

Cita: VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina (2016): "[Cláusulas de elección de foro y protección de su efectividad en el Convenio de La Haya de 2005](#)", Revista Perspectiva Jurídica, Universidad Panamericana, Núm. 6. Licencia de acceso Creative Commons. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0> Disponible en: <https://goo.gl/uw0biR>. My e-Space (UNED).

Cláusulas de elección de foro y protección de su efectividad en el Convenio de La Haya de 2005 – Choice-of-court agreements and protection of its effectiveness in the Hague Convention 2005

Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA¹

Resumen. El Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro pertenece a los llamados “convenios dobles” que regulan la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. El logro de este Convenio no es irrelevante para el tráfico comercial internacional. Mediante el acuerdo de elección de foro se consigue reducir el riesgo económico de una litigación hipotéticamente localizable en más una jurisdicción. Para que la elección del tribunal sea exclusiva y eficaz deben garantizarse y controlarse varios aspectos de la cláusula. Este trabajo se ocupa de delimitar el régimen de protección de la efectividad del acuerdo de elección de foro diseñado por el Convenio de La Haya de 2005.

Palabras clave: Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Unión Europea, competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, acuerdos de elección de foro.

Abstract. The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements (also known as *forum selection*) is part of the so-called “double agreements” on jurisdiction and on recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters. The achievement of this Convention is not irrelevant between parties to international commercial transactions. The Choice-of-court agreement reduces the risk of international litigation. In order to enhance the effectiveness of exclusive choice of-court-agreement the protection regime of the Convention must be clarified. This paper focuses on this central point.

Keywords: Hague Conference on Private International law, European Union, jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments, Choice-of-court agreement.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ELEMENTOS BÁSICOS DEL CONVENIO: NATURALEZA, OBJETIVO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. III. CONDICIONES DE VALIDEZ FORMAL DE LA CLÁUSULA DE ELECCIÓN DE FORO. IV. PROTECCIÓN DE LA EFECTIVIDAD DEL ACUERDO DE ELECCIÓN DE FORO. 4.1 Efectos

¹ Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Este trabajo tiene su origen en la conferencia impartida en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, el 17 de agosto de 2015 en el marco del convenio académico suscrito entre la UNED y la UP. Agradezco al Dr. Diego Robles y al Dr. Edmundo Romero sus valiosos comentarios en el coloquio que siguió a la conferencia y sus acertadas observaciones a este texto.

prorrogatorio y derogatorio de la cláusula (arts. 5 y 6). 4.2 Control de validez material del acuerdo de elección en el reconocimiento y la ejecución (arts. 8 y 9). V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de resolución de litigios entre partes que operan en el comercio internacional (y las inversiones) es un aspecto de indudable importancia en la estrategia procesal internacional de empresas y particulares. Ciertamente es que el arbitraje comercial internacional parece haberse impuesto como el método preferido para la resolución de conflictos comerciales de ámbito transfronterizo. Sin embargo, la seguridad y previsibilidad jurídicas -como un objetivo deseable en todo negocio internacional- puede alcanzarse con idéntica eficacia -y acaso menor coste²- mediante la cooperación jurídica internacional.

Las normas de Derecho internacional privado traducen este objetivo (necesidad de normas seguras y previsibles) mediante la unificación de los criterios de atribución de competencia jurisdiccional (incluyendo los acuerdos de elección de foro) y la regulación del régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones adoptadas por los tribunales competentes en virtud de dichas reglas uniformes. En este contexto, se podría afirmar que las cláusulas de elección de foro adquieren en el contrato internacional una relevancia de primer orden, siendo el régimen jurídico de su protección (en evitación de futuras impugnaciones) un reto normativo que ha preocupado extensamente a la doctrina internacional privatista³.

² Sobre la carga financiera del arbitraje comercial y de inversiones en América Latina, véanse las opiniones y sugerencias de L. PÉREZNIETO CASTRO / J.A. GRAHAM (2011): “El arbitraje comercial internacional latinoamericano, en busca de una doctrina propia”, *Revista de arbitraje comercial e inversiones*, Vol. IV, 2011(2), pp. 455-474. Los autores ponen de manifiesto que aunque el procedimiento arbitral en sí no sea tan caro (unos 200.000 dólares en un procedimiento CIADI, correspondiendo a honorarios de abogados un 80% de la factura) son los procedimientos de averiguación de indicios materiales y datos de preparación del pleito -propios del *Discovery* (documentos, peritajes y testimoniales)- los que incrementan el coste de los arbitrajes. Sugieren que adaptar el “modelo alemán” para los arbitrajes latinoamericanos podría reducir los costes procesales preparatorios (p. 473).

³ Entre otros, A. RODRÍGUEZ BENOT (2016): “Artículo 25. Prórroga de la competencia”, en *Comentarios al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, PÉREZ-LLORCA (Coord. P. Blanco-Morales/F.F. Garau Sobrino/M.L. Lorenzo/F.J. Montero), Aranzadi, pp.545-578; esp. pp.575 ss; P. DE MIGUEL ASENSIO (2013): “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Diario La Ley*, núm. 8013, de 31 enero 2013; T. RATKOVIC/D ZGRABLJICROTAR (2013): “Choice-of-Court Agreements under the Brussels Regulation (Recast)”, *Journal of Private International Law*, vol. 9(2), pp263 ss.

A este objetivo de protección de la efectividad de las cláusulas de elección de foro responde en parte la reforma de 2012 del Reglamento Bruselas I refundido⁴, motivada, como así ha sido declarado, por la necesidad de incorporar a su texto las soluciones del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro⁵, aplicable desde el 1 de octubre de 2015.

Este trabajo tiene por finalidad dar cuenta del régimen jurídico de las cláusulas de elección de foro y la protección de su efectividad en el Convenio de la Haya de 2005. Trazaremos en primer término los elementos básicos que caracterizan el Convenio centrándonos en su naturaleza, objetivo y ámbito de aplicación material y temporal. A continuación examinaremos los requisitos formales para que el acuerdo de elección de foro sea dotado del efecto de exclusividad. Finalmente, abordaremos el expediente técnico que protege su efectividad; por una parte, mediante el efecto prorrogatorio y derogatorio de la cláusula (ámbito procesal internacional); y, por otra parte, mediante la sujeción del control de validez material del acuerdo a las normas de Derecho internacional privado (DIPr) del Estado cuyos tribunales *hayan sido* elegidos (ámbito de la ley aplicable).

II. Elementos básicos del Convenio: naturaleza, objetivo y ámbito de aplicación.

El Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro (en lo sucesivo, Convenio de La Haya de 2005 o Convenio de elección de foro) pertenece a los llamados “convenios dobles”. Como es sabido, estos convenios regulan la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Su perspectiva es prospectiva y se entiende de este modo⁶: si en el tráfico comercial internacional se abre a la partes la posibilidad de acudir a diferentes tribunales nacionales, ¿quién va a elegir el tribunal? ¿Cabe ponerse de acuerdo *ex ante*, es decir, cuando se desconoce quién incumplirá? ¿Qué efectos tendrá ese acuerdo de elección de tribunal? ¿Es posible su protección? ¿De qué manera?

⁴ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=ES>

⁵ Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/4ddb0a2b-327d-47c3-89f1-bc15679ffc99.pdf>

⁶ Compartimos el análisis económico de la perspectiva *ex ante* o preventiva del conflicto de jurisdicciones y su justificación que realizan F.J. GARCIMARTÍN / M. VIRGÓS (2007): *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Thompson-Civitas, 2ª edición, Madrid, pp. 45-46.

El diseño del Convenio de La Haya de 2005 como un convenio de naturaleza doble ofrece las respuestas jurídicas y técnicas a estas interrogantes. Ahora bien, el Convenio no cubre todas las áreas de materias aunque sí proporciona mecanismos jurídicos y procesales de control del acuerdo de elección de foro. Estos mecanismos se construyen sobre el pacto de elección de tribunal (requisitos de validez) y sus efectos procesales (exclusividad del foro elegido y derogación de la jurisdicción de otros tribunales) y su control se proyecta tanto en el momento de la demanda (por el juez elegido/juez de origen) como, eventualmente, en el momento de reconocimiento y ejecución de la sentencia (por el juez de destino o juez del exequátur).

En cuanto al *ámbito de materias* cubiertas por el Convenio de La Haya de 2005, en su propósito inicial el Convenio debería incluir un ámbito de materias muy amplio⁷. Sin embargo, las dificultades de alcanzar un acuerdo sobre el régimen jurídico de concretas materias reorientaron los trabajos de la Conferencia hacia un texto limitado que se centraba únicamente en los acuerdos de elección del tribunal⁸. A pesar de la limitación de su ámbito material de aplicación, el logro del Convenio de elección de foro no es irrelevante para el tráfico comercial internacional. Como ha señalado R. ARENAS⁹, mediante las cláusulas de elección de foro se consigue reducir a uno solo -o a un grupo limitado- los potenciales tribunales competentes, anticipándose así el riesgo económico de una litigación hipotéticamente localizable en más una jurisdicción. Con el acuerdo cada una de las partes conocerá de antemano qué riesgos y costes asumirá en caso de litigio ante el tribunal (o tribunales) seleccionado(s). Sentada la naturaleza doble del convenio pasemos a su objetivo.

Proteger la efectividad de las cláusulas de elección de tribunal frente a tácticas procesales abusivas de las partes y garantizar la asunción de la competencia por el tribunal asignado en el acuerdo es el objetivo prioritario del Convenio de La Haya (seguridad jurídica). Junto a ello, el texto convencional establece una regulación del reconocimiento y ejecución de decisiones mediante condiciones y remitiendo las cuestiones de procedimiento al Derecho del Estado requerido. Conviene retener que esta

⁷ En la propuesta encargada a Arthur T. VON MEHREN se señalaba como dato positivo que un texto “transatlántico” de amplio espectro material podría contribuir a superar las reticencias de ciudadanos y empresas situadas en Estados Unidos ante el régimen europeo nacido con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. *Cfr.* R. ARENAS (2015): “La aprobación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro”, *Diario La Ley*, núm. 22.

⁸ T. HARTLEY & M. DOGAUCHI (2005): “Informe Explicativo” del Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. Texto adoptado durante la Vigésima Sesión.

⁹ R. ARENAS (2015): “La aprobación por la UE del Convenio de La Haya...”, *op.cit.* § 4.

regulación en sede de reconocimiento y ejecución también pretende facilitar la eficacia del acuerdo de elección. Este objetivo diferencia el régimen del Convenio de La Haya del régimen del Reglamento Bruselas I refundido¹⁰.

En efecto, mientras en el régimen de Bruselas I refundido la unificación de las reglas de competencia judicial internacional sirve para facilitar el reconocimiento y ejecución de la decisión judicial, en el régimen del Convenio de La Haya la protección de la cláusula de elección de foro es objetivo y corolario de *su* sistema. Esto se comprende mejor si atendemos al hecho de que el régimen de Bruselas responde al objetivo “europeo” de eliminación del exequátur tomando como base el principio de reconocimiento mutuo, en tanto que el régimen del Convenio de La Haya responde a la protección de la autonomía de la voluntad en idéntica línea que el Convenio de Nueva York de 1958 sobre arbitraje¹¹.

El Convenio se aplica a los acuerdos “exclusivos” de elección de foro en *materia civil y mercantil en situaciones internacionales*. En orden a aclarar su *ámbito de aplicación material* conviene realizar dos precisiones: la primera, acerca de los conceptos “internacional” y “resolución”; y, la segunda, en relación a las materias civil y mercantil excluidas.

¿Cuándo es internacional una situación y cuándo una resolución? Es *internacional* aquella situación que no sea nacional. El Convenio no define “situación internacional” pero sí indica los elementos relevantes para su identificación tanto en sede de competencia judicial internacional como en sede de reconocimiento.

En el primer escenario, una situación es nacional si las partes tienen su residencia en el mismo Estado parte contratante y todos los elementos relevantes del litigio se localizan en ese Estado. Ahora bien, la mera voluntad de las partes no convierte en internacional la situación. Es decir, el hecho de que las partes elijan como competente un tribunal de otro Estado no convierte en internacional la situación cuando todos sus elementos estén localizados en otro Estado y las partes tengan residencia en ese otro

¹⁰ P. BEAUMONT / L. WALKER (2015): “Recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters in the Brussels I Recast and some lessons from it and the recent Hague Conventions for the Hague Judgments Project”, *Journal of Private International Law*, Vol. 11(1), pp. 31-63.

¹¹ “El Convenio de La Haya quiere ser el espejo, en el ámbito judicial y salvando las distancias, del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales”, *cfr.*, F.J. GARCIMARTÍN (2014): “El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de elección de foro: autonomía privada y competencia judicial internacional”, en *Diario La Ley*, núm. 8423, de 18 de noviembre de 2014.

Estado. En el segundo escenario, una decisión objeto de reconocimiento es internacional cuando la misma haya sido dictada por el tribunal elegido de un Estado contratante.

Para el Convenio el término “resolución” significa toda decisión *en cuanto al fondo* emitida por un tribunal, cualquiera que sea su denominación, incluyendo sentencias o autos, así como la determinación de costas o gastos por el tribunal (incluyendo el secretario), siempre que la decisión se refiera al fondo y sea susceptible de ser reconocida o ejecutada (en virtud del Convenio). Las medidas provisionales y cautelares no son resoluciones a estos efectos.

En cuanto a la *materia civil y mercantil*, el Convenio contiene un amplísimo listado de exclusiones¹². Esta limitación reduce su ámbito de aplicación material que queda circunscrito básicamente a las relaciones contractuales entre profesionales o a los daños que se puedan causar en el marco de estas relaciones, incluyendo las actuaciones *iure gestionis* del Estado o de organismos públicos¹³. Estas exclusiones solo operan cuando la cuestión se plantea a título principal, pero no si lo fuera a título incidental o previo en el marco de un litigio cuyo objeto principal está incluido en el ámbito material del Convenio (art. 2.3). Por otra parte, el Convenio permite a los Estados contratantes ampliar el ámbito de las exclusiones mediante una declaración (*ad ex.*, la UE para contrato de seguro).

En relación a su *ámbito temporal*, el Convenio se aplica a los acuerdos de elección de foro celebrados después de la entrada en vigor del mismo en el Estado del tribunal elegido (art.16). Sobre este punto conviene señalar que en el momento en que se escriben estas líneas (marzo, 2016), el Convenio ha sido ratificado por México y por la Unión Europea¹⁴. Como hemos anticipado, el Convenio entró en vigor el 1 de octubre

¹² Art. 2. Entre otros, no se aplica: a los contratos de consumo ni de trabajo; a las relaciones jurídicas familiares ni al Derecho sucesorio; al Derecho concursal; al Derecho anti-trust; al transportes de pasajeros o mercancías ni a la limitación de responsabilidad por demandas en materia marítima, averías a la gruesa, remolque o salvamento marítimos; derecho de la competencia; daños nucleares; daños a las personas; daños a los bienes desvinculados de un contrato; Derechos societario; validez de los derechos de propiedad industrial. En cambio, los derechos de autor sí están incluidos en su ámbito de aplicación material. Tampoco se aplica al arbitraje ni a los procedimientos relacionados con el mismo.

¹³ No afecta ni a los privilegios ni a la inmunidad de los Estados o de las organizaciones internacionales, con respecto a ellas mismas o a sus propiedades.

¹⁴ México se adhirió el 26/9/2007. En 2009 la entonces CE firmó el Convenio en virtud de Decisión del Consejo 2009/397/CE, de 26/2/2009. En 2014, la UE acordó mediante Decisión del Consejo de 2014/887/UE de 4/12/2014 el depósito del instrumento de aprobación en el plazo de un mes a partir del 5/6/2015. La ratificación de los Tratados sigue en cada país procesos políticos diferentes. Consulta del estado de firmas, ratificaciones y vigencia en página Web de la Conferencia de La Haya.

de 2015: por lo tanto, se aplicará a las cláusulas de jurisdicción exclusivas celebradas con posterioridad a dicha fecha entre los Estados concernidos¹⁵.

III. Condiciones de validez formal de la cláusula de elección de foro

Para que el Convenio sea aplicable las partes han de haber llevado a cabo un *acuerdo exclusivo de elección de foro* a favor de los tribunales de un Estado parte. ¿Qué debemos entender por acuerdo *exclusivo* de elección de foro? El Convenio ofrece una definición como aquel que (art. 3):

- es celebrado por dos o más partes;
- cumple con los requisitos formales de celebración y está documentado o por escrito por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta;
- que designa a los tribunales de un Estado contratante o a uno o más tribunales específicos de un Estado contratante, excluyendo la competencia de cualquier otro tribunal;
- con el fin de que conozca de los litigios que hayan surgido o puedan surgir respecto a una relación jurídica concreta.

Este acuerdo se reputará exclusivo, *salvo que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario*.

De lo anterior cabe deducir que un acuerdo de elección de foro se presume exclusivo si la cláusula designa a los tribunales de un Estado parte ya sean los de su jurisdicción (ej. los tribunales españoles) ya sean los de un lugar concreto dentro de ese mismo Estado (ej. los juzgados de Madrid o de Barcelona), pero no será exclusivo si deja abierta a las partes la posibilidad de demandar en cualquier otro tribunal competente (por ejemplo, los tribunales de Madrid o de París). En este caso, se presume que la cláusula no es exclusiva y no sería aplicable el Convenio. Esta presunción de no

¹⁵ Al haber presentado la UE el instrumento de aprobación con fecha 11/6/2015, el Convenio ha entrado en vigor el 1/10/2015 para todos los Estados miembros UE (salvo Dinamarca) y para México. Estados Unidos firmó el Convenio en enero de 2009, Singapur en marzo de 2015 y Ucrania en marzo de 2016. Sobre la posición de México, véanse: N. GONZÁLEZ MARTÍN / N. LEÓN VARGAS / M. CUEVAS TALAVERA (2011): “México y la Convención de La Haya de 30 de junio de 2005, sobre acuerdos de elección de foro”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 22, p. 12; M.E. MANSILLA Y MEJÍA (2014): “Convención sobre los acuerdos de elección de foro de 2005”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado (AEDIPr)*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 721–736; M.I. ALVAREZ PEÑA (2014): “Convenio de elección de foro”, *Revista Perspectiva Jurídica- UP*, núm.2, pp. 31-37.

exclusividad queda atemperada, no obstante, por la propia voluntad de las partes. Es decir, “salvo que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario” (apartado b) del art. 3).

El Convenio abre a los Estados contratantes una posibilidad de salvar esta limitación mediante el mecanismo de *declaraciones recíprocas* contemplado en el artículo 22, situación que opera en el momento del reconocimiento o la ejecución. De acuerdo con este precepto, un Estado contratante puede declarar que sus tribunales reconocerán y ejecutarán resoluciones dictadas por los tribunales del otro Estado contratante designados; es decir, los Estados contratantes pueden declarar que hacen extensivo los mecanismos de reconocimiento y ejecución del Convenio a acuerdos no exclusivo de elección de foro (siempre que se trate de Estados contratante). Por ejemplo, si España y México hubieran hecho esta declaración recíproca (que no es el caso) y estuviéramos ante una sentencia dictada por un tribunal mexicano y en el contrato la cláusula de elección no fuera exclusiva a favor de estos, cabría el reconocimiento y ejecución de la sentencia en España mediante el mecanismo del Convenio¹⁶.

La cláusula de jurisdicción debe cumplir otros requisitos formales para que sea aplicable el Convenio. En concreto, se trata de asegurar que el consentimiento de las partes esté manifestado y documentado. En relación a la manifestación ha de ser prestada de modo que el tribunal no tenga duda de que ha sido otorgado el consentimiento. En cuanto a la documentación, el Convenio indica o “por escrito” o “por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta”. En este punto, el Convenio es más restrictivo que el Reglamento Bruselas I que admite como forma válida los acuerdos verbales (art. 25.1).

¹⁶ Art. 22: “*Declaraciones recíprocas sobre acuerdos no exclusivos de elección de foro.*- 1. Un Estado contratante podrá declarar que sus tribunales reconocerán y ejecutarán las resoluciones dictadas por los tribunales de otro Estado contratante designados en un acuerdo de elección de foro celebrado por dos o más partes que cumpla con los requisitos establecidos por el artículo 3, apartado c), y que designe, con el objeto de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir respecto a una relación jurídica concreta, a un tribunal o a los tribunales de uno o más Estados contratantes (un acuerdo no exclusivo de elección de foro). 2. Cuando el reconocimiento o la ejecución de una resolución dictada en un Estado contratante que ha hecho dicha declaración se solicite en otro Estado contratante que ha hecho la misma declaración, la resolución será reconocida y ejecutada en virtud del presente Convenio si: a) el tribunal de origen fue designado en un acuerdo no exclusivo de elección de foro; b) no existe una resolución dictada por ningún otro tribunal ante el cual el litigio pudo presentarse, conforme a un acuerdo no exclusivo de elección de foro, ni existe un litigio pendiente entre las mismas partes en algún otro tribunal sobre el mismo objeto y la misma causa; y, c) el tribunal de origen fue el primero al que se acudió”.

Pues bien, cabría preguntarse si puede darse eficacia a cláusulas celebradas bajo formas distintas de las señaladas por el Convenio, en concreto en forma verbal. En principio cabría contestar que el Convenio no lo permite. Sin embargo, como ha puesto de relieve R. ARENAS, del Informe explicativo parece desprenderse otra respuesta al referirse a que sí son válidos los acuerdos orales confirmados por escrito. En opinión de F.J. GARCIMARTÍN la misma respuesta positiva es asumible acudiendo al siguiente argumento, que compartimos: toda vez que el Convenio no impide que una cláusula celebrada bajo forma distinta a la del texto convencional pueda ser eficaz de conformidad con las normas del derecho interno del Estado concernido serían estas normas las que visarían la validez del acuerdo¹⁷.

Para el caso de España las condiciones de validez del acuerdo de elección de foro seguirían los requisitos establecidos en el Reglamento 1215/2012 (art. 25) interpretados por la amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En este sentido, el TJUE ha manifestado que el acuerdo atributivo de competencia puede también realizarse de forma verbal siempre que después se otorgue la conformidad por escrito de cualquiera de las partes y ésta haya sido recibida por la otra parte sin formular objeción. El TJUE deja clara la necesidad de probar el acuerdo verbal anterior referido de forma expresa en la cláusula de elección de foro y la confirmación por escrito del acuerdo, sin objeción alguna por las partes (asunto *Berghoefer* C-221/84, de 11 de junio)¹⁸. Esta interpretación y la lectura conjunta del Informe explicativo avalan una respuesta afirmativa al interrogante planteado.

En cuanto a la interpretación de la frase *por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta*, parece hacer referencia a la transmisión por medios electrónicos condicionada a que se proporcione un registro duradero del acuerdo (para poder acceder a su consulta posterior). Sobre este extremo conviene tener presente la inspiración en la Ley Modelo

¹⁷ F.J. GARCIMARTÍN (2014): “El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de elección de foro:...”, *op. cit.*

¹⁸ Sobre estos acuerdos, véase A. RODRÍGUEZ BENOT (1994): *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en derecho comunitario europeo*, Eurolex, Madrid. Con referencias a la misma y comentarios a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación al Convenio de Bruselas de 1968 y al Reglamento 44/2001, véase la lección de M. GUZMÁN / M. HERRANZ (2008): “La competencia judicial internacional en el Reglamento (CE) Nº 44/2001: ámbito de aplicación, foros objetivos y atribución de la competencia judicial internacional por voluntad de las partes”, *Un estudio sistemático del Espacio Judicial Europeo en materia civil y mercantil*, Consejo General del Poder Judicial y la UNED, Curso virtual 2008.

de la UNCITRAL de comercio electrónico cuyo criterio del equivalente funcional es el que ha sido seguido e incorporado tanto en el Convenio como en el Reglamento de Bruselas¹⁹.

Cuestión distinta es la referida a los usos del comercio internacional, incluidos en el régimen de Bruselas pero no en el Convenio de La Haya. Es decir, el Convenio excluye los acuerdos celebrados según los usos del comercio internacional que las partes tengan establecidos. Como ha aclarado R. ARENAS, esta limitación es consciente y su explicación se entiende a la luz del régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones adoptadas sobre la base del acuerdo de elección de foro, según veremos más adelante²⁰.

Finalmente, ¿pueden elegir las partes cualquier tribunal, incluso si no tiene conexión con el litigio? De la lectura del artículo 19 se infiere que sí. Dicho precepto indica que un Estado parte podrá hacer una declaración en el sentido de que sus tribunales podrán negarse a decidir sobre un litigio al que se aplique un acuerdo atributivo de elección de foro si, con excepción del lugar de situación del tribunal elegido, no existe vínculo alguno entre ese Estado y las partes en el litigio. De donde cabe inferir que una cláusula de elección de foro será válida aunque el litigio no tenga ninguna vinculación con el tribunal elegido (siempre que sea un tribunal de un Estado parte). Ahora bien, no a cualquier precio. Y es que, aunque las partes tengan amplia libertad para acordar acudir a una determinada jurisdicción, puede suceder que el Estado del tribunal elegido “no quiera ofrecer” sus servicios jurisdiccionales para resolver litigios que les sean completamente ajenos. De ahí la previsión del artículo 19 (F.J. GARCIMARTÍN²¹).

¿Existe coincidencia entre el sistema de La Haya y el de Bruselas en relación a la validez de la cláusula de elección de foro? No exactamente. En el régimen de Bruselas I bis las condiciones de validez de la cláusula de elección de foro (art. 25 R-1215/2012)

¹⁹ Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico (diciembre, 1996). Este criterio funcional lo siguen también la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (art. 7) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (art. 13). Acerca de esta regulación, *cfr.*, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (2001): “Protección internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico. Aspectos de Derecho internacional privado”, en *Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores* (A. Botana García, Dir.), La Ley-Ministerio de Sanidad, Madrid, 2001, pp. 637-687.

²⁰ R. ARENAS (2015): “La aprobación por la UE del Convenio de La Haya...”, *op.cit.* § 11.

²¹ F.J. GARCIMARTÍN (2014): “El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de elección de foro”, *op. cit.* §III-1.

no son aplicables cuando el acuerdo de elección lo sea a favor de un tribunal situado fuera del territorio de la UE (STJUE, As. C-387/98 *Coreck Maritime GmbH Handelsveem*, y otros). Es decir, aunque resulte aplicable el R-1215/2012 (recordemos que el foro de la autonomía de la voluntad no está sujeto al presupuesto del domicilio del demandado en un Estado miembro) el régimen de validez formal de la cláusula de sumisión no se activa si la designación se realiza a favor de un tribunal de un tercer país. En cuanto a la vinculación entre el litigio y el tribunal “europeo” elegido, el R-1215 no prejuzga su existencia como requisito de validez formal de la cláusula. Por consiguiente, en el régimen del Reglamento la competencia se prorrogará incluso si no existe conexión entre el litigio y la jurisdicción elegida²². Una previsión como la del artículo 19 del Convenio de La Haya no existe en el Reglamento 1215/2012; ahora bien, el Reglamento no da carta blanca al acuerdo atributivo de competencia, pues, en efecto, su aplicación se somete a controles *ad intra* (referidos a los límites internos del art. 25) y *ad extra* (sus relaciones con normas de competencia de los ordenamientos nacionales) y al control de a condiciones sus aspectos formales, el control de la competencia por parte del juez (por referencia a las competencias exclusivas) y la validez de la cláusula atributiva de competencia a requisitos de validez sustantiva y formal²³

IV. Protección de la efectividad del acuerdo de elección de foro

¿Cómo se protege la autonomía de la voluntad en la elección de la cláusula de jurisdicción? Normalmente, esta cuestión se estudia desde el ángulo de los efectos de la cláusula, su eficacia positiva o prorrogatoria de la jurisdicción y, la otra cara, su eficacia negativa o derogatoria. Pero, también, la autonomía de la voluntad plasmada en el acuerdo se va a proteger en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones.

²² En la doctrina internacionalprivatista, los análisis de las normas de competencia judicial internacional en el régimen Bruselas I, y en concreto, el foro de la autonomía de la voluntad (o prórroga de jurisdicción) son numerosos. Baste a los efectos de este trabajo señalar algunos de los más recientes: B. CAMPUZANO DÍAZ (2014): “Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: análisis de la reforma”, *Revista española de estudios internacionales*, núm. 28, DOI: 10.17103/reei.28.08; T. HARTLEY (2013). “Choice-of-court agreements and the new Brussels I Regulation”, *Law Quarterly Review*, nº 129(Jul), 309-317; M. HERRANZ BALLESTEROS (2014): “The Regime of Party Autonomy in the Brussels I Recast: the Solutions Adopted for Agreements on Jurisdiction”, *Journal of Private International Law*, Vol. 10(2), pp. 291-308; S. SÁNCHEZ LORENZO (2015): “El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE) 1215/2012 (“Bruselas I bis)”, *La Ley Unión Europea*, núm. 25, pp. 1-18.

²³ A. RODRÍGUEZ BENOT (2016): “Artículo 25. Prórroga de la competencia”, en *Comentarios al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, op. cit., p. 547 ss.

Veamos brevemente la articulación técnica de esta protección.

4.1 Efectos prorrogatorio y derogatorio de la cláusula (arts. 5 y 6)

Empezando por el *efecto prorrogatorio*. La eficacia de la cláusula de elección de foro (exclusividad) queda garantizada porque el tribunal designado “viene obligado a conocer del litigio”. El artículo 5.2 del Convenio es contundente al respecto. Establece la competencia del tribunal elegido que “no podrá declinar esta competencia sobre la base de que según sus normas internas los tribunales de otro Estado han de revolver el litigio”.

El alcance de esta obligación implica para el juez o tribunal elegido dos exigencias procesales a la hora de fundamentar o asumir su competencia. La primera, que no le es dable aplicar la doctrina del *forum non conveniens* para declinar su competencia atribuida por las partes. La segunda, que tampoco puede aplicar la regla de litispendencia²⁴.

Va de suyo que para que entre en juego la protección del artículo 5 a la cláusula de elección de foro es necesario que se hayan dado las condiciones de aplicación del Convenio (examinadas más arriba); es decir, exclusividad de la cláusula, cumplimiento de las formalidad escritas (o en su caso por medio equivalente); validez material del acuerdo y que el objeto del litigio entre en el ámbito material de aplicación de la cláusula. De este modo, cobra su sentido la expresión “al que se le aplique dicho acuerdo” y siempre que este no sea nulo según la ley del foro (art. 5.1)²⁵.

¿Qué significa este último control? Que el acuerdo no esté viciado de nulidad material “de acuerdo con la ley del Estado del tribunal (*lex fori*)”, hace referencia a que las cuestiones no incluidas en el ámbito del Convenio y que afecten a los acuerdos (nulidad o anulabilidad) se regirán por la ley del tribunal que conoce de la causa (*lex fori*). Por ejemplo, la cuestión de capacidad para el otorgamiento de la cláusula o del poder o los vicios del consentimiento. Es por ello que el Convenio al no contener reglas sobre estas materias, se remite a la ley del Estado designado (ley del tribunal) incluidas sus normas de conflicto dada la no exclusión en el convenio de las normas de Derecho

²⁴ F.J. GARCIMARTÍN (2014): “El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de elección de foro”, *op. cit.*

²⁵ Art. 5.1: “El tribunal o los tribunales de un Estado contratante designados en un acuerdo exclusivo de elección de foro, serán competentes para conocer de un litigio al que se aplique dicho acuerdo, salvo que el acuerdo sea nulo según la ley de ese Estado”.

internacional privado. Por consiguiente, a la ley del Estado designado corresponderá decidir, si aspectos como los vicios del consentimiento o la validez de los poderes se someten a su derecho material interno (normas internas *quae lex fori*) o a otra ley distinta (ley que rige el contrato *quae lex contractus*) o a las reglas de ley aplicable a la capacidad si esta fuere impugnada.

Un ejemplo ayudará a esclarecer este control²⁶. Imaginemos que el contrato contiene una cláusula de elección de foro exclusiva favor de los tribunales mexicanos. La ley aplicable también ha sido elegida pero sometiéndose a la ley española. Suscitado el litigio ante los tribunales mexicanos se impugna la cláusula de elección alegando vicio en el consentimiento. Se pregunta entonces, ¿a qué derecho se sujeta la respuesta? El modo de proceder es acudir a las normas de conflicto del derecho mexicano como ley del Estado cuyos tribunales han sido elegidos. Estas normas nos dirán si se aplica el derecho material mexicano o el derecho español (*lex contractus*)²⁷ para resolver sobre si se produce o no el vicio alegado.

Finalmente, el apartado 3 del artículo 5 deja fuera del efecto prorrogatorio las reglas internas sobre competencia material o funcional de los tribunales elegidos así como el reparto territorial entre los tribunales nacionales²⁸.

Centrándonos ahora en la eficacia negativa o derogatoria, el artículo 6 del Convenio la establece “frente a” el tribunal no elegido. La eficacia negativa consiste en un mandato a los tribunales de otro Estado contratante “no elegidos” de abstenerse de conocer suspendiendo el procedimiento o rechazando la demanda “cuando se le presente un litigio con una cláusula de jurisdicción exclusiva”.

Ahora bien, el Convenio admite eventuales excepciones a la eficacia derogatoria de la cláusula de jurisdicción exclusiva. Son cinco las causas que permiten desactivar la eficacia derogatoria del convenio exclusivo de elección de tribunal. A efectos sistemáticos pueden agruparse, como lo hace F.J.GARCIMARTÍN, en dos grupos. El primero, causas vinculadas a la nulidad del acuerdo o endógenas (por ejemplo, el

²⁶ Tomado de F.J. GARCIMARTÍN (2014): “El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de elección de foro”, *op. cit.*

²⁷ Véase el ejemplo en el Informe explicativo del Convenio (marginal 97).

²⁸ Art. 5.3: “Los apartados precedentes no afectarán a las normas sobre: a) la competencia material o la cuantía de la reclamación; b) el reparto interno de competencias entre los tribunales de un Estado contratante. Sin embargo, cuando el tribunal elegido tenga poder discrecional para transferir el asunto, deberá darse especial consideración a la elección de las partes”.

acuerdo carece de validez material o es anulable por vicios del consentimiento). El segundo, causas vinculadas a las consecuencias del acuerdo (por ejemplo, razones de orden público o perjuicios a los intereses de las partes o sobre terceros)²⁹. El autor destaca la inspiración de estas excepciones en el Convenio de Nueva York de 1958 y sustenta en esta recíproca influencia la posibilidad de utilizar en la interpretación del Convenio de La Haya el mismo canon hermenéutico seguido para el Convenio de Nueva York³⁰.

4.2. Control de validez material del acuerdo de elección de foro en el reconocimiento y la ejecución (arts. 8 y 9)

El segundo ámbito en el que la cláusula de elección de foro se somete a control para la mejor protección de la autonomía de la voluntad es en el momento del reconocimiento y ejecución de decisiones. En efecto, si las partes en uso de la autonomía de la voluntad han querido atribuir competencia a unos determinados tribunales de un Estado parte, su interés es ver protegido o respetado este acuerdo cuando la decisión del tribunal elegido deba reconocerse y ejecutarse en los demás Estados parte del Convenio. El artículo 8 consagra el principio de base (reconocimiento y ejecución recíprocos) y el artículo 9 las excepciones a este principio (causas de denegación del reconocimiento o ejecución).

Señala el artículo 8 que “una *resolución* dictada por un Tribunal de un Estado contratante que haya sido designado en un acuerdo exclusivo de elección de foro, *será reconocida y ejecutada* en los demás Estados contratantes...”. Las tres palabras que hemos enfatizado son relevantes en la medida en que van a permitir delimitar qué resoluciones están incluidas y la distinción entre reconocer y ejecutar.

Respecto del término *resolución*, de la lectura del artículo 12 parece deducirse que el legislador convencional ha entendido el término en un sentido amplio; es decir, que incluye no solo la decisión en cuanto al fondo dictada por el tribunal de un Estado contratante designado en un acuerdo exclusivo de elección de foro (incluidas en su caso

²⁹ Art. 6. “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: a) el acuerdo sea nulo en virtud de la ley del Estado donde se encuentra el tribunal elegido; b) una de las partes careciera de la capacidad para celebrar el acuerdo en virtud de la ley del tribunal al que se ha acudido; 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; d) por causas excepcionales fuera del control de las partes, el acuerdo no pueda ser razonablemente ejecutado; o e) el tribunal elegido haya resuelto no conocer del litigio”.

³⁰ F.J. GARCIMARTÍN, “El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de elección de foro”, *op. cit.* §III-3.

las costas y los gastos del tribunal), sino también las transacciones judiciales aprobadas por ese mismo tribunal en el curso del procedimiento y que sean ejecutorias. Las medidas cautelares quedan fuera del ámbito de aplicación del Convenio; consiguientemente, no pueden incluirse en el término resolución.

El Convenio protege el acuerdo de elección de foro tanto en el reconocimiento como en la ejecución. Esto es, tanto si se trata de dar efectos en el Estado requerido a la resolución del Estado de origen (la determinación de los derechos u obligaciones que la resolución declara); como si se trata de llevar a efecto el contenido obligacional de la resolución mediante el recurso al aparato coercitivo del Estado requerido (ejecución).

Como punto de partida, recordar que no cabe revisión en cuanto al fondo de la resolución dictada. El Convenio es explícito en esta prohibición y vincula al juez del Estado requerido a las constataciones de hecho en el que el tribunal de origen se hubiere basado, salvo que la resolución hubiere sido dictada en rebeldía (art. 8.2).

Ahora bien, para proceder al reconocimiento o bien al reconocimiento y/o ejecución de la decisión judicial del Estado de origen, el Convenio exige que la resolución produzca efectos en el Estado de origen para ser reconocida y solo será ejecutada si es ejecutoria en el Estado de origen (art. 8.3). Cabría preguntarse si el Convenio solo se refiere a sentencias firmes. En la medida en que se permite al juez del Estado requerido posponer o denegar el reconocimiento o la ejecución de la resolución si es objeto de recurso en el Estado de origen o no hubiera expirado aún el plazo para interponer un recurso, cabe inferir que el reconocimiento y la ejecución también alcanza a las sentencias sobre el fondo provisionalmente ejecutivas conforme a la ley del Estado de origen (art. 8.4). Cuestión debatida y recogida en el Informe Explicativo (marginal 173) es la referida a la posibilidad de que el tribunal del Estado requerido condicione el reconocimiento y la ejecución a una caución. El Convenio no lo prohíbe de modo expreso y en el Informe se deja abierta a la facultad del juez o del legislador del Estado requerido.

En relación a los motivos para la denegación del reconocimiento, el Convenio las regula en su artículo 9. Mientras unas causas están vinculadas a la validez de la cláusula de jurisdicción, como reflejo del artículo 6, otras se refieren a cuestiones procesales (defectos en la notificación, fraude en el procedimiento, orden público e inconciabilidad de decisiones). Veamos brevemente cada uno de estos motivos.

Empezando por la validez de la cláusula, el juez requerido podrá no reconocer o ejecutar la resolución dictada en virtud del acuerdo exclusivo de elección del foro si el mismo fuera nulo de acuerdo con la ley del Estado del tribunal elegido. Este motivo queda atemperado si el tribunal de origen decidió que el acuerdo es válido, en cuyo caso el tribunal requerido queda vinculado por esta decisión. También afecta a la validez la falta de capacidad para celebrar el acuerdo en virtud de la ley del Estado requerido. En la apreciación de este motivo de denegación el juez requerido queda vinculado “por las *constataciones de hecho* en que el tribunal de origen hubiera basado su competencia, salvo que la resolución se hubiere dictado en rebeldía”.

En relación a los motivos vinculados con los aspectos procesales o de procedimiento, figura en primer término los defectos en la notificación de la demanda al demandado (art. 9.c). La protección de las garantías procesales -y en particular del derecho de defensa del demandado- se articula mediante dos causas. La primera, protege los intereses del demandado, y así, podrá denegarse el reconocimiento si el demandado no fue notificado con tiempo suficiente y de forma tal que se permitiera su defensa. Se trata de un mero elemento fáctico que deberá ser apreciado por el juez y cabría su subsanación si el demandado compareció ante el tribunal de origen para defenderse y no impugno la notificación, “siempre que la ley del Estado de origen permita que las notificaciones sean impugnadas”.

La segunda protege el ordenamiento jurídico del Estado requerido como Estado donde se llevó a cabo la notificación; y, así, podrá denegarse el reconocimiento si la notificación al demandado fue hecha en el Estado requerido de modo o manera incompatible con los principios fundamentales sobre notificaciones de documentos en dicho Estado. Este motivo está pensado para aquellos Estados cuyo ordenamiento jurídico concibe la notificación de la demanda como un acto de soberanía y prohíben, por ejemplo, que se lleven a cabo notificaciones en su territorio sin la debida autorización.

Las causas vinculadas al procedimiento son básicamente tres. La primera, el fraude, y así, cuando la resolución es consecuencia de un fraude, como por ejemplo ocultación de pruebas o sobornos al juez, su reconocimiento podrá denegarse. La segunda, vinculada con el orden público del Estado requerido; y, así, si el reconocimiento o la ejecución fueren manifiestamente contrarias al orden público de ese Estado cabrá

oposición a la ejecución. El concepto de orden público se refiere a la incompatibilidad del resultado con los principios fundamentales de equidad procesal del Estado requerido. La tercera, relativa a la inconciabilidad de decisiones. Este motivo de denegación se desdobra en dos supuestos o situaciones en función de que el conflicto surja entre una decisión existente en el Estado requerido (decisión del foro) y la decisión que se pretende reconocer o surja entre dos decisiones extranjeras. En el primer supuesto, la decisión del foro prevalece siempre, con independencia de su fecha. En el segundo supuesto, si ambas decisiones extranjeras fueren susceptibles de reconocimiento, prevalece la anterior sobre la posterior, pero se exige siempre identidad de partes, objeto y causa.

La configuración de estos motivos presentan diferencias notables con el régimen del Reglamento Bruselas I bis, aunque su análisis escapa de esta contribución³¹.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro de 2005 tiene por fin último promover y proteger el juego de la autonomía privada en el ámbito de la competencia judicial internacional. En particular, reconocer la eficacia de las cláusulas de jurisdicción exclusiva, tanto en su vertiente prorrogatoria como derogatoria, así como el alcance extraterritorial de las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal escogido por las partes.

2. El Convenio tuvo cierta eficacia mediata en la medida en que sus soluciones tuvieron que ser tomadas en cuenta en el ajuste de las normas del Reglamento Bruselas I bis. Ello no implica que el Convenio vaya a aplicarse entre Estados miembros aunque cabe pensar que la rica interpretación del régimen de Bruselas II llevada a cabo por el TJUE pueda orientar o al menos ser un canon hermenéutico valioso en la aplicación del Convenio entre un Estado miembro y un Estado parte del Convenio (México en este momento).

3. Puede predecirse que paulatinamente el Convenio amplíe su círculo de ratificaciones, sobre todo en el área de América Latina. México ha dado el primer paso y el Convenio

³¹ Cfr. *Comentarios al Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (2016): *op. cit.* En concreto: artículo 36 (F.F Garau Sobrino), artículo 45 (A. Martínez Santos) y art. 46 (G. Ester Rodríguez).

es ya una realidad en este país desde su entrada en vigor el 1 de octubre de 2015. Si esto es así, la relevancia práctica para los operadores españoles y mexicanos puede ser bastante significativa, incluso como reclamo las respectivas jurisdicciones.

4. Quedan no obstante algunas cuestiones sin resolver como la articulación entre ambos textos normativos, cuyo estudio escapa de esta contribución. Con todo, la línea marcada por el texto convencional, aunque limitada a los acuerdos exclusivos debe celebrarse no solo por haber conseguido culminar una larga y difícil negociación sino también por abrir una alternativa (judicial) con garantías y probablemente menos costosa a los acuerdos exclusivos de jurisdicción. Solo el tiempo y la práctica dirán si este texto inspirará nuevos desarrollos normativos convencionales que enriquezcan la labor de la Conferencia de La Haya para el Derecho procesal civil internacional.