo, “¿Cómo funcionan las sanciones de la UE contra Rusia?”. Accesible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/sanctions-against-russia-explained/#food>

²⁷ *Ídem.*

²⁸ <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/18/russia-s-war-of-aggression-against-ukraine-eu-adopts-12th-package-of-economic-and-individual-sanctions/>

nación. Además, su alcance, muchas veces extraterritorial²⁹, choca con el tradicional rechazo de la UE frente a sanciones económicas de aplicación extraterritorial, por considerarlas contrarias al Derecho internacional. Sin poder detenernos en un análisis detallado de la extraterritorialidad³⁰ de las sanciones, lo que está claro es que el objetivo de política exterior perseguido por ellas, y la lucha contra su elusión, requieren que su aplicación vaya más allá del territorio de la UE y afecte, cuando sea necesario, a personas (físicas o jurídicas) de terceros Estados. Por tanto, el ámbito de aplicación de las medidas no necesariamente coincidirá con el territorio de los Estados miembros de la UE, extendiendo su aplicabilidad a situaciones vinculadas también a Estados terceros. Son normas, eso sí, obligatorias en el territorio de los Estados miembros (UE) y, por ende, obligan a sus autoridades judiciales que pueden extender sus efectos a situaciones vinculadas a terceros Estados. No obligan necesariamente, sin embargo, a autoridades judiciales y extrajudiciales de Estados terceros. De ahí que la aplicabilidad y eficacia de las sanciones económicas europeas dependa en gran medida de la autoridad que deba aplicarlas y de si esa autoridad pertenece a un Estado miembro o a un Estado tercero. Por tanto, la inclusión de una cláusula de elección de foro y/o una cláusula arbitral en un contrato internacional afectado por las sanciones puede poner en peligro la efectividad de la sanción, pues como veremos, pueden conllevar la “devaluación” de la sanción como normas de policía³¹, al dejar en manos de la autonomía de las partes su aplicación imperativa³².

2.2. Desactivación de las sanciones mediante acuerdos de elección de foro

En principio, si la cláusula de elección de foro determina la competencia de un tribunal de un Estado miembro, es decir, prorroga la competencia de un tribunal de un Estado miembro, este aplicará la sanción como ley de policía del foro (art. 9(2) RRI) aunque la *lex contractus* (elegida por las partes o determinada de forma objetiva) sea una ley extranjera que no contempla la medida restrictiva en cuestión. A pesar de que el artículo 9 RRI no se refiere propiamente a normas de policía previstas en instrumentos de la UE, está claro que las sanciones económicas recogidas en un reglamento europeo

²⁹ Sobre el tema de la extraterritorialidad de las sanciones ver BISMUTH, Régis, “The New Frontiers of European Sanctions and Grey Areas of International Law”, *Revue Européenne de Droit*, vol. 5, 2023, p. 8; DUNIN-WASOWICZ, Jan, “The Long Arm of EU Sanctions”, 25 octubre 2022, *Blog EU Law Live*, <https://eulawlive.com/op-ed-the-long-arm-of-eu-sanctions-by-jan-dunin-wasowicz/>; BEAUCILLON, Charlotte, “The European Union’s position and practice with regard to unilateral and extraterritorial sanctions”, en BEAUCILLON, Charlotte (ed.), *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Edward Elgar, 2021, p. 110 y ss.

³⁰ AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, “Impacto de las sanciones económicas europeas contra Rusia en la contratación internacional”, (en prensa).

³¹ SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 161.

³² BUREAU, Dominique y MUIR WATT, Horatia, “L’imperativité désactivée?”, *op. cit.*, nota 15, pp. 1-27.

constituyen parte del Derecho de los Estados miembros, pues los reglamentos europeos que las contienen son normas europeas directamente aplicables en estos y forman parte del Derecho de cada uno de ellos³³. A ello se suma, además, la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE de garantizar plena eficacia de las normas europeas³⁴.

Mayores dificultades se plantean cuando la cláusula atribuye competencia a los tribunales de un Estado tercero³⁵. En esta hipótesis pueden darse dos escenarios distintos. Uno, cuando conozca del asunto el tribunal del Estado tercero designado en el acuerdo (o el tribunal arbitral en cuestión). En ese caso, la aplicación o no de las sanciones europeas dependerá del tratamiento que el Derecho internacional privado de ese Estado tercero dé a las normas internacionalmente imperativas extranjeras. En la medida en que ese Estado haya impuesto también sanciones a Rusia por la invasión de Ucrania, aplicará con mayor facilidad las sanciones europeas, pues querrá decir que los valores que pretenden garantizar las sanciones, son mutuos.

Ahora bien, cuando el tribunal elegido sea el de un Estado no sancionador difícilmente aplicará las sanciones europeas, aunque su Derecho internacional privado prevea la aplicación de normas internacionalmente imperativas de terceros Estados³⁶. En el caso de que los tribunales elegidos sean los ru-

³³ Tal y como ya expuse en otro trabajo, dada la literalidad del art. 9 RRI sería oportuno, y así lo recomienda el GEDIP en su documento *Guidelines: Overriding mandatory provisions*, modificar el apartado segundo relativo a la aplicación de las normas de policía del foro en el sentido de que incluya aquellas que deriven de actos de la UE. El redactado que propone el GEDIP es el siguiente: “II. *Overriding mandatory provisions of the forum* 4. *Overriding mandatory provisions of the State of the court seized, including those derived from acts of Union law, shall apply in accordance with the rules of applicability which they expressly or implicitly contain.*” ANOVEROS TERRADAS, Beatriz “Sanciones económicas europeas...”, *op. cit.*, nota 22.

³⁴ SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 59.

³⁵ Mayor incertidumbre presenta la posibilidad de que un árbitro aplique las sanciones económicas europeas impuestas a Rusia a un contrato que entre en el ámbito de aplicación de las mismas, dado que el árbitro no tiene propiamente un foro cuyos intereses de política exterior deba proteger. Como recoge SZABADOS en su estudio sobre sanciones económicas, la doctrina ha advertido sobre movimientos de sedes arbitrales europeas hacia sedes arbitrales no europeas, como Hong Kong o Singapur, para evitar precisamente la aplicación de sanciones europeas contra Rusia. SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 169. Una cuestión que también se planteará es el no reconocimiento del laudo dictado en estas sedes en Estados que hayan tomado medidas por ser contrario al orden público del foro al no haber aplicado el tribunal arbitral la sanción económica (art. V(2) Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras).

³⁶ En el caso de Rusia, por ejemplo, Andrey KOTELNIKOV, ofrece una traducción del art. 1192 Código Civil (parte 3) en los siguientes términos: “*Rules of direct application. 1. The rules in this Part do not affect the effect of those mandatory rules of the legislation of the Russian Federation, which, due to the indication in the mandatory rules themselves or because of their special significance, including the need to ensure the protected rights and interests of the participants of civil turnover, regulate the relevant relations regardless of the law applicable to them (rules of direct application). 2. When applying the law of a country in accordance with the rules of this Part, a court may take into account mandatory rules of law of another country which is closely connected with the relationship, if according to the law of that country such rules are the rules of direct application. In doing so, the court must take into account the purpose and nature of such rules, as well as the consequences of their application or nonapplication.*” Y también de la excepción de orden público prevista en el art. 1193 CC ruso: “*The rule of foreign law to be applied in accordance with the rules of this Part does not apply in exceptional cases when the consequences of its application*

sos, existe jurisprudencia rusa de tribunales de primera instancia, recogida por Kotelnikov, que muestra como dichas autoridades no contemplan propiamente la aplicación de sanciones europeas contra Rusia como una cuestión de derecho, pero sí las consideran como causa de un incumplimiento contractual, esto es, les dan un tratamiento de hecho. En otros casos, los tribunales rusos han considerado a las sanciones como normas imperativas, pero contrarias a su orden público³⁷. Téngase en cuenta, además, que en 2020 se modificó el Derecho procesal ruso de tal forma que se introdujo una competencia exclusiva de los tribunales rusos para conocer de las controversias afectadas por sanciones económicas, anulando las cláusulas de elección de foro a favor de tribunales que no fueran rusos, así como las cláusulas de arbitraje³⁸. Finalmente, y desde esta perspectiva, habrá que ver también si puede existir una respuesta europea al reconocimiento y la ejecución de estas sentencias dictadas por tribunales no europeos, pues en principio cada Estado miembro aplicará a ese reconocimiento su normativa interna. Es decir, en este escenario, el control de orden público se produce *ex post* y en sede de reconocimiento y ejecución.

En el segundo escenario, el juez que conoce del asunto es el de un Estado miembro ante el que se plantea la demanda en violación del acuerdo. En este supuesto, el juez europeo debe determinar si admite el efecto derogatorio de la cláusula y, en consecuencia, declina su competencia en favor del juez elegido o, por el contrario, se declara competente y conoce del fondo del asunto.

Como vemos, el control de las cláusulas de elección de foro a favor de tribunales de Estados terceros puede producirse en dos momentos distintos, dependiendo, en principio, de la actuación de las partes y de la decisión del

would clearly contradict the fundamental requirements of the rule of law (public policy) of the Russian Federation, taking into account the nature of relations involving a foreign element. In this case, if necessary, the corresponding rule of Russian law must be applied. A refusal to apply a rule of foreign law cannot be based solely on the difference between the legal, political or economic system of the corresponding foreign state from the legal, political or economic system of the Russian Federation. KOTELNIKOV, Andrey, “Contracts Affected by Economic Sanction: Russian and International Perspectives” en ASEVA Anna y GÓRSKI, Jędrzej, (Eds.) *The law and policy of new Eurasian regionalization: economic integration, trade, and investment in the post-Soviet and greater Eurasian space*, Nijhoff international trade law, 18, Leiden: Brill [online], pp. 294-326. Accesible en: https://doi.org/10.1163/9789004447875_018

³⁷ *Idem*.

³⁸ En este sentido, el Código procesal ruso introdujo dos nuevos preceptos: — el artículo 248.1, en el que se establece la competencia exclusiva de los tribunales rusos sobre los litigios en los que estén implicadas personas contra las que se hayan introducido medidas restrictivas, y — el artículo 248.2, que autoriza a dichas personas a dirigirse a un tribunal ruso para impedir que se inicie o continúe un procedimiento judicial en un tribunal extranjero o en un arbitraje comercial internacional. Sobre esta modificación ver: SULTANOV, S.A.; KOVALKOVA, N.A. y RYABOVA; A.D. “International Arbitration in Russia: Latest Developments in Response to Sanctions. Anti-Arbitration Injunctions and Exclusive Competence of Russian Courts”, febrero de 2024, en <https://www.transnational-dispute-management.com/journal-advance-publication-article.asp?key=2017>; COVINGTON, “Unfriendly States”: Seeking Protection Against Russia’s Attempt to Assert Exclusive Jurisdiction Over Foreign Disputes”, mayo 2024, en <https://www.cov.com/en/news-and-insights/insights/2024/05/unfriendly-states-seeking-protection-against-russias-attempt-to-assert-exclusive-jurisdiction-over-foreign-disputes#layout=card&numberOfResults=12>

juiz derogado por la cláusula. Como se verá, uno de los argumentos a favor de respetar la voluntad de las partes y admitir la cláusula es que el control puede realizarse con posterioridad sobre la sentencia. No obstante, existen argumentos en contra de dicha opción que abogan por un control *ex ante*.

3. NORMAS DE POLICÍA Y ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO

El principio de autonomía de la voluntad, entendido como manifestación del poder autorregulador de la persona, esto es, como la facultad otorgada a la persona para elegir el tribunal competente y el Derecho aplicable a una determinada relación jurídica, ha jugado y juega un papel fundamental en el ámbito del Derecho internacional privado y, en particular, en el desarrollo del comercio internacional. Su amplio reconocimiento, tanto a nivel europeo como internacional, aumenta la previsibilidad y seguridad jurídica en las relaciones privadas transfronterizas³⁹. No obstante, dicho reconocimiento no es ni puede ser absoluto⁴⁰. Intereses públicos, tales como la organización política, social o económica de un Estado (o de la una organización internacional en el caso de la UE) justifican que esa autonomía pueda verse limitada y controlada por el propio legislador en aras a la búsqueda del necesario equilibrio entre libertad individual e intervención del interés público.

Como ya se ha visto, el Art. 9 RRI da entrada en materia contractual a la técnica unilateral a través de las normas internacionalmente imperativas o normas de policía, ya sea nacionales o internas, ya europeas⁴¹. Dos elementos caracterizan a las disposiciones internacionalmente imperativas: a) se trata de normas imperativas cuyo respeto es considerado crucial por un país para salvaguardar sus intereses públicos y b) se trata de normas aplicables a cualquier situación, nacional o internacional, que entre dentro de su ámbito de aplicación. Las disposiciones internacionalmente imperativas son, por tanto, normas que alteran el funcionamiento normal de la norma de conflicto. De la definición se desprende que tales normas constituyen una categoría diferente y más restrictiva que las normas “meramente imperativas”, inderogables por las partes, y que también están cubiertas por el Reglamento Roma I en los apartados 3 y 4 del artículo 3, el apartado 2 del artículo 6 y el apartado 2 del

³⁹ CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, *Los acuerdos de elección de foro. Un análisis comparado de su regulación en el Convenio de La Haya de 2005 y en el Reglamento 1215/2012*, Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Granada, 2018, p. 5.

⁴⁰ WELLER, Matthias, “Choice of Court agreements under Brussels Ia and under the Hague convention: coherences and clashes”, *Journal of Private International Law*, 2017, vol. 13, N° 1, pp. 91-129, p. 103.

⁴¹ En la medida en que dicho concepto se incluye en un instrumento europeo, a los efectos de aplicación de dicho instrumento el concepto de ley de policía es autónomo y debe ser objeto de una interpretación uniforme de modo que limita a los Estados miembros su libertad para establecer qué normas de su ordenamiento tienen ese carácter. En este sentido ver CORDERO ÁLVAREZ, Clara I., “Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: especial referencia a las normas de terceros estados desde una aproximación europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, 2, pp. 174-193, 178.

artículo 8. Estas normas “simplemente imperativas” buscan, generalmente, garantizar un nivel de tutela y equilibrio contractual entre las partes, indisponible⁴². Frente a las normas “simplemente imperativas”, las “internacionalmente imperativas” son normas que por la finalidad que persiguen se aplican siempre. Su objetivo es garantizar la salvaguarda de los principios y valores que el Estado al que pertenecen considera esenciales⁴³. Se dice que son la parte positiva de la excepción de orden público. Son, por tanto, normas muy próximas al Derecho público, aunque, como veremos, también incluyen normas de Derecho privado. Suele distinguirse entre normas ordopolíticas o de dirección (que incluiría normas de seguridad, normas que afectan a la salud pública, al tráfico de armas, drogas, medicamentos, etc.) y normas de protección (normas que persiguen la protección de determinados sujetos como los menores, consumidores, trabajadores, agentes comerciales).

En la sentencia *Ingmar*⁴⁴, el TJUE afirmó la naturaleza internacionalmente imperativa de los art. 17 y 18 de la Directiva de Agentes comerciales y, por ende, de las correspondientes transposiciones nacionales y su aplicación a una situación en la que el agente comercial prestaba sus servicios en un Estado miembro (Reino Unido), el principal se encontraba domiciliado en un Estado tercero (California) y el contrato contenía una cláusula de elección del Derecho californiano. El TJUE confirmó que las normas de protección de las partes más débiles, como los preceptos citados, pueden considerarse disposiciones imperativas de carácter general en la medida en que la norma también salvaguarde el interés público relacionado con la organización social o económica de un país (o de la UE)⁴⁵. La finalidad del régimen previsto en los artículos 17 a 19 de la Directiva es proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior⁴⁶. Como consecuencia del carácter de norma internacionalmente imperativa de los preceptos mencionados de la Directiva de Agentes comerciales, la cláusula de elección de ley no es válida, pues su aplicación permitiría eludir las citadas disposiciones internacionalmente imperativas⁴⁷. De dicha jurisprudencia podemos deducir la nulidad o invalidez de las cláusulas de elección de ley en la medida en que conlleven la no aplicación de una ley de policía⁴⁸. Ahora bien, ¿es ello exten-

⁴² *Ídem*.

⁴³ *Ídem*. Como afirma el considerando 37 del RRI “[E]l concepto de «leyes de policía» debe distinguirse de la expresión «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» y debe interpretarse de manera más restrictiva.”

⁴⁴ STJUE de 9 noviembre de 2000, *Ingmar GB*, C-381/98, EU:C:2000:605 (en adelante, sentencia *Ingmar*).

⁴⁵ Sentencia *Ingmar*, ap. 23-24.

Sobre estas normas internacionalmente imperativas de protección ver TORRALBA MENDIOLA, Elisa “La aplicación de las leyes de policía contenidas en Directivas de la Unión Europea. El Ejemplo de la Regulación de la cadena alimentaria, *REDI*, 2023, vol. 75, 137-160, *op. cit.*, nota 24.

⁴⁶ Sentencia *Ingmar*, ap. 23-24.

⁴⁷ *Ídem*, ap. 25.

⁴⁸ RÜHL, Gisela, *op. cit.*, nota 15, pp. 891-903.

sible a las cláusulas de elección de foro que lleven al mismo resultado? Como se verá la respuesta dista mucho de ser clara.

En el tema que nos ocupa, la cuestión se plantea, como hemos visto, cuando el juez de un Estado miembro que conoce de una controversia sobre un contrato internacional afectado por una sanción en el que las partes se han sometido a los tribunales de un Estado tercero, debe decidir si ignorar la voluntad de las partes expresada a través de un acuerdo de elección de foro cuando ello pueda conllevar la posible inaplicación de las sanciones económicas europeas o aceptar la *derogatio fori* y, consecuentemente, declinar la competencia. Y en cualquier caso ¿conforme a qué norma o instrumento toma el juez esa decisión? O lo que es lo mismo, ¿debe aplicar Derecho nacional o el régimen Bruselas a la regulación de estos aspectos de los acuerdos de elección de foro a favor de un tribunal de un Estado tercero? Si el juez debe aplicar Derecho nacional para resolver la cuestión planteada se trataría de una respuesta unilateral de cada Estado miembro y que, por tanto, puede variar de un Estado a otro. De hecho, comprobaremos que la jurisprudencia nacional en situaciones parecidas así lo demuestra. En el segundo caso, la respuesta sería uniforme en todos los Estados miembros. La cuestión no es baladí pues se trata de salvaguardar la aplicación de normas de policía europeas que pertenecen a la esfera de la política exterior de la UE.

3.1. Tratamiento de la *derogatio fori*

Los acuerdos de elección de foro tienen una doble naturaleza: contractual y procesal⁴⁹. La cláusula de sumisión es un contrato que persigue unos efectos procesales. La eficacia de dicho acuerdo depende de su validez y de otros requisitos o factores⁵⁰. La primera cuestión que se plantea es la de qué tribunal es competente para verificar esa validez y eficacia⁵¹, si el tribunal derogado o el tribunal elegido. Parece que lo más razonable sea abogar por una competencia compartida, aunque no está claro ni hay consenso en qué tipo de control y qué cuestiones examina cada uno de los jueces implicados⁵². Por su parte, el tratamiento de la validez y eficacia de los acuerdos de elección de foro no es uniforme ni en los diferentes ordenamientos jurídicos ni en los distintos instrumen-

⁴⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Cidur Menor, 6ª ed., p. 180; GARAU SOBRINO, Federico F., "Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el derecho procesal civil internacional español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, N° 2, pp. 52-59.

⁵⁰ CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, *Los acuerdos de...*, *op. cit.*, nota 39, p. 120.

⁵¹ JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, "La *derogatio fori* después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *AEDIPr.*, t. XVII, 2017, pp. 473-506, 480.

⁵² Según Jiménez Blanco el juez derogado debería poder decidir sobre la "nulidad o ineficacia de un acuerdo de sumisión que sea "evidentemente" nulo por no cumplir las condiciones de admisibilidad o de validez que dependan del foro (por ejemplo, vulneración de las competencias exclusivas). El juez prorrogado llevará a cabo un control más amplio sobre validez formal o material relativo al consentimiento emitido o incluso a la interpretación sobre el alcance de la voluntad de las partes. JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *op. cit.*, nota 51, p. 482.

tos internacionales, como tampoco lo es el concepto de validez y las cuestiones que engloba. Sí es común exigir tanto condiciones de validez formal como de validez sustantiva o material. Ahora bien, qué cuestiones son “forma” y cuáles son “fondo” tampoco coinciden necesariamente. Algunos autores además de forma y fondo hablan de requisitos de “admisibilidad” del acuerdo para referirse a supuestos en los que hay una prohibición de sumisión (competencias exclusivas o contratos de parte débil)⁵³ y algunos incluyen en la “admisibilidad” la compatibilidad de la cláusula con el orden público⁵⁴.

En principio, y a efectos expositivos, entendemos, siguiendo a Weller, que las cuestiones de “validez del acuerdo” son todas aquellas que afectan a su carácter obligatorio⁵⁵. Ello incluye causas de nulidad *ex lege*, como el incumplimiento de los requisitos formales⁵⁶, pero también las causas de invalidez del acuerdo cuando excluye los foros protectores de la parte débil (art. 19 RBIbis, por ejemplo, en materia de contratos de consumo). Del mismo modo, cubriría los requisitos de validez sustantiva y todo lo relativo a la formación y existencia del acuerdo y, en particular, a la existencia de consentimiento. Asimismo, incluye, como veremos, el control de la cláusula por el impacto sobre ella de las normas internacionalmente imperativas del tribunal derogado.

3.1.1. *Eficacia y validez de las cláusulas de elección de foro a favor de un tribunal de un Estado tercero en el régimen Bruselas*

Mucho se ha discutido sobre la aplicación del régimen del RBIbis a las cláusulas de elección de foro exclusivas a favor de terceros Estados. El Reglamento no regula la cuestión de forma expresa y el TJUE no ha dado una respuesta definitiva, aunque sí se ha pronunciado, como veremos, en alguna ocasión. Existe, además, un asunto pendiente ante el TJUE que podría despejar algunas de las dudas que a continuación planteamos⁵⁷.

A pesar de ser un debate clásico y abierto, que no pretendo reproducir, sí me parece necesario replantearlo bajo el prisma de las sanciones económicas, pues esa falta de claridad conlleva inseguridad jurídica y ello juega a favor de su uso como mecanismo de elusión. Creo, además, que decisiones

⁵³ En este sentido se pronuncia JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *op. cit.*, nota 51, p. 483.

⁵⁴ MAGNUS Ulrich “Article 25”, en MAGNUS, Ulrich / MANKOWSKI, Peter (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, 3rd ed., 2016, p. 623. En contra de esta postura, BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, p. 20.

⁵⁵ WELLER, Matthias, *op. cit.*, nota 40, p. 98.

⁵⁶ Art. 25 RBIbis y 3(c)

⁵⁷ Se trata del asunto C-339/22 BSH Hausgeräte GmbH v. Electrolux AB (en adelante, Hausgeräte). El 22 de febrero el Abogado General Emiliou emitió sus Conclusiones [Opinion of Advocate General Emiliou, 22 February 2024, *BSH Hausgeräte GmbH v. Electrolux AB*, C-339/22, ECLI:EU:C:2024:159 (no está disponible en castellano)] y, en consecuencia, se dio por concluida la fase oral del procedimiento. No obstante, a petición de la Sala Cuarta, formulada de conformidad con el artículo 60, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, éste decidió el 9 de abril de 2024 remitir el presente asunto a la Gran Sala. La vista tuvo lugar el 14 de mayo de 2024.

recientes, como la adoptada en el asunto *Inkreal*⁵⁸, refuerzan hoy la tendencia a la búsqueda de una respuesta europea a las situaciones vinculadas a terceros Estados.

Como es bien sabido, bajo el régimen del RBIbis cuando el acuerdo de elección de foro designa de forma exclusiva a los tribunales de un Estado miembro, este despliega tanto su efecto prorrogatorio como derogatorio⁵⁹, por lo que el juez no elegido debe respetar el acuerdo cuando este cumpla las condiciones del art. 25 RBIbis. Y lo mismo si los tribunales designados son Estados parte del Convenio de Lugano de 2007 o del Convenio de La Haya de 2005 sobre cláusulas de elección de foro⁶⁰.

El art. 25 RBIbis establece unas condiciones de forma que debe cumplir el acuerdo y somete la validez sustantiva de la cláusula a la ley del Estado cuyos tribunales han sido designados, incluidas sus normas de conflicto (considerando 20 RBIbis). El apartado cuarto de dicho precepto establece, sin embargo, que “(N)o surtirán efecto los acuerdos atributivos de competencia (...) si son contrarios a las disposiciones de los artículos 15, 19 o 23, o si excluyen la competencia de órganos jurisdiccionales exclusivamente competentes en virtud del artículo 24”.

Cuando los tribunales designados son los de un Estado tercero, está claro que el efecto prorrogatorio de dicha cláusula lo determina el Derecho interno del Estado designado⁶¹, en el sentido de que el RBIbis no puede atribuir competencia judicial internacional a tribunales de Estados no miembros, pues ello significaría invadir su soberanía. Es decir, ninguna norma europea puede impedir que un tribunal de un Estado tercero acepte su competencia judicial internacional. Ahora bien, cuando el tribunal derogado es competente conforme a los foros previstos en el RBIbis, la validez de la cláusula y el régimen del efecto derogatorio de ese acuerdo plantea una serie de interrogantes cuya respuesta es, en palabras del AG Emiliou en el asunto *Hausgeräte*, “oscura”, debido a que el ámbito aplicación territorial del RBIbis adolece de lo que él denomina un “defecto de diseño”, pues el Reglamento no se concibió para los litigios relacionados con terceros Estados⁶².

⁵⁸ Sentencia de 8 de febrero de 2024, *Inkreal*, C-566/22, ECLI:EU:C:2024:123 (en adelante, sentencia *Inkreal*).

⁵⁹ Una cuestión que podría plantearse pero que no se da respecto de las sanciones económicas al ser normas europeas, es la posible incidencia de normas de policía de un Estado miembro en una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de otro Estado miembro. Sobre esta cuestión volvemos *infra*.

⁶⁰ El Convenio de La Haya de 2005 prevé unas excepciones a esta regla en su art. 6 que serán examinadas en el apartado 3.1.4.

⁶¹ GARCIMARTÍN, Francisco, “Prorrogation of Jurisdiction”, en DICKINSON, Andrew y LEIN, Eva, *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 280; MAGNUS, Ulrich, “Article 25”, en MAGNUS, Ulrich y MANKOWSKI, Peter (eds), *European Commentaries on Private International Law: Commentary: Brussels Ibis Regulation* (Sellier European Law Publishers, 2016, vol 1, p. 611.

⁶² Opinion of AG EMILIOU, 22 February 2024, *BSH Hausgeräte GmbH v Electrolux AB*, C-339/22, ECLI:EU:C:2024:159, ap. 102 (el documento no ha sido todavía traducido al español).

En primer lugar, debe determinarse si el Reglamento Bruselas I bis es el instrumento aplicable a los acuerdos de elección de foro a favor de Estados terceros cuando estos derogan la competencia de un juez de un Estado miembro en virtud de los foros del RBIbis o, por el contrario, cada Estado miembro debe aplicar su Derecho nacional. En segundo lugar, en caso de que sea el régimen Bruselas el aplicable, habrá que ver qué establece el RBIbis respecto de la validez y eficacia de dicha cláusula.

Sobre la primera cuestión existent, fundamentalmente, dos planteamientos, uno de ellos con una variante. Para unos, al ser una cuestión no regulada por el RBIbis debe ser resuelta por el Derecho procesal de cada Estado miembro (lo mismo con relación a las cláusulas de arbitraje)⁶³. En efecto, el art. 25 RBIbis solo se refiere a los acuerdos de elección de foro en favor de tribunales de Estados miembros. Ello se desprende de su tenor literal al disponer: “1. Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro...”. Según los partidarios de esta tesis, cuando el demandante presente la demanda ante los tribunales de un Estado miembro incumpliendo la cláusula de sumisión, estos (tribunales que conocen del asunto) aplicarán su Derecho nacional para determinar la validez formal y sustantiva de dichas cláusulas y, en su caso, los efectos procesales derivados de la misma⁶⁴. El propio TJUE en el asunto *Coreck*⁶⁵ afirmó que el art. 17 del CB [25 RBIbis] solo se aplica cuando “la cláusula atributiva de competencia designe el tribunal o los tribunales de un Estado contratante. Esta regla, justificada por el hecho de que el Convenio tiene por objeto facilitar el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las resoluciones judiciales, implica así una exigencia de precisión que debe satisfacer la cláusula atributiva de competencia.” No se aplica, por tanto, dicha disposición a una cláusula que designa un tribunal de un Estado tercero. Si, a pesar de la cláusula atributiva de competencia, se somete el litigio a un tribunal situado en el territorio de un Estado miembro, dicho tribunal debe apre-

⁶³ Ver, entre otros, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, 2 ed., Tirant lo Blanch, p. 2570; FENTIMAN, Richard, *International Commercial Litigation*, Oxford University Press, Oxford, 2a ed, 2015, p. 415; GAUDEMET-TALLON, Hélène, “La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968: 50 ans. Propos introductifs”, *Revue critique de droit international privé*, 2018/3 (N° 3), pp. 411- 423, p. 421; GARCIMARTÍN, Francisco, “Prorogation of Jurisdiction...”, *op.cit.*, nota 60, p. 281. p. 280. Informe Schlosser (Informe del Profesor Schlosser sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia; DO 1979, C 59, p. 71, número 176; texto en español en DO C 189, p. 184) ap. 176.

⁶⁴ GARCIMARTÍN, Francisco, “Prorogation of Jurisdiction...”, *op.cit.*, nota 61, p. 281.

⁶⁵ Sentencia de 9 de noviembre de 2000, *Coreck Maritime GmbH*, C-387/98, ECR I-09337.

ciar la validez de esa cláusula en función del Derecho aplicable, incluidas las normas de conflicto de leyes, en el lugar donde dicho tribunal tenga su sede (Informe del Profesor Schlosser)⁶⁶. Es decir, tanto la validez como la eficacia procesal del acuerdo quedarían reguladas por el Derecho nacional del tribunal elegido. Aunque no lo diga el TJUE es lógico concluir que, si la cláusula es considerada válida por el tribunal nacional en aplicación de su Derecho, este podrá declinar su competencia en favor del Estado tercero designado⁶⁷.

Esta ha sido la posición mayoritaria y los argumentos que la sustentan son bien conocidos: el respeto de la autonomía de la voluntad (máxime en el comercio internacional) y, por tanto, de las expectativas de las partes así como la seguridad jurídica⁶⁸. Objetivos todos ellos perseguidos por el Reglamento Bruselas I bis⁶⁹. Esta posición ha sido defendida por varios tribunales nacionales⁷⁰.

Una variante a esta postura es la que defiende el efecto reflejo del RBibis mantenida también por varios autores⁷¹, por tribunales nacionales y muy recientemente por el AG Emiliou en el asunto *Hausgeräte*, pendiente todavía ante el TJUE⁷². Decir que el Reglamento tienen efecto reflejo o dar un efecto reflejo al RBibis significa que declinar la competencia en favor de los tribunales de un tercer Estado estaría justificado si es consistente (coherente) con las normas del RBibis⁷³. Según los partidarios de esta teoría, el tribunal del Estado miembro debe aplicar sus normas internas respecto de la eficacia del acuerdo de elección de foro a favor de un Estado tercero, pero su discrecionalidad para declinar está limitada por el sistema establecido en el Reglamento Bruselas I bis⁷⁴. Es decir, puede hacerlo en los casos en que, de haber existido un vínculo similar con un Estado miembro, el tribunal hubiera tenido que inhibirse en virtud de los artículos 24 o 25 de dicho Reglamento. En efecto, según el AG Emiliou, esa aplicación refleja del art. 25 RBibis, a una cláusula a favor del Estado tercero, garantiza la coherencia del régimen Bruselas y la consecución de los objetivos perseguidos por dicha disposición⁷⁵. Ahora bien, también presenta, como afirma Jiménez Blanco, importantes inconvenientes

⁶⁶ *Idem*, ap. 19.

⁶⁷ FENTIMAN, Declining Jurisdiction: The European Regime and Third States, p. 415

⁶⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, *op. cit.*, nota 63, p. 2570.

⁶⁹ GARCIMARTÍN, Francisco, "Prorogation of Jurisdiction...", *op.cit.*, nota 61, p. 281.

⁷⁰ SAP Valencia 27 enero de 2003; BGH NJW 1986, 1438; HC of Justice Queen Bench division Commercial 10 mayo 2005.

⁷¹ DROZ, George A. L., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Paris, Dalloz, 1972, ap. 164 a 169 y 204.

⁷² Opinion of AG EMILIOU, 22 February 2024(1), Case C-339/22, BSH Hausgeräte GmbH v Electrolux AB, ap. 149.

⁷³ FENTIMAN, Richard, *International Commercial Litigation*, Oxford University Press, Oxford, 2a ed, 2015, p. 415

⁷⁴ Opinion of AG EMILIOU, 22 February 2024, *BSH Hausgeräte GmbH v Electrolux AB*, C-339/22, ECLI:EU:C:2024:159, ap. 149.

⁷⁵ *Idem*.

en su articulación práctica por su difícil interacción con los ordenamientos nacionales⁷⁶.

Frente a esta postura, otra parte de la doctrina⁷⁷, amparándose en el asunto *Owusu* y en el Dictamen 1/03 relativo al Convenio de Lugano⁷⁸, por un lado, y en los arts. 33 y 34 del RBIbis⁷⁹, por otro, considera aplicable el RBIbis cuando el tribunal derogado es competente según los foros previstos en el RBIbis, por estar, por ejemplo, el demandando domiciliado en la UE. En dicho asunto, el TJUE se opuso a que un tribunal de un Estado miembro (tribunal inglés) declinase su competencia (otorgada por el art. 4 RBIbis al ser el Estado del domicilio del demandado) a favor de un Estado tercero en aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*, prevista en el derecho inglés⁸⁰. El TJUE defendió que el art. 2 CB (art. 4 RBIbis) tiene carácter imperativo y que, como se desprende de su tenor, las únicas excepciones a la regla de principio que contiene son las que están expresamente contenidas en dicho Convenio (ahora RBIbis). Ese carácter imperativo de las normas de competencia judicial internacional previstas en el RBIbis conlleva que un tribunal de un Estado que sea competente conforme a las mismas no pueda declinar su competencia en favor de un Estado no miembro, salvo que esté previsto en el mismo Reglamento. Uno de los casos previstos en el RBIbis es precisamente el supuesto de litispendencia con un Estado tercero regulado en los arts. 33 y 34 RBIbis. En caso de existir un procedimiento paralelo ante un tribunal de un tercer Estado, los arts. 33 y 34 RBIbis, sí contemplan y permiten a los tribunales de un Estado miembro, frente a los que se ha iniciado la acción, declinar su competencia a favor de los tribunales del Estado tercero (elegidos en una cláusula) cuando este ha sido el primero en conocer y se dan las condiciones previstas⁸¹.

Es innegable que desde el asunto *Coreck* ha habido una evolución por parte del TJUE pues, unos años más tarde, en el asunto *Mahamdia*⁸², parece que el Alto tribunal cambia de opinión o la matiza. En dicho asunto, la embajada de Argelia en Alemania despidió al Sr. Mahandia quien ejercía de chofer y quien demandó a la República de Argelia ante los tribunales de Berlín. El

⁷⁶ JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *op. cit.*, nota 51, p. 477.

⁷⁷ FAWCETT, James; CARRUTHERS, Janeen y NORTH, Peter, *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, Oxford University Press, 14ª ed., 2008, p. 275; KISTLER, Alexander Richard Eduard, "Effect of exclusive choice-of-court agreements in favour of third states within the Brussels I Regulation Recast", *Journal of Private International Law*, 2018, vo. 14, pp. 66-95, p. 78.

⁷⁸ En contra de dicha tesis podría alegarse que en el asunto *Owusu* el tribunal del Estado tercero se encontraba, según el tribunal inglés, en una mejor situación para conocer del asunto, pero no era competente con base en un foro jerárquicamente superior, como sería el caso de haber sido designado en una clausura de elección de foro o que se tratase de una materia de su competencia exclusiva. KISTLER, Alexander Richard Eduard, *op. cit.*, nota 76, p. 74.

⁷⁹ Sentencia de 1 de marzo de 2005, *Owusu*, C- 281/02, ECLI:EU:C:2005:120.

⁸⁰ KISTLER, Alexander Richard Eduard, *op. cit.*, nota 77, p. 74.

⁸¹ *Ídem*, p. 76.

⁸² Sentencia de 19 de julio de 2012, *Mahamdia*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491.

contrato laboral contenía una cláusula de sumisión a los tribunales argelinos. En este caso, el TJUE sí sometió la cláusula a favor de un Estado tercero a las condiciones del art. 21 RBI (hoy 23 RBÍbis), es decir, al régimen previsto en el Reglamento. De hecho, no discute propiamente la aplicación del Reglamento en sí, sino que considera inválida la cláusula por violar lo dispuesto en el art. 21 RBI (23 RBÍbis) que prohíbe los acuerdos de elección de foro insertos en contratos laborales cuando excluyan los foros protectores del arts. 18 y 19 RBI (20 y 21 RBÍbis). Un acuerdo de elección de foro puede añadir un foro a los previstos en los art. 18 y 19 RBI (20 y 21BÍbis), pero nunca excluirlos. Y ello por tratarse de una sumisión inserta en un contrato laboral, un contrato de parte débil, para el que existen foros especiales con un claro objetivo protector del trabajador. Ahora bien, el TJUE solo se refiere a la validez de la cláusula, no a su efecto derogatorio. Aunque no lo diga propiamente el TJUE, ese acuerdo de sumisión para ser válido no solo debería añadir un foro a los previstos en el RBÍbis, sino también cumplir los requisitos formales y materiales del art. 25 RBÍbis⁸³. Solo de esta forma se garantizan los foros exclusivos y los foros protectores previstos en el RBÍbis⁸⁴. Por tanto, en caso de foros exclusivos y de protección (supuestos del art. 25(4) RBÍbis) está claro que el RBÍbis sí se aplica a la validez de dichos acuerdos.

Un acuerdo de elección de foro a favor de un tribunal de un Estado tercero que ponga en peligro la aplicación de las sanciones económicas, es decir, que ponga en peligro la aplicación de normas de policía del foro, no encaja propiamente en ninguno de los supuestos que justificarían la aplicación del Reglamento y que se desprenden del asunto *Mahandia*. El RBÍbis no prevé nada respecto de la validez de esos acuerdos de elección de foro ni de su efecto derogatorio y el TJUE no se ha pronunciado propiamente sobre este tipo de cláusulas, aunque sí sobre la (in)validez de una cláusula de elección de un Derecho extranjero cuando la aplicación de ese Derecho extranjero suponga la no aplicación de normas de policía del foro. Tampoco la teoría del efecto reflejo del RBÍbis y su art. 25 es una solución óptima para este tipo de cláusulas de elección de foro, pues lo más probable es que se cumplan las condiciones de forma y que sean válidas materialmente de acuerdo con la ley del tribunal elegido y que, por tanto, el tribunal derogado deba declinar la competencia.

El análisis que precede nos lleva a concluir que sigue sin estar clara la admisibilidad o no de la *derogatio fori* por parte de tribunales de un Estado miembro que conocen de un asunto afectado por sanciones económicas europeas. Tampoco si las normas que la regulan se encuentran en el Derecho

⁸³ AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, "Restriction on Jurisdiction Clauses in Consumer Contracts within the European Union", *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2004, 1-2, p. 123;

⁸⁴ BROSCH, Marlen, KAHL, Marcel, "Article 25" en REQUEJO ISIDRO, Marta (ed.), *Brussels I bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, Elgar Commentaries in Private International Law, Edward Elgar, Chaltenham, UK-Northampton, Ma, USA, pp. 344-374.

nacional o en el Reglamento Bruselas I bis. A partir de dicha constatación, vamos a examinar cuál ha sido la práctica jurisprudencial en algunos Estados miembros, su regulación en otros instrumentos internacionales y otras propuestas de la doctrina y, en particular, del GEDIP y, finalmente, nuestra aportación de *lege lata* y de *lege ferenda*.

3.1.2. *Normas de policía y cláusulas de elección de foro en la jurisprudencia nacional de algunos Estados miembros*

En cuanto a la práctica de tribunales nacionales, no hay una respuesta uniforme. La eficacia de un acuerdo de elección de foro que conlleva la inaplicación de normas de policía ha sido reconocida por algunos tribunales y rechazada por otros.

A favor de la validez de la cláusula se ha pronunciado, por ejemplo, la jurisprudencia francesa. La *Cour de Cassation* francesa, en el conocido asunto *Monster Cable*⁸⁵, dio prioridad a la autonomía de las partes, considerando eficaz el acuerdo de elección de foro a pesar de que la aplicación de normas de policía francesas podía verse afectada. La empresa americana *Monster Cable Products Inc.* celebró, en 1995, un contrato de distribución en exclusiva de sus productos en Francia con la empresa francesa *Audio Marketing Services*. Dicho contrato incluía una cláusula de sumisión a la ley del Estado de California y a los tribunales de San Francisco, California. Tras la rescisión del contrato con el preaviso correspondiente, la empresa francesa demandó a *Monster Cable* ante un tribunal francés (en violación de la cláusula de elección de foro) por abuso de dependencia económica en infracción del artículo L. 442-6 del Código de Comercio francés. Aunque las prohibiciones de determinadas prácticas comerciales puedan calificarse de “*loi de police*”, la *Cour de Cassation* sostuvo que la cláusula de elección de foro debía aplicarse. El fundamento de dicha decisión se encuentra en la clásica distinción entre el *forum* y *ius*⁸⁶, i.e., la imperatividad de las leyes de policía no implica la imperatividad de las normas de competencia judicial de los tribunales franceses⁸⁷; el control *ex post* de la sentencia extranjera permite preservar la imperatividad de la ley francesa⁸⁸.

Por su parte, la *Corte di Cassazione* italiana consideró que una cláusula de jurisdicción a favor de los tribunales ingleses era válida a pesar de que iba

⁸⁵ Sentencia de la *Cour de Cassation* de 22 de octubre de 2008, *Revue Critique de Droit international privé*, 2009, pp. 69-70.

⁸⁶ GAUDEMÉT-TALLON, Hèlene, “La Clause attributive de jurisdiction, un moyen s’échapper aux lois de Police?”, en BOELE-WOELKI, Katherina; EINHORN, Talia; GIRSBEREGGER, Daniel y Symeonides, Symeon (eds), en *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing, 2010, p. 709.

⁸⁷ BUREAU, Dominique y MUIR WATT, Horatia, “L’imperativité désactivée?”, *op. cit.*, nota 15, p. 17.

⁸⁸ GAUDEMÉT-TALLON, Hèlene, *op. cit.*, nota 86, p. 721.

contra una norma italiana de aplicación necesaria⁸⁹. El servicio de correos italiano celebró varios contratos, a través de un intermediario estadounidense, sobre derivados financieros con el banco norteamericano J.P. Morgan. En ellos se incluía una cláusula de elección de foro donde se designaba la competencia exclusiva de los tribunales ingleses. La empresa de correos italiana demandó a la empresa americana ante los tribunales de Roma, solicitando la nulidad de los contratos y de la cláusula de elección de foro, pues, el intermediario americano, en contra de lo exigido por una ley italiana calificada como norma de aplicación necesaria, no estaba autorizado para operar en Italia y, por tanto, no podía vincular al demandante italiano mediante una cláusula de elección de foro⁹⁰.

La jurisprudencia alemana reciente, por el contrario, ha considerado en distintos asuntos, la invalidez de un acuerdo de elección de foro que viola normas internacionalmente imperativas. En 2007, el Tribunal de apelación de Múnich (Oberlandesgericht München), en un caso muy similar al que dio lugar a la Sentencia *Ingmar* del TJUE⁹¹, invalidó tanto la cláusula de elección de foro como la de Derecho aplicable a favor de un Estado tercero (también la de arbitraje) por existir una alta probabilidad de inaplicación de ciertas normas internacionalmente imperativas. El demandado, una empresa con sede en California (EE.UU.), celebró un contrato de agencia con el demandante, empresa domiciliada en Alemania, para que fuera su agente en Alemania y Austria. El contrato incluía una cláusula de arbitraje a la AAA y una cláusula de sumisión a los tribunales de Santa Clara en California. También una cláusula de sumisión al Derecho de California. Ante la terminación del contrato por parte del demandado, el agente demandó a la empresa americana solicitando una compensación por clientela prevista en el Derecho alemán (art. 89b del Código de Comercio Alemán, que se corresponde con la transposición alemana de los art. 17 y 18 de la Directiva de Agencia). El Tribunal alemán dio la razón al demandante y consideró que la aplicación de las normas imperativas de la Directiva de Agencia no podía verse menoscabada por la eficacia de una cláusula de elección de foro (o de arbitraje) a favor de árbitros o tribunales de un Estado no miembro. En efecto, el tribunal consideró que ante la '*probabilidad*' de que el tribunal o el tribunal arbitral designado no concediera la indemnización de conformidad con las normas de la Directiva de Agencia, las mentadas cláusulas de elección de foro y/o arbitraje no debían tener efecto alguno.

Este planteamiento basado en la "*probabilidad*" de no aplicación, supone, como afirma Rühl, un giro respecto de la jurisprudencia alemana anterior que,

⁸⁹ Corte di Cassazione (S.U.) 20 February 2007 no. 3841, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 44 (2008) 160 at p. 163-164.

⁹⁰ BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, p. 17.

⁹¹ Con respecto a esta sentencia he seguido a RÜHL, Gisela, *op. cit.*, nota 15, pp. 891-903. También a BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, pp. 15-31.

para declarar la cláusula inválida, exigía que la misma derogase normas internacionalmente imperativas y que la resolución o laudo no pudiera reconocerse en Alemania por ser contraria al orden público alemán⁹². Esa reducción de los requisitos de validez ha sido criticada por la doctrina alemana, pues conlleva un análisis muy pobre, por parte del tribunal derogado, de la potencial aplicación por el tribunal elegido de las leyes internacionalmente imperativas del foro, invalidando la cláusula casi por meras conjeturas⁹³. No obstante, en 2011, el Tribunal de apelación de Stuttgart se alinea con la decisión del Tribunal de apelación de Múnich, considerando una cláusula de elección de foro en favor de los tribunales de Virginia (EE.UU.), en un asunto también muy similar a *Ingmar*, inválida por prorrogar la competencia de un tribunal que no aplicaría las normas internacionalmente imperativas de la Directiva de Agentes comerciales⁹⁴. El recurso de apelación contra esta decisión fue desestimado por el Tribunal Federal (Bundesgerichtshof, BGH) en un dictamen en el que afirmó que la Directiva de Agentes Comerciales permite invalidar un acuerdo de elección de foro a favor de un tercer Estado, cuando el Derecho de dicho Estado no conceda la compensación por clientela y cuando dicho tribunal no aplique la Directiva de la UE. A este respecto, el BGH considera que la Directiva es un *acte clair* y excluyó el deber del tribunal de remitir el asunto al TJUE⁹⁵.

También los tribunales del Reino Unido (hoy Estado no miembro), han adoptado decisiones similares en casos parecidos con relación a cláusulas arbitrales⁹⁶ y, en un caso muy reciente, se han pronunciado respecto de la (in) validez de una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales rusos, inserta en varios contratos de arrendamiento afectados por sanciones económicas impuestas por el Reino Unido contra Rusia⁹⁷. Se trata de un asunto de una gran complejidad, en el que intervienen como demandantes varias empresas en calidad de propietarios, arrendadores, bancos financiadores (o sus cesionarios) y gestores de aeronaves y/o motores de aeronaves, arrendados a compañías aéreas rusas en virtud de contratos de arrendamiento regidos por el Derecho inglés, californiano o neoyorquino. Las compañías aéreas asegu-

⁹² Ver en este sentido las sentencias que cita Rühl en la nota 13, entre otras: BGH, 30 enero 1961, *NJW* 1961, 1062; BGH, 30 mayo 1983, *NJW* 1983, 2772. RÜHL, Gisela, *op. cit.*, nota 15, pp. 891-903.

⁹³ En el caso OLG München, 17 May 2006, el tribunal alemán para determinar si el juez de California concedería o no la indemnización por clientela se limita a un análisis pobre de la perspectiva del Derecho de California pues no utiliza jurisprudencia ni doctrina americana, ni derecho conflictual californiano. Tampoco analiza si el Tribunal californiano hubiera podido utilizar su excepción de orden público RÜHL, Gisela, *op. cit.*, nota 15, p. 897.

⁹⁴ Oberlandesgericht (OLG) Stuttgart 29.12.2011 — 5 U 126/11, citada por BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, pp.15-31, note 6.

⁹⁵ BGH 5 September 2012 — VII ZR 25/12, BeckRS 2012, 20587. Citado por BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, pp.15-31, note 7.

⁹⁶ *57Accentuate Ltd v ASIGRA Inc* [2009] EWHC 2655 (QB); *Fern Computer Consultancy Ltd v Intergraph Cadworx & Analysis Solutions Inc* [2014] EWHC 2908 (Ch).

⁹⁷ *Re Russian Aircraft Operator Policy Claims (Jurisdiction Applications)* [2024] EWHC 734 (Comm) (Henshaw J, 28 March 2024). GRUSIC, Ugljesa, “English Court Refuses to Enforce Russian Exclusive Jurisdiction Agreements”, *EAPILblog*, 6 mayo 2024, <https://eapil.org/2024/05/06/english-court-refuses-to-enforce-russian-exclusive-jurisdiction-agreements/>

raron las aeronaves contra todo riesgo (Seguro de Cascos) y riesgos de guerra con compañías de seguros rusas. Las aseguradoras reaseguraron la mayor parte de sus riesgos con diversos reaseguradores ingleses e internacionales, entre ellos, los demandados y la Compañía Nacional Rusa de Reaseguros⁹⁸. Los contratos de seguro y reaseguro contenían una cláusula de sometimiento a Derecho ruso y un acuerdo exclusivo de elección foro en favor de los tribunales rusos. Tras la invasión de Ucrania en febrero de 2022, los demandantes notificaron el incumplimiento y la rescisión de los contratos de arrendamiento, por diversos motivos, entre ellos, la imposición de sanciones a Rusia por parte del Reino Unido, la UE y Estados Unidos. No obstante, las compañías aéreas rusas no devolvieron las aeronaves (que permanecen en Rusia) y los demandantes decidieron interponer demandas por la pérdida de las mismas. Algunos demandados impugnaron la competencia de los tribunales ingleses basándose en los acuerdos de elección de foro en favor de tribunales rusos.

Respecto a la cuestión de competencia planteada, el tribunal parte del caso *Donohue v Armco Inc.*⁹⁹, donde Lord Bingham afirmó que, en caso de existir una cláusula de elección de foro a favor de un tribunal extranjero, los tribunales ingleses suspenderán generalmente el procedimiento para dar cumplimiento a la cláusula (regla general) a no ser que la parte que viola la cláusula, pruebe que existen razones de peso para no litigar en ese foro¹⁰⁰. Dentro de las circunstancias en las que un tribunal inglés no dará eficacia a un acuerdo de elección de foro a favor de un tribunal extranjero¹⁰¹, se incluye la probabilidad de que el foro acordado no proporcione un juicio justo al demandante¹⁰². Y ese es uno de los motivos que utiliza el juez Henshaw para no dar eficacia a la cláusula, pues entiende que en el caso de autos los demandantes no recibirían un juicio justo en Rusia y ello por una serie de motivos que enumera y analiza, entre los que cabe destacar: que es improbable que los tribunales rusos pudieran ser imparciales y objetivos al determinar si las supuestas pérdidas fueron causadas por la guerra o invasión o por

⁹⁸ Re Russian Aircraft Operator Policy Claims (Jurisdiction Applications) [2024] EWHC 734 (Comm) (28 March 2024).

⁹⁹ [2001] UKHL 64, [2002] 1 All ER 749.

¹⁰⁰ Lord Bingham se basa as su vez en el asunto *The Eleftheria* [1970] p. 94, 99-199 en el que el Juez Brandon J enumeró los factores que podían ser considerados por el juez para no declinar y en particular se mencionó: "(a) el lugar (país) en el que se encuentran las pruebas sobre los hechos, o donde son más fácilmente disponibles, y el efecto de ello sobre la conveniencia y gastos relativos del juicio entre los tribunales ingleses y extranjeros. (b) Si la ley aplicable al caso es la ley del Estado extranjero y en ese caso si difiere de la ley inglesa en algún aspecto sustancial. (c) Con qué país está vinculada cada una de las partes y en qué medida. (d) Si los demandados desean realmente ser juzgados en el país extranjero o sólo buscan ventajas procesales. (e) Si el litigar en el extranjero perjudicaría a los demandantes:

(i) por no tener un juicio con garantías;

(ii) no poder ejecutar la sentencia obtenida;

(iii) enfrentarse a una prescripción no aplicable en Inglaterra; o

(iv) por razones políticas, raciales, religiosas o de otra índole, tener pocas probabilidades de obtener un juicio justo" (la traducción es propia).

¹⁰¹ No se incluyen los Estados contratantes del Convenio de La Haya de elección de foro.

¹⁰² *Ellinger v Guinness, Mahon & Co* [1939] 4 All ER 16.

otros riesgos de guerra, o si entraban dentro de la cobertura a todo riesgo o si las contramedidas rusas eran inválidas en virtud de la legislación rusa; que probablemente aplicarían una ley distinta a la *lex contractus* (ley inglesa); y que los demandantes proceden de Estados extranjeros no amigos¹⁰³. También tiene en cuenta el riesgo de resoluciones contradictorias por la potencial multiplicidad de procedimientos y un riesgo personal para los demandantes si han de personarse y litigar en Rusia.

Si nos centramos en el régimen español, como es bien sabido, la LOPJ introdujo a partir de la reforma de 2015, una regulación de la *derogatio fori* en el art. 22 ter, ap. 4 y 5 LOPJ¹⁰⁴. Según dicho precepto, la competencia de los tribunales españoles establecida de conformidad con la LOPJ¹⁰⁵ “4. (...) *podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un Tribunal extranjero. En tal caso, los Tribunales suspenderán el procedimiento y sólo podrán conocer de la pretensión deducida en el supuesto de que los Tribunales extranjeros designados hubieren declinado su competencia. 5. No tendrá efecto la exclusión de la competencia de los Tribunales españoles en aquellas materias en que no cabe sumisión a ellos.*” Y en el art. 22 bis LOPJ se añade que no surtirán efecto los acuerdos que excluyan la competencia de los tribunales españoles cuando esta sea exclusiva, en materia de medidas provisionales, en materia concursal, en materia de persona y familia y respecto de los foros de protección¹⁰⁶. No pretendo llevar a cabo un análisis de esta confusa regulación, sino simplemente poner de manifiesto las dudas y la incertidumbre que plantea respecto de la incidencia de normas internacionalmente imperativas, pues no aparece como uno de los motivos para excluir la sumisión. El tema también se ha planteado en España respecto de los contratos de agencia regulados por la Ley 20/1992 que transpone la Directiva de Agentes comerciales y, cuya DA1^a establece la obligación de litigar en el domicilio del agente. Está claro que cuando la sumisión se realiza a favor de los tribunales de un Estado miembro, la prohibición no afecta a la sumisión¹⁰⁷. No está tan claro, cuando la sumisión se realiza a favor de un Estado tercero¹⁰⁸.

¹⁰³ Re Russian Aircraft Operator Policy Claims (Jurisdiction Applications) [2024] EWHC 734 (Comm) (28 March 2024).

¹⁰⁴ CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, “La *derogatio fori* en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *REDI*, vol. 70, pp. 155-179.

¹⁰⁵ JIMÉNEZ BLANCO se pregunta si esta mención de las disposiciones de la LOPJ (*conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo*, dice literalmente el art. 22ter 4.) limita la *derogatio* a los casos en los tribunales españoles sean competentes con base en la LOPJ, quedando excluida cuando lo son con base en el RBIbis o en otras fuentes. Dicha autora considera que la literalidad no es argumento suficiente y que en estos casos hay que ver si esa otra fuente prevé una regulación de la *derogatio fori*. JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *op. cit.*, nota 51, p. 475.

¹⁰⁶ CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, “La *derogatio fori* ...”, *op. cit.*, nota 104, p. 165; JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *op. cit.*, nota 51, p. 485.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 493. En cuanto a la jurisprudencia española, encontramos sentencias en contra de la sumisión, como, SAP Valencia 9^a, 4 mayo 1999, Aranzadi Civil, 1999, n^o 5520 y a favor de la misma, la SAP Santa Cruz de Tenerife 1^a, 10 septiembre 2001, *Actualidad Civil*, 2002, n^o 8; AAP Barcelona 17^a 28 mayo 2009 (JUR 2009\421063).

¹⁰⁸ En contra de limitar la *derogatio fori*, JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *op. cit.*, nota 51, p. 492. Por el contrario, en una sentencia en la que las partes se habían sometido a los tribunales españoles (senten-

3.1.3. *La propuesta del GEDIP*

En el proceso de reforma del Reglamento Bruselas I, hubo partidarios de incorporar una regulación del tratamiento de la *derogatio fori* en el Reglamento que ofreciera una mayor certeza y seguridad jurídica¹⁰⁹. Entre las propuestas, destaca la del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (en adelante, GEDIP). El GEDIP propuso incluir las cláusulas de elección de foro a favor de un tribunal de un Estado no miembro en el ámbito de aplicación de RBIBis. A pesar de no haber sido aceptada por la Comisión, al versar sobre el tema que nos ocupa, la traemos a colación para posteriormente retomarla como posible modelo de reforma.

Según dicha propuesta, un tribunal de un Estado miembro, competente según el RBIBis, ante el que se haya interpuesto una demanda en violación de una cláusula de elección de foro a favor de tribunales de un Estado tercero, aplicará el art. 25 RBIBis para determinar su validez. En caso de que la cláusula se considere válida, el órgano jurisdiccional del Estado miembro podría, no obstante, conocer del litigio si resultare probable que la resolución dictada por el tribunal elegido no fuese susceptible de ser reconocida en ese Estado miembro¹¹⁰. De este modo, el tribunal tendría que prever el probable recono-

cia 578/2021 de 27 de julio (RJ/2021/3655), ECLI:ES:TS:2021:3188), el TS español para fundamentar la competencia de los tribunales españoles basada en la cláusula de sumisión, hace el siguiente razonamiento “Las razones por las que las partes pueden desear someterse a la jurisdicción de los tribunales de un concreto Estado en situaciones internacionales pueden ser muy variadas (especialización de sus tribunales en la materia, tribunales ajenos —“neutrales”— a los diferentes Estados vinculados al supuesto, etc); y dejando al margen los casos de fueros exclusivos o de normas imperativas que limitan la autonomía de la voluntad, no cabe abrogar o desplazar la voluntad de las partes. Este reconocimiento de la libertad de pactos, incluso a los efectos de la prórroga de competencia a favor de tribunales extranjeros (*derogatio fori*), siempre que no se superen los límites de la autonomía de la voluntad, ha sido admitido expresamente por esta Sala Primera. “[...] el artículo 22, regla segunda, de la Ley(sic) 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con el artículo 36 de la Ley de enjuiciamiento Civil, es interpretado por la jurisprudencia, en reconocimiento de la libertad de pacto —dentro de los límites señalados a la potencialidad normativa creadora de las partes—, en el sentido de que también permite la sumisión expresa a favor de la jurisdicción de los Tribunales de otros Estados, aunque no sean miembros de la Unión Europea —sentencias de 19 de noviembre de 1990, 942/1993, de 13 de octubre, 1040/1993, de 10 de noviembre, y 687/2010, de 15 de noviembre—. “De otro lado, no hay constancia de que la cláusula de sumisión haya superado límite alguno impuesto a la autonomía de la voluntad de los contratantes en esta materia, por lo que la conclusión se muestra evidente: de haberla realmente convenido las partes, habría que reconocer, en principio, eficacia a la prórroga de competencia a favor de los Tribunales de Arabia Saudí para la decisión del conflicto derivado de la ejecución [...]”. Más allá de la fundamentación “errónea” del TS (véase comentario de FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, “El Tribunal Supremo ante el manejo de fuentes de competencia judicial internacional y ante la alegación y prueba del derecho extranjero, a propósito de la sentencia núm. 578/2021, de 27 de julio de 2021”, REEI, 2021, pp. 22-28) lo que me interesa subrayar es que parece que el TS se decantaría por no admitir la prórroga de un tribunal de un tercer Estado en caso de que hubiera normas imperativas que limitaran la autonomía de la voluntad.

¹⁰⁹ La delegación del Reino Unido y de Francia propusieron incluir un artículo sobre los efectos de un acuerdo exclusivo de elección de foro a favor de un Estado tercero (Council Document 8000/12 [22 March 2012] y 8205/12 [27 March 2012]. GARCIMARTÍN, Francisco, “Prorogation of Jurisdiction..., *op.cit.* nota 61, p. 281, nota 23.

¹¹⁰ Ver la propuesta de un nuevo art. 23 bis en: FALLON, Marc; KINSCH, Patrick y KOHLER, Christian, (eds.), *Building European private international law: Twenty Years’ Work by GEDIP/Le droit*

cimiento de una resolución fruto de un procedimiento sustanciado ante un tribunal de un Estado no miembro. Este requisito enlaza con la otra propuesta del GEDIP sobre normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en Estados no miembros, propuesta que también fue rechazada por las instituciones de la Unión¹¹¹. Según la misma, se denegará el reconocimiento de una resolución dictada en un Estado tercero en la medida en que se haya dictado contraviniendo normas internacionalmente imperativas o contrarias al orden público del Estado requerido o de la UE. Según Basedow, ambas Propuestas muestran el alto grado de incertidumbre en el control de una cláusula de elección de foro a favor de un Estado tercero, y exigen por parte del juez del Estado miembro todo tipo de predicciones sobre el procedimiento extranjero (iniciado o no) y el potencial reconocimiento de la sentencia resultante¹¹².

3.1.4. *La derogatio fori en el Convenio de La Haya de cláusulas de elección de foro*

Por el contrario, el Convenio de La Haya de 2005 sobre cláusulas de elección de foro (en adelante CH 2005), sí prevé un control *ex ante* de las cláusulas de elección de foro exclusivas que violan el orden público del foro, permitiendo al tribunal derogado por la cláusula, no declinar su competencia en favor del tribunal elegido. Dicha posibilidad se encuentra recogida en el art. 6 (c) intitulado “*Obligaciones de un tribunal no elegido*”, y según el cual, “*Cualquier tribunal de un Estado contratante distinto del Estado del tribunal elegido, suspenderá el procedimiento o rechazará la demanda cuando se le presente un litigio al que se le aplique un acuerdo exclusivo de elección de foro, salvo que: (...) c) dar efecto al acuerdo conduciría a una manifiesta injusticia o sería manifiestamente contrario al orden público del Estado del tribunal al que se ha acudido*”.

international privé européen en construction: Vingt Ans de Travaux du GEDIP, Intersentia, Antwerp, 2011, p. 796. La propuesta del GEDIP puede consultarse en la web del grupo. Ver Consolidated version of a proposal to amend Regulation 44/2001 in order to apply it to external situations (Bergen, 21 de septiembre “1. A court of a Member State seised of proceedings over which it has jurisdiction under this Regulation, and with regard to which the parties have given exclusive jurisdiction to a court or the courts of a non-Member State under an agreement complying with the conditions laid down by Article 23, shall not hear the proceedings unless and until the chosen court has declined jurisdiction. It shall stay the proceedings as long as the chosen court has not been seised or, if it has been seised, has not declined jurisdiction. It shall decline jurisdiction once the chosen court has given a judgment entitled to recognition under the law of the State of the court seised. Nevertheless, it may hear the proceedings if it appears that: (a) the chosen court will not give judgment within a reasonable time; (b) the chosen court will give a judgment which will not be entitled to recognition under the law of the State of the court seised. [2. The choice by the parties of a court of a non-Member State shall have no effect if all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in the same Member State.]”

¹¹¹ Ver art. 56-5 and 56-6 de la propuesta del GEDIP aprobada en la 20ª Reunión de Copenhague en 2010. FALLON, Marc; KINSCH, Patrick y KOHLER, Christian, (eds.), *op. cit.*, nota 110, p. 802-803 y comentario de Fallon, p. 813-816.

¹¹² BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, p. 24.

Dicho precepto, que solo se aplica cuando el tribunal elegido es de un Estado contratante, prevé cinco supuestos que excepcionan la inhibición por parte del tribunal al que se le ha presentado el asunto y que no es el elegido por las partes. Cuando se aplique una de las excepciones, se levanta la prohibición de conocer del asunto. Nos interesa especialmente la prevista en la letra c y que ha sido transcrita más arriba. Dicha cláusula no se incluyó en los borradores iniciales, sino que encuentra su origen en una propuesta conjunta de diciembre de 2003 de la Comunidad Europea y las delegaciones de Estados Unidos, Japón, la Federación Rusa y Nueva Zelanda¹¹³. Dicha propuesta, a su vez, traía causa de una propuesta suiza, que detallaba las condiciones de validez sustantiva de un acuerdo de elección de foro, excluyéndose, sin embargo, expresamente “las condiciones en las que las partes no pueden, por razón de la materia, acordar excluir la competencia de los tribunales de un Estado contratante¹¹⁴”.

Según disponen Hartley y Dogauchi en el informe explicativo del Convenio, las situaciones cubiertas por el art. 6 apartado c) se refieren a supuestos en los que el tribunal elegido no aplicaría una norma o principio considerado, en el Estado del tribunal que conoce, como parte de su orden público¹¹⁵. La *ratio* de este precepto obedece, continúan los autores del informe, a que “en virtud del Convenio, el tribunal al que se ha acudido, pero que no se ha elegido, no estaría normalmente en condiciones de aplicar su propio Derecho para determinar la validez del acuerdo de elección de foro. Había pues, que hacer una excepción, para la situación en la que aplicar el acuerdo abocaría en una injusticia manifiesta o sería manifiestamente contrario al orden público del tribunal al que se ha acudido”¹¹⁶. Se distingue, por tanto, entre dos supuestos: 1) cuando el aplicar el acuerdo llevaría a una “injusticia manifiesta” y 2) cuando esa aplicación sería manifiestamente contraria al orden público del tribunal al que se ha acudido¹¹⁷.

La expresión “injusticia manifiesta” abarcaría la situación excepcional en la que una de las partes se ve imposibilitada de obtener un proceso justo en el Estado extranjero, ya sea por corrupción u otros motivos específicos que

¹¹³ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Actas de la Vigésima Sesión, 14 al 30 de junio de 2005, vol. 3 — Élection de for/Choice of court, La Haya 2010; véase Documento de trabajo núm. 47 en p. 396 y la precedente Propuesta del Comité de Redacción en p. 391. BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, p. 24.

¹¹⁴ Ver art. 3 f de la Propuesta suiza en: Actos y documentos, nota anterior, documento de trabajo n° 7, p. 385; los debates sobre esta propuesta se recogen en: Actas n° 4, p. 444 y ss. y Acta n° 13, p. 460 y ss. ver asimismo BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, p. 24.

¹¹⁵ Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, texto adoptado durante la Vigésima Sesión. Informe Explicativo de Trevor Hartley & Masato Dogauchi (en adelante, Informe Hartley & Dogauchi).

¹¹⁶ Informe Hartley & Dogauchi, ap. 147.

¹¹⁷ El propio informe reconoce que hay ordenamientos jurídicos donde la “injusticia manifiesta” se considera comprendida en el orden público y, por tanto, podría parecer superflua. En cambio, para otros el concepto de orden público se refiere al interés general, de la sociedad en su conjunto, más que a los intereses de un particular (ap. 151).

le impidieran iniciar o defenderse en un proceso ante el tribunal elegido¹¹⁸. También podría referirse a circunstancias particulares que rodean la celebración del acuerdo, como el fraude. Se presume que el estándar requerido es elevado: la disposición no permite que un tribunal desestime un acuerdo de elección de foro simplemente porque no sería vinculante según su Derecho interno.

Por su parte, la expresión “manifiestamente contrario al orden público del Estado del tribunal al que se ha acudido” abarcaría las situaciones en las que el tribunal elegido no aplicaría alguna norma o principio fundamental del Estado del tribunal ante el que se ha presentado. Ahora bien, dicha excepción debe interpretarse restrictivamente en el sentido de que no sería suficiente para conocer del asunto (i.e. no inhibirse) que el tribunal elegido no aplicase una norma imperativa del foro. Como aclaran los autores del informe, el “orden público” incluye solo el orden público internacional del Estado en cuestión. ¿Están las normas de policía incluidas en esa noción de orden público internacional?

Para explicar el alcance de las excepciones del art. 6 CH 2005, los autores del informe se apoyan en el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958 (en adelante, CNY) y, concretamente, en su art. II (3), precepto que regula los efectos negativos del convenio arbitral (a favor de un arbitraje en el extranjero) sobre la competencia del juez nacional. En efecto, el art. II (3) CNY ordena al juez derogado por la cláusula arbitral, a remitir el asunto al arbitraje acordado “a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”. Por tanto, el juez nacional es competente para decidir sobre la validez y aplicabilidad de la cláusula arbitral. Este modelo permite, como afirma Virgós, “un control judicial *ex ante* de las cláusulas de arbitraje”¹¹⁹.

En cuanto a la interpretación de los supuestos que justifican las excepciones, los apartados a) y b) del art. 6 CH 2005 se corresponderían con la disposición “nulidad” del artículo II (3) CNY, mientras que los apartados d) y e) abarcarían los mismos supuestos que los términos “ineficaz o inaplicable” en la misma disposición del CNY. Aunque respecto de las situaciones previstas en la letra c), reconocen los redactores del informe que a primera vista “pueden parecer más complejas que las del CNY, al examinarlas más de cerca se observa que en la práctica son semejantes a las del CNY, y no tienen un alcance mayor”¹²⁰. Esa era también la intención claramente expresada de la Sesión Diplomática. La complejidad aparente de las disposiciones se deriva del hecho de que la Sesión Diplomática deseaba una claridad

¹¹⁸ *Idem*, ap. 152.

¹¹⁹ VIRGÓS SORIANO, Miguel, “Arbitraje comercial internacional y convenio de Nueva York de 1958”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, 2006, pp. 22-33.

¹²⁰ Informe Hartley & Dogauchi, ap. 147.

y una precisión mayores que las observadas en las disposiciones bastante esquemáticas del artículo II (3) del CNY. Sin embargo, la jurisprudencia derivada del CNY podría aportar indicaciones útiles para la interpretación del Convenio.

3.2. *Insuficiencia del control ex post de la cláusula para garantizar la eficacia de las sanciones y vulneración del derecho a un juicio justo*

Uno de los argumentos que utilizan los que defienden la admisión de los acuerdos de elección de foro a favor de terceros Estados, aunque ello conlleve una violación de normas de policía del foro, es que los tribunales derogados podrán hacer un control *ex post* y denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia extranjera por ser contraria al orden público del Estado requerido, lo que permitirá salvaguardar los intereses públicos del foro. Como se ha visto, no solo parte de la doctrina mantiene esta postura, sino también la jurisprudencia de alguno de los Estados que hemos examinado. No es posible llevar a cabo un estudio de Derecho comparado ni de Derecho europeo de esta excepción o correctivo, de su contenido y alcance, y de su aplicación al tema que nos ocupa. No pretendo, por tanto, desarrollar el tema del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras (ni laudos) que no aplican las sanciones económicas europeas. Eso excedería el objeto de este trabajo. Mi intención es mucho más modesta, pues pretendo simplemente reflejar los inconvenientes de dicho correctivo en sede de reconocimiento para lograr la aplicación y eficacia de las sanciones europeas en caso de haberlas desactivado mediante la deslocalización del litigio, y utilizarlo como argumento para defender la necesidad de un control *ex ante* de la cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de un Estado tercero, i.e., ¿es ese control *ex post* suficiente para garantizar la salvaguarda de los intereses del foro manifestados a través de sus leyes de policía? Como ya se ha dicho, si conoce del asunto afectado por las sanciones europeas a Rusia, un tribunal de un Estado tercero no sancionador o incluso un tribunal ruso, difícilmente va a aplicar las sanciones europeas, aunque su Derecho internacional privado prevea la aplicación de normas internacionalmente imperativas de terceros Estados. En mi opinión, la insuficiencia del control *ex post* se fundamenta, no tanto en las dificultades de la denegación del reconocimiento de la sentencia extranjera, sino en la vulneración del derecho fundamental a un juicio justo y, por tanto, de acceso a la justicia.

Además, como ponen de manifiesto Bureau y Muir Watt, la utilización de un control *ex post* para salvaguardar las leyes de policía del foro, solo garantizaría parcialmente esa salvaguarda, pues es posible que el juez derogado, cuyas leyes de policía no han sido aplicadas, no tenga ocasión de reconocer o de ejecutar la sentencia extranjera, pues habrá supuestos en los que la misma

no tenga que surtir efectos en ningún Estado miembro, por ejemplo, porque el demandado no tenga bienes en la UE¹²¹.

En los supuestos en los que sí se pretenda o pudiera pretenderse el reconocimiento y la ejecución de la resolución extranjera en un Estado miembro, el fundamento principal de este control *ex post* descansa en la clásica distinción entre *forum* y *ius*, es decir, en la distinción entre las normas de competencia judicial internacional y las de ley aplicable en el sentido de que el establecimiento de la competencia no puede depender de un control previo de la ley aplicada, y de ahí la validez de la cláusula de elección foro, aunque viole normas imperativas del foro. Parte de la doctrina¹²² ha sugerido que dicho principio se deriva también de la jurisprudencia del TJUE, fundamentalmente de los asuntos *Benincasa*¹²³ y *Transporte Castelleti*¹²⁴.

En el asunto *Benincasa*, por ejemplo, el TJUE distingue entre la cláusula atributiva de competencia y las estipulaciones materiales del contrato en el que se incluye dicha cláusula, y afirma que “la cláusula atributiva de competencia, que responde a una finalidad procesal, esta se rige por lo dispuesto en el Convenio [CB], cuyo objetivo es establecer reglas uniformes de competencia judicial internacional. En cambio, las estipulaciones materiales del contrato principal en el que se incluye la cláusula, así como cualquier controversia sobre la validez de este, se rigen por la *lex causae*, que se determina según el Derecho internacional privado del Estado del foro.”¹²⁵ En aras a la seguridad jurídica es preciso que el “Juez nacional ante el que se ejercite la acción pueda pronunciarse con facilidad sobre su propia competencia aplicando las reglas del Convenio, sin verse obligado a realizar un examen sobre el fondo del asunto”¹²⁶.

A su vez, en *Transporte Castelleti*, el TJUE insiste en que el juez debe valorar su competencia solo aplicando el Convenio y no recurriendo al fondo del asunto. En el caso de una cláusula de elección de foro “solo puede examinarse a la luz de consideraciones que guarden relación con las exigencias que establece el artículo 17 [CB]”¹²⁷. Y respecto a la validez de una cláusula de elección de foro, el TJUE añade que “no cabe atribuir repercusión alguna a las disposiciones materiales aplicables ante el Tribunal elegido.”¹²⁸ Ahora bien, en dicho asunto las disposiciones materiales se referían a la responsabilidad del

¹²¹ RADICATI DI BROZOLO, Luca G., *op. cit.*, nota 15, pp. 1-29, p.13; SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 162.

¹²² *Idem*.

¹²³ Sentencia de 3 de julio de 1997, *Benincasa*, C- 269/95, ECLI:EU:C:1997:337 (en adelante, sentencia *Benincasa*).

¹²⁴ Sentencia de 16 de marzo de 1999, *Trasporti Castelletti*, C-159/97, ECLI:EU:C:1999:142 (en adelante, sentencia *Transporte Castelletti*).

¹²⁵ Sentencia *Benincasa*, ap. 25

¹²⁶ *Idem*, ap. 27

¹²⁷ Sentencia *Transporte Castelletti*, ap. 49. En este caso las normas materiales se referían a la responsabilidad del transportista.

¹²⁸ Sentencia *Transporte Castelletti*, ap. 49. Sentencia de 21 de mayo de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide*, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335, ap. 62.

transportista por lo que podría pensarse que solo ese tipo de norma material es la que no puede afectar a la validez de la cláusula¹²⁹. Además, en ambos asuntos se trataba de cláusulas a favor de tribunales de Estados miembros y no estaba en juego la aplicación de leyes de policía, ni del foro ni europeas¹³⁰. Ambos aspectos son, a mi modo de ver, cruciales pues, como se verá en el siguiente apartado, el tratamiento de las cláusulas de elección de foro a favor de un Estado miembro, no tiene por qué ser el mismo que el de la cláusula que prorrogue la competencia de un Estado tercero. Además, no basta con que se deje de aplicar una norma internamente imperativa; tiene que tratarse de una norma de policía.

Partiendo de esta separación entre competencia y ley aplicable, el control y salvaguarda de las normas de policía “derogadas” por la cláusula de elección de foro, se traslada al momento del reconocimiento. Al tratarse de sentencias dictadas por Estados terceros, las normas aplicables a ese reconocimiento y ejecución son las normas nacionales y no las contempladas en el RBiBis. Las condiciones del no reconocimiento no serán las del art. 45 RBiBis, sino las que prevea cada Estado miembro para el reconocimiento de sentencias extranjeras.

Uno de los principios rectores del sector del reconocimiento es el de la prohibición de la revisión del fondo de la sentencia¹³¹. Ahora bien, ello no impide que las legislaciones nacionales y los instrumentos internacionales prevean causas de denegación que incidan o afecten a aspectos sustanciales¹³². Una de estas causas de denegación del reconocimiento es la contrariedad de ese reconocimiento con el orden público del Estado requerido¹³³, i.e., que el reconocer una sentencia extranjera vaya en contra o viole el orden público del Estado requerido (Estado cuyos tribunales han sido derogados por la cláusula de sumisión)¹³⁴.

El orden público en sede reconocimiento se configura generalmente, en el ámbito patrimonial, como un control de adecuación de toda la decisión ex-

¹²⁹ BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, p. 17.

¹³⁰ SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 163.

¹³¹ Art 48 LCJI según el cual “*En ningún caso la resolución extranjera podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo. En particular, no podrá denegarse el reconocimiento por el hecho de que el órgano judicial extranjero haya aplicado un ordenamiento distinto al que habría correspondido según las reglas del Derecho Internacional privado español.*”

¹³² FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SANCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, 12ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cidur Menor, p. 271.

¹³³ Art. 46.1 a) LCJI según el cual: “*Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: a) cuando fueren contrarias al orden público*”; el art. 45.1 RBiBis “*a petición de cualquier parte interesada se denegará el reconocimiento de la resolución: a) si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido.*”

¹³⁴ La jurisprudencia francesa prevé también como condición del no reconocimiento el fraude de ley. Ver sobre esta condición, BUREAU, Dominique y MUIR WATT, Horatia, “*L'imperativité désactivée?*”, *op. cit.*, nota 15, pp. 19-21.

trajera¹³⁵ y no en un control de la ley aplicada por el juez¹³⁶. Por tanto, lo que se controla no es si el juez extranjero aplicó o no la ley de policía (sanción) o lo hizo correctamente, ni si la sentencia extranjera viola el orden público, sino si el resultado de reconocer la sentencia en un Estado miembro viola el orden público de ese Estado miembro, esto es, si el reconocimiento de la sentencia extranjera vulnera de manera manifiesta los principios jurídicos fundamentales de ese Estado miembro¹³⁷. A partir de esta interpretación restrictiva del correctivo del orden público, lo que se plantea es si el reconocimiento de una sentencia rusa, por ejemplo, en la que no se aplican las sanciones (normas de policía del Estado miembro requerido), puede considerarse contrario al orden público del Estado requerido. Es decir, ¿el orden público del Estado requerido incluye las leyes de policía, y, en particular, las sanciones económicas europeas? Para responder a esta cuestión es preciso examinar, primero, si la noción de orden público engloba las leyes de policía y segundo, en caso afirmativo, si ese orden público engloba las leyes de policía europeas.

Parte de la doctrina defiende que la noción de orden público en el sector del Derecho aplicable es más amplia que en el del reconocimiento y que en este último la noción de orden público de alguna forma se atenúa en comparación a la situación en la que el juez está llamado a aplicar directamente el Derecho extranjero¹³⁸. De esta forma, no toda ley de policía estaría comprendida en la excepción de orden público como correctivo al reconocimiento, sino solo aquellas que supusieran la violación de un principio realmente fundamental o superior del Estado requerido¹³⁹. Por tanto, el no aplicar una ley de policía por parte del juez extranjero no implicaría necesariamente el no reconocimiento de la sentencia. Solo si consideramos que realmente las sanciones económicas son normas cuya violación supone la violación de un principio fundamental del Estado requerido podrán conformar la excepción de orden público. Y es ahí donde no hay un consenso ni doctrinal ni jurisprudencial¹⁴⁰.

¹³⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SANCHEZ LORENZO, Sixto, *op. cit.*, nota 131, p. 258.

¹³⁶ El control de la ley aplicada no es una condición prevista ni en el RBIBis ni en el régimen común español. Es un control ya obsoleto en derecho español. Ver sobre el desarrollo de este control de la ley aplicada en la jurisprudencia francesa, BUREAU, Dominique y MUIR WATT, Horatia, "L'imperativité désactivée?", *op. cit.*, nota 15, pp. 19-21.

¹³⁷ SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 163. Esta noción de orden público es la que defiende el TJUE respecto de la excepción contemplada en el art. 45.1.a) del RBIBis. Ver Sentencia de 11 de mayo de 2000, *Renault*, C-38/1998, ECLI:EU:C:2000:225; También la que debería seguir el art. 46.1 a) LCJI pues se inspiró en el art. 45 RBIBis. En este sentido, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, 2 ed., Tirant lo Blanch, p. 942

¹³⁸ RADICATI DI BROZOLO, Luca G., *op. cit.*, nota 15, p. 16.

¹³⁹ *Idem.*

¹⁴⁰ SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 163. En nuestra doctrina, por ejemplo, se entiende que el art. 46 LCJI se refiere al orden público internacional español. Según CALVO CARAVACA, "No se trata ni de normas internamente imperativas españolas ni tampoco de las normas internacionalmente imperativas españolas. Se trata del "orden público internacional" entendido como el conjunto de principios jurídicos fundamentales de ordenamiento jurídico español.", CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, *op. cit.*, nota 136 p. 942. Es

Ahora bien, el TJUE en el asunto *Diageo Brand*, “*el reconocimiento de la resolución dictada en otro Estado miembro choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental. Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución dictada en otro Estado miembro, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento jurídico*”¹⁴¹ refiriéndose a la excepción de orden público del RBI afirmó que solo cabe aplicarla cuando “*el reconocimiento de la resolución dictada en otro Estado miembro choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental. Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución dictada en otro Estado miembro, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento jurídico*”. Por tanto, considera que menoscaba un principio fundamental de un Estado miembro, la violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial para ese Estado. En el asunto *Eco Swiss*, “*constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior. La importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente en el apartado segundo del artículo 81 CE, que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de pleno Derecho*”¹⁴² consideró que el art. 81 del Tratado CE (101 TJUE) “*constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior. La importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente en el apartado segundo del artículo 81 CE, que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de pleno Derecho*”. Y al ser considerada una disposición fundamental de Derecho europeo, puede considerarse que integra el orden público. Por tanto, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición del art. 81 CE. Del mismo modo, el art. 81CE integra también el orden público que permite al juez nacional denegar el reconocimiento de un laudo arbitral en aplicación del del art. V(2) del CNY. Esta sentencia del TJUE

un concepto jurídico indeterminado que el TC define como “*Conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de Sociedad en un pueblo y época determinado*” (STC 54/1989 de 23 de febrero de 1989). Muchos de estos principios se encuentran en la Constitución Española y en convenios internacionales.

¹⁴¹ Sentencia de 16 de julio de 2015, *Diageo Brand*, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471, ap. 18.

¹⁴² Sentencia de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd*, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, ap. 36.

podría llevarnos a afirmar que el mismo razonamiento puede extenderse a las sanciones económicas europeas y considerarlas como parte integrante del orden público, no solo de la excepción del CNY, sino también de las normas nacionales de reconocimiento y ejecución¹⁴³.

Finalmente, y a pesar de que el control *ex post* de la cláusula mediante la denegación del reconocimiento probablemente recibiría una respuesta común y europea por parte de los Estados, considero que esa respuesta no es suficiente y que viola, como afirma Weller, el derecho fundamental de acceso a la justicia, pues obliga a las partes a acudir a un tribunal para probar que la sentencia que dicten viola efectivamente el orden público del Estado derogado, en cuyo caso su reconocimiento será denegado¹⁴⁴.

En materia de sanciones económicas, esa imposibilidad de acceso a la justicia podría justificar, según Sánchez Lorenzo, la autorización del llamado *forum necessitatis*, fundamentado en los principios generales del Derecho internacional de los derechos humanos¹⁴⁵. En particular, y como ha afirmado el TEDH en su sentencia en el asunto el *Guadagnino contra Italia y Francia*¹⁴⁶, el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), que establece el derecho a un juicio justo, engloba el derecho de acceso a la justicia que impide que la aplicación de las normas de competencia judicial internacional pueda conducir a la falta de tutela judicial efectiva o a una denegación de justicia¹⁴⁷.

4. SOLUCIÓN DE *LEGE LATA* Y DE *LEGE FERENDA* DE UN CONTROL EX ANTE DEL ACUERDO DE ELECCIÓN FORO

Por todo lo expuesto hasta el momento, y a pesar de las dificultades señaladas en los epígrafes precedentes, defendemos el control *ex ante* de la cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de un Estado tercero que

¹⁴³ En el mismo sentido respecto de las sanciones y el orden público del Convenio de NY se pronuncia SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 194. Dicho autor contrapone esta visión del contenido de la excepción de orden público en el Convenio de NY con la de los jueces americanos quienes interpretan de forma restrictiva la noción de orden público en el CNY y no deniegan el reconocimiento, aunque el laudo contravenga sanciones económicas americanas.

¹⁴⁴ WELLER, Matthias, *op. cit.*, nota 40, p. 103.

¹⁴⁵ SANCHEZ LORENZO, Sixto, *op. cit.*, nota 20, pp. 453-476.

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 18 de enero de 2011 en el caso Guadagnino contra Italia y Francia.

¹⁴⁷ Art. 6.1. CEDH: “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.*”

busque eludir la aplicación de las sanciones económicas. Ante la inexistencia en el RBIBis de una norma similar al art. 6 CH 2005 y a la espera de un pronunciamiento por parte del TJUE, es necesario integrar la laguna existente mediante una interpretación coherente y uniforme que permita evitar la elusión de las sanciones y conseguir de esta forma su eficacia. Además de *lege ferenda* sería importante aprovechar la inminente reforma del RBIBis para dar una respuesta normativa a la misma.

En aras a esa interpretación uniforme, entiendo necesario que el control de la cláusula de elección de foro a favor de un tercer Estado que deroga las sanciones económicas se haga bajo el paraguas del RBIBis. Somos conscientes de los argumentos en contra¹⁴⁸, pero también de la tendencia actual, reforzada en el asunto *Inkreal*, a la búsqueda de una respuesta europea a las situaciones vinculadas a terceros Estados¹⁴⁹. En efecto, en dicho asunto el TJUE afirma que la voluntad de las partes es elemento suficiente para determinar la “internacionalidad” de la situación¹⁵⁰. Es decir, en una situación interna (cuyos elementos se vinculan exclusivamente a un Estado miembro) en la que las partes se someten a los tribunales de otro Estado miembro, el acuerdo de las partes es elemento suficiente para cumplir con el requisito de “internacionalidad” de la situación. Por tanto, el ámbito de aplicación del art. 25 RBIBis engloba también estas situaciones internas en las que las partes se someten a los tribunales de otro Estado miembro con el que no presentan vínculo alguno. Se potencia de esta forma la autonomía de la voluntad, reforzando la eficacia de los acuerdos exclusivos de elección de foro¹⁵¹. Aunque esta afirmación parece ir en contra de los que aquí proponemos, ese refuerzo se justifica solo entre Estados miembros, pues el amplio ámbito de aplicación del art. 25 RBIBis refleja, según el TJUE, la confianza recíproca en la administración de justicia dentro de la Unión, y contribuye a mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, entre otros medios, facilitando el acceso a la justicia¹⁵². Para algunos, esta decisión supone un paso más en el desarro-

¹⁴⁸ Ver los argumentos en contra *supra*.

¹⁴⁹ Sobre la sentencia *Inkreal* ver: HERRANZ BALLESTEROS, Mónica, “Impacto de la elección de tribunal en la internacionalidad de las situaciones (STJUE de 24 de febrero de 2024, c-566/22)”, REEI, 1, 2024 (en prensa, cortesía de la autora); en el Blog de *EAPIL Online Symposium on Inkreal*: GIMÉNEZ, Sergi, “Inkreal: Freedom of Choice Courts of EU Member States”, (publicado el 26 de febrero de 2024) <https://eapil.org/2024/02/26/inkreal-freedom-of-choice-of-courts-of-eu-member-states/>; CUNIBERTI, Gilles, “Inkreal: By Passing National Rules Governing Jurisdiction Clauses”, (publicado el 26 de febrero de 2024, <https://eapil.org/2024/02/26/inkreal-bypassing-national-rules-governing-jurisdiction-clauses/>)

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., “Inkreal: A View From Madrid”, (publicado el 27 de febrero de 2024) <https://eapil.org/2024/02/27/inkreal-a-view-from-madrid/>; MUIR WATT, Horatia y BUREAU, Dominique, “Inkreal: Jurisdictional Barrier-crossing in Domestic Cases: Threefold Critique”, *EAPIL Blog* (publicado el 1 de marzo de 2024). <https://eapil.org/2024/03/01/inkreal-jurisdictional-barrier-crossing-in-domestic-cases-a-threefold-critique/>

¹⁵⁰ En contra de lo que había propuesto el Abogado General en sus conclusiones. Conclusiones del Abogado General Jean Richard de la Tour presentadas el 12 de octubre de 2023, ECLI:EU:C:2023:768.

¹⁵¹ Sentencia *Inkreal*, ap. 26.

¹⁵² *Idem*, ap. 35

llo de un espacio judicial europeo basado en el principio de reconocimiento mutuo, en el que las relaciones intracomunitarias serían tratadas como si fueran internas y de forma distinta a las extracomunitarias, como sucede con el tratamiento de la litispendencia, distinto según los procedimientos paralelos se den entre tribunales de Estados miembros o entre un Estado miembro y un Estado tercero¹⁵³. Y para mí, esa podría ser la clave para dar respuesta e integrar la laguna que venimos señalando.

El régimen aplicable a la validez de una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de un Estado miembro inserta en un contrato afectado por las sanciones viene determinado por el art. 25 RBIBis y, en la medida en que se cumplan sus condiciones, el tribunal ante el que se ha presentado la demanda declinará en favor del tribunal prorrogado. Como se ha visto, el tribunal del Estado miembro elegido aplicará la medida, aunque la *lex contractus* no la prevea, como ley de policía del foro pues se trata de una norma de policía europea (art. 9 (2) RRI). No cabría, por tanto, un control *ex ante* de la cláusula distinto al previsto en el art. 25 RBIBis. No cabría invalidarla por derogar normas internacionalmente imperativas del foro¹⁵⁴.

En cambio, cuando la cláusula prorroga la competencia de un juez de un Estado tercero, la eficacia de las sanciones está en peligro, como se ha visto. En este caso, sí debe ser posible el control *ex ante* de la cláusula, atendiendo a una excepción de orden público implícita en el régimen Bruselas que permita, como afirma Weller, llevar a cabo un control basado en la probabilidad de un procedimiento extranjero que vulnera el derecho de acceso a un juicio justo¹⁵⁵ (contraria al art. 6 CEDH y al art. 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales) y cuyo reconocimiento no va a ser posible por ser contrario al orden público. Otra opción sería denegar la suspensión del procedimiento y aceptar la competencia del juez europeo con base, como propone Sánchez Lorenzo, en un *forum necessitatis*, fundamentado en los principios generales del Derecho internacional de los derechos humanos¹⁵⁶.

Ahora bien, este examen de “orden público” de la cláusula obliga al juez a llevar a cabo un análisis prospectivo, no falto de complejidad, que exige el escrutinio de varios aspectos, teniendo en cuenta que el juez derogado para decidir si declina su competencia o no, no entra en el fondo del asunto, por lo que en ese punto no se trata de examinar, como en el ámbito de la ley aplicable, si esas normas internacionalmente imperativas se aplicaron o no¹⁵⁷.

¹⁵³ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., “Inkreal: A View From Madrid”, (publicado el 27 de febrero del 2024) <https://eapil.org/2024/02/27/inkreal-a-view-from-madrid/>.

¹⁵⁴ Cuestión distinta, que no podemos desarrollar en este trabajo, es si esta conclusión es extensible a normas nacionales internacionalmente imperativas. *A priori* parece que ese control deberá hacerse también en sede de reconocimiento.

¹⁵⁵ WELLER, Matthias, *op. cit.*, nota 40, p. 103.

¹⁵⁶ SANCHEZ LORENZO, Sixto, *op. cit.*, nota 20, pp. 453-476.

¹⁵⁷ BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, p. 26.

Primero, debe examinar que la norma internacionalmente imperativa que se deroga forme parte del orden público (en sentido amplio) del Estado derogado por la cláusula. Este extremo en el caso de las sanciones está claro¹⁵⁸. Segundo, como sugiere Weller, debe llevarse a cabo un análisis de las consecuencias fácticas de los efectos de la cláusula de elección de foro¹⁵⁹, i.e., que la derogación de la competencia de un Estado miembro mediante una cláusula de elección de foro, que busque eludir dicha norma internacionalmente imperativa, implique una violación del orden público del Estado derogado, por la probabilidad de que el procedimiento que se sustancie en el extranjero vulnere el derecho de acceso a un juicio justo. Y en ese análisis, habrá diferentes motivos por los que el juez llegará a la conclusión de que enviar a las partes a litigar al Estado extranjero prorrogado supone una vulneración del derecho a un juicio justo. Entre estos motivos se encuentra la no aplicación por parte del juez extranjero de las normas de policía (sanciones) del juez derogado, lo que implica su ineficacia. Ese test de eficacia o efectividad de las normas de policía europeas ha sido defendido por parte de la doctrina en materia de contratos de agencia y derecho de la competencia¹⁶⁰. El principio de efectividad obliga a los Estados miembros, y a sus autoridades, a garantizar la efectividad del Derecho de la Unión i.e., impidiendo que la aplicación de Derecho europeo sea imposible o excesivamente difícil¹⁶¹. La aplicación de este principio obligaría al juez europeo a considerar la cláusula de elección de foro (y de arbitraje) inválida por impedir la efectividad de las sanciones europeas en el sentido de hacer casi imposible su aplicación¹⁶². Ese resultado llevaría además al no reconocimiento de una potencial resolución por parte del tribunal extranjero por ser contraria al orden público del foro.

El análisis precedente muestra la necesidad de integrar la laguna existente a través de una respuesta “europea” que evite la elusión de las sanciones y garantice su eficacia. Si bien creemos que dicha interpretación es posible, en aras a mayor seguridad jurídica y previsibilidad sería deseable, de *lege ferenda*, o bien un pronunciamiento por parte del TJUE o una modificación del RBÍbis que incorpore ese control de orden público de la cláusula de elec-

¹⁵⁸ Ver *supra*.

¹⁵⁹ WELLER, Matthias, *op. cit.*, nota 40, p. 103.

¹⁶⁰ RÜHL, Gisela, *op. cit.*, nota 15, p. 899.

¹⁶¹ *Idem*.

¹⁶² En materia de Derecho de la competencia ver HEINZE, Christian, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción y la ejecución efectiva del derecho de la competencia de la UE. Algunas precisiones sobre el alcance de los acuerdos de jurisdicción tras la Sentencia del TJUE CDC”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 79-101, pp. 96 ss. En la STJUE 21 mayo 2015, *CDC Hydrogen Peroxide*, asunto C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335, el TJUE consideró válidos los acuerdos de sumisión en el marco de las acciones indemnizatorias derivadas de la infracción del Derecho de la competencia europeo siempre que estas resulten oponibles a las partes y así se derive del alcance del acuerdo, pero no se pronunció sobre cláusulas a favor de terceros Estados. Sí lo hizo en cambio el Abogado General N. Jääskinen en sus Conclusiones, quien consideró que el “Derecho de la Unión exige dejar de aplicar una cláusula de arbitraje, y también una cláusula atributiva de competencia no regulada por el artículo 23 del Reglamento Bruselas I, en aquellos casos en que su aplicación llevaría a menoscabar el efecto útil del artículo 101 TFUE, ap. 124.

ción de foro a favor de los tribunales de un Estado tercero. De cara a esa revisión, y a pesar de que el estudio que encargó la Comisión de apoyo a la elaboración del informe sobre la aplicación del RBIbis (art. 79 RBIbis)¹⁶³ no plantea propiamente la cuestión¹⁶⁴, cabrían distintas opciones que no es posible tratar en profundidad, pero que apuntamos. Partiendo de la necesidad de incluir las cláusulas de elección de foro a favor de un tribunal de un Estado no miembro en el ámbito de aplicación de RBI bis, una primera posibilidad sería introducir una norma, similar a la prevista en el art. 6 c) del CH 2005, que permitiera la no admisión de la *derogatio fori* a favor de los tribunales de un Estado tercero cuando ello suponga una vulneración del orden público. Otra, seguir la propuesta del GEDIP y exigir, para la validez de la cláusula, además de los requisitos del art. 25 RBIbis, un juicio de reconocibilidad. Esta segunda opción debería ir acompañada, como ya apuntaba el GEDIP, con normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en Estados no miembros, que permitieran la denegación del reconocimiento de una resolución dictada en un Estado tercero, en la medida en que se haya dictado contraviniendo normas internacionalmente imperativas o contrarias al orden público del Estado requerido o de la UE. Finalmente, la tercera opción consistiría en incorporar al Reglamento, tal y como se propone respecto de demandas de empresas y de derechos humanos, una disposición sobre *forum necessitatis* para abordar situaciones en las que litigar en el tercer país resultara en la imposibilidad de tener un juicio justo¹⁶⁵.

¹⁶³ “Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (EU) No. 1215/2012 on jurisdiction and the Recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters Brussels Ia Regulation”, Final report preparing by Mileu Consulting for DG Justice and Consumers under contract No JUST/2021/PR/JCOO/CIVI/0041, January 2023. Sobre las cuestiones que plantea el estudio respecto de las cláusulas de elección de ver: HERRANZ BALLESTEROS, Mónica, “Cuestiones a debate en torno a las cláusulas de jurisdicción. Retos y desafíos para una propuesta de reforma limitada del Artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, vol. 15, N° 2, pp. 602-628.

¹⁶⁴ Tampoco la plantea como tal el estudio sobre la reforma del RBIbis realizado por los profesores Burkhard Hess, David Althoff, Tess Bens y Niels Elsner, en el que se dedica un apartado a las relaciones con terceros Estados, donde aconsejan al legislador europeo adoptar un régimen completo en materia de litigios transfronterizos en los que intervengan Estados terceros y en el que se debate sobre distintos puntos. De entre ellos, y para el tema que nos ocupa, nos interesa el dedicado a la posibilidad de introducir en el Reglamento una *forum necessitatis*. HESS, Burkhard y otros, ‘The Reform of the Brussels Ibis Regulation — Academic Position Paper’, Vienna Research Paper 2024, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4853421.

¹⁶⁵ Ver sobre esta posibilidad el estudio de apoyo al informe de la Comisión sobre la reforma del RBIbis, antes citado y el estudio de los profesores Burkhard Hess, David Althoff, Tess Bens y Niels Elsner.