

# LAS CLÁUSULAS DE JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE EN LA NUEVA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA

MIGUEL GÓMEZ JENE

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado*  
UNED

Recibido: 02.09.2014 / Aceptado: 05.09.2014

**Resumen:** El artículo 468 de la nueva Ley de Navegación Marítima (LNM) regula la validez formal de aquellas cláusulas de jurisdicción y arbitraje que prevean la sumisión de las partes a una jurisdicción extranjera o a un arbitraje en el extranjero. La norma en cuestión impone la *negociación individual y separada* de ambas cláusulas como requisito de validez. No obstante, la eficacia de esta norma es, por lo que se refiere a las cláusulas de sumisión a tribunales, muy limitada. En el contexto *intraeuropeo*, porque es de aplicación el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*. En el contexto *extraeuropeo*, su hipotética aplicación plantea más problemas que soluciones. Por lo que se refiere al convenio arbitral, el artículo 468 LNM no debería aplicarse.

**Palabras clave:** Ley de Navegación marítima. Cláusulas de sumisión a tribunales. Convenio arbitral.

**Abstract:** Article 468 of the new Maritime Navigation Act (Shipping Act) regulates the formal validity of choice of court agreements and arbitration agreements establishing the submission to a foreign court or to an arbitration located abroad. Article 468 provides a separated and individual negotiation as a condition of validity for both agreements. Nevertheless, the effectiveness of the rule is, as far as the choice of agreements concerns, very limited. In the *intraeuropean* context, because article 25 of Brussels I Regulation (*recast*) applies. In the *extraeuropean* context, its hypothetical application gives rise to more questions than answers. As regards to arbitration agreements, article 468 of the Maritime Navigation Act should not apply.

**Keywords:** Maritime Navigation Act (Shipping Act). Choice of Court Agreement. Arbitration agreement.

**Sumario:** I. Introducción. II. Las cláusulas de jurisdicción: marco legal aplicable. 1. El artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*. 2. Del artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido* al artículo 468 LNM: problemas de aplicación en supuestos extraeuropeos. A) Eficacia del artículo 468 LNM en sede de exequátur. B) Eficacia del artículo 468 LNM en sede de competencia judicial internacional. C) Artículo 468 LNM y responsabilidad civil. D) Artículo 468 LNM y *Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro*. III. Las cláusulas de sumisión a arbitraje: marco legal aplicable. A) El artículo II CNY. B) Del artículo II CNY al artículo 468 LNM: problemas de aplicación. C) Artículo II CNY y responsabilidad civil. IV. Conclusiones.

## I. Introducción

1. El artículo 468 de la *Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*<sup>1</sup> (LNM), titulado *Cláusulas de jurisdicción y arbitraje* dispone:

<sup>1</sup> BOE núm. 180, de 25.7.2014.

Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente.

En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo.

2. En perspectiva de Derecho internacional privado, el tenor de la norma es –cuanto menos– llamativo. Lejos de plantear la cuestión de la validez de la cláusula de sumisión desde la perspectiva del *reconocimiento* –estableciendo las condiciones que establece como condiciones necesarias para que puedan desplegar efectos en España–, parece imponer una forma de consentimiento –negociación individual y separada– para que tal cláusula pueda considerarse válida ante los tribunales extranjeros (perspectiva *material*). Esos requisitos, sin embargo, se rigen siempre por la ley del Estado cuyos tribunales quedan designados por la misma<sup>2</sup>. Lo anterior, claro está, sin perjuicio de que esa ley pueda prever una remisión conflictual para resolver determinadas cuestiones (típicamente, capacidad, representación y vicios del consentimiento).

Así, por ejemplo, es evidente que un juez estadounidense se declarará competente cuando la cláusula de sometimiento a *su* jurisdicción reúna los requisitos previstos en *su* ordenamiento procesal<sup>3</sup>. Y ello, con independencia de que esos requisitos coincidan o no con los previstos en un ordenamiento extranjero (como, por ejemplo, los previstos en el artículo objeto de comentario).

3. En el ámbito del arbitraje internacional, la cuestión es bastante más compleja y no está definitivamente resuelta. La polémica en este punto gira en torno a la concreción de la ley aplicable al convenio arbitral: ¿deber ser la ley que rige el contrato principal, o por el contrario, debe ser la ley del lugar del arbitraje?

Sin ánimo de abundar ahora en esta cuestión, baste con apuntar que, a nivel comparado, la tendencia jurisprudencial más actual pasa por aplicar, en defecto de acuerdo expreso de las partes, la ley del lugar del arbitraje<sup>4</sup>.

En cualquier caso, la polémica así apuntada no debería ser determinante en nuestro contexto, por cuanto la jurisprudencia comparada es muy uniforme en lo que se refiere a la apreciación de la validez formal y material (consentimiento) del convenio arbitral inserta en un conocimiento de embarque (*infra* 48 ss.).

4. Por otro lado, una lectura *a sensu contrario* del artículo 468 LMN no hace sino aumentar las dudas que el mismo suscita, pues lleva a interpretar que aquellas cláusulas que designen la competencia de los tribunales españoles o designen algún lugar español como sede del arbitraje están excluidas de su ámbito de aplicación material. Es decir, que la *negociación separada* como requisito necesario para que la cláusula de sumisión a tribunal -o arbitraje- en el extranjero se considere válida, no es exigible cuando esa misma sumisión se realice a tribunales españoles o a arbitraje con sede en España. Esta lectura es,

<sup>2</sup> Sobre las cláusulas de sumisión, con todo detenimiento, F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el Derecho procesal civil internacional”, *CDT*, Vol. 2, Nº 2 (2010), pp. 52-91. *Vid.* también, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMAR-TÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª Ed., Madrid, Thomson, 2007, pp. 275-304; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 13ª Ed., Granada, Comares, 2012, pp. 207-223.

<sup>3</sup> Ponemos el ejemplo del juez estadounidense y no del juez inglés (jurisdicción consolidada en el ámbito marítimo) porque para determinar la eficacia de la cláusula de sumisión a estos últimos tribunales es de aplicación –como se verá– un reglamento europeo que desplaza totalmente y en cualquier contexto (incluso en sede de reconocimiento) la aplicación del artículo en cuestión.

<sup>4</sup> La cuestión se plantea con toda intensidad en el marco de las cláusulas híbridas (aquellas que prevén la sumisión tanto a tribunales como a arbitraje). En este contexto, en la jurisprudencia comparada, *vid.*, *Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA & Ors v. Enesa Engenharia SA & Ors*, 16.5.2012, [2012] EWCA Civ 638. Al respecto *vid.*, A. ARZANDEH, “The Law Governing Arbitration Agreements in England”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, [2013] LMCLQ, Feb. 2013, pp. 31-35. En el contexto del reconocimiento del laudo arbitral, *vid.* la sentencia *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. the Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, 3.11.2010, [2010] UKSC 46. Sobre esta sentencia *vid.*, G. CUNIBERTI, “Quelle coordination entre systèmes juridiques adoptant des représentations différentes de l’arbitrage International?”, *Les Cahiers de l’Arbitrage / The Paris Journal of International Arbitration*, 2010-1; pp. 159-171; J. GRIERSON / M. TAOK, “Dallah: Conflicting Judgements from the U. K. Supreme Court and the Paris Cour d’Appel”, *J. Int. Arb.*, 2011, pp. 407-422.

por lo demás, perfectamente coherente tanto con la norma que con carácter general regula este supuesto (art. 22.2 LOPJ), como con la norma que próximamente regulará este supuesto (art. 61 *Anteproyecto LOPJ*), pues ninguna de ellas exige *negociación separada* para considerar válida una sumisión expresa a nuestros tribunales (*infra* 28).

5. La explicación del legislador sobre el porqué de semejante norma no es en absoluto convincente. Según la misma Exposición de Motivos: “trata de evitar los abusos detectados declarando la nulidad de las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente”.

6. Esgrimir un argumento tan serio -como lo es el relativo a los *abusos detectados*- de una forma tan etérea, puede dar lugar a ciertos malentendidos. En este contexto, no puede obviarse, en primer lugar, que la regulación europea más importante en este ámbito exige de las partes un conocimiento actualizado de los usos que imperan en cada sector. En efecto, el artículo 25 c/ del Reglamento Bruselas I *refundido*<sup>5</sup> establece que la cláusula de sumisión a tribunales será válida en el ámbito del comercio internacional cuando se adopte “en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o *deban conocer* y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado” (*infra* 11). De hecho, en el sector de la contratación marítima internacional -caracterizada por la participación de intermediarios-, impera un equilibrio muy razonable entre la relajación de las formas y la seguridad jurídica. Buena prueba de ello lo constituye la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en interpretación del precepto citado<sup>6</sup>.

7. En segundo lugar, no puede desconocerse que el cargador -al igual que el armador- es un profesional más del sector marítimo. Un profesional que, como tal, no está obligado a contratar con el armador. Un profesional, por tanto, que aunque eventualmente pueda ser considerado como la parte débil de la contratación, ni puede ni debe ser tratado con las garantías propias del consumidor<sup>7</sup>.

8. En tercer lugar, llama la atención la desconfianza que -indirectamente- muestra el legislador hacia los tribunales designados por la cláusula de sumisión. Como con particular nitidez ha sido puesto de relieve<sup>8</sup>, las partes -ya sea cargador o armador- buscan resolver sus disputas en un foro neutral y especializado en la materia. Ningún profesional serio trata de imponer un foro por entender que en él puede obtener “mejor trato”. Exigir por tanto un requisito adicional de validez -al margen de la realidad actual- puede interpretarse como un signo de desconfianza ante la jurisdicción elegida en la cláusula.

9. A la luz de estas primeras consideraciones, puede deducirse ya que el artículo 468 LNM será de polémica aplicación. El precepto en cuestión eleva excesivamente el nivel de seguridad jurídica en este ámbito. Se desmarca, de esta forma, de las tendencias legislativas y jurisprudenciales más modernas que, sin renunciar a un estándar mínimo de seguridad jurídica, intentan encontrar un punto de equilibrio entre esa seguridad y el principio de *favor negotii*.

Tal desmarque, sin embargo, no supondrá beneficio alguno para el operador económico. Antes al contrario, como a lo largo de las siguientes líneas pretendemos demostrar, su invocación no hará sino elevar los costes de la litigación.

---

<sup>5</sup> Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Como es sabido, este Reglamento deroga al Reglamento 44/2001 o Reglamento Bruselas I.

<sup>6</sup> Sobre la jurisprudencia del TJUE sobre esta cuestión, con todo detenimiento, F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos...”, *cit.*, pp. 52-91.

<sup>7</sup> En sentido similar, STJUE de 19.6.1984, *Tilly Russ*, as. 71/83 (aptdo. 23). *Vid.* también, J. M. GONZÁLEZ PELLICER, “Sobre el artículo 468 del Proyecto de Ley de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque”, *Diario La Ley*, 15.7.2014.

<sup>8</sup> J. M. GONZÁLEZ PELLICER, “Sobre el artículo 468...”, *cit.* nota anterior.

**10.** Afortunadamente, la eficacia de la citada norma será muy limitada. Como a continuación también se estudiará, dos normas de aplicación preferente –un Reglamento europeo y un Convenio internacional- reducen drásticamente su ámbito de aplicación. En efecto, por lo que hace a las cláusulas de sumisión a tribunales extranjeros, sólo afectará –y está por determinar en qué medida- a aquellas cláusulas que designen la competencia de tribunales *extraeuropeos*. Por lo que hace a las cláusulas de sumisión a arbitraje su aplicación debería ser, sencillamente, nula; es decir, no debería aplicarse *nunca*.

## II. Las cláusulas de jurisdicción: marco legal aplicable

### 1. El artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*

**11.** A partir del 10 de enero de 2015<sup>9</sup>, para determinar la validez formal de todas aquellas cláusulas de sumisión al tribunal de un Estado miembro de la UE<sup>10</sup> será de aplicación el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*. De tal modo que si la materia objeto del litigio se encuentra incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento (*ex art.* 1), el citado artículo se aplicará para determinar, entre otras cosas, la validez formal de esa cláusula de sumisión.

Los numerales 1 y 2 de este precepto disponen:

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. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:
  - a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita;
  - b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o
  - c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

**12.** Sin ánimo de exhaustividad<sup>11</sup>, baste ahora con señalar que el precepto en cuestión presenta importantes modificaciones respecto de la norma homóloga todavía en vigor (art. 23 del Reglamento Bruselas I). La más relevante –a mi juicio- es la relativa a la ampliación del ámbito de aplicación. Así, mientras que el artículo 23 del Reglamento Bruselas I exige como requisito necesario para su aplicación que una de las partes tenga su domicilio en un Estado miembro, el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido* supera tal restricción de su ámbito de aplicación personal. Es decir, el artículo 25 es –será- de aplicación aun cuando ninguna de las partes tenga su domicilio en la UE. Así se deduce del texto del precepto: *Si las partes, con independencia de su domicilio,...* En nuestro contexto, ello equivale a afirmar que la validez formal de cualquier cláusula de jurisdicción inserta en un contrato de utilización de buque o en un contrato auxiliar de navegación que determine la competencia judicial de un tribunal “europeo” (*ad ex.*, Londres) se regulará conforme a lo previsto en este precepto. O lo que es lo mismo: el artículo 468 LNM *no* se aplicará cuando la cláusula de sumisión prevista en algunos de los contratos citados remita al tribunal de un Estado miembro.

<sup>9</sup> *Ex art.* 81 del Reglamento.

<sup>10</sup> *Vid. el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, DOUE*, L 240, 13.8.2014.

<sup>11</sup> Sobre este precepto y sobre las modificaciones que contiene respecto del artículo 23 del Reglamento 44/2001 (*supra* nota 3), *vid.*, U. MAGNUS, “Gerichtsstandvereinbarungen unter der reformierten EuGVO”, en: *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tubingia, Mohr Siebeck, 2014, pp. 785-802. Sobre el artículo 23 del Reglamento Bruselas I, *vid.* F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos...”, *cit.*, pp. 57-65.

**13.** La remisión que el nuevo artículo 25 hace a la ley de los tribunales designados en la cláusula para determinar la *validez material del acuerdo* no debe, a mi juicio, desvirtuar la afirmación anterior. En efecto, mediante esta remisión únicamente se establece que aquellas cuestiones que no queden directamente reguladas por este precepto quedarán reguladas por la ley del Estado cuyos tribunales designa la cláusula. Así, si ésta remite a los tribunales de la ciudad de Londres, será, en principio, la ley inglesa –y no la española- la que determine la validez material del precepto. En el bien entendido, no obstante, de que la remisión hecha a la ley de ese Estado incluye también una remisión a sus normas de conflicto<sup>12</sup>. De tal modo que, en aplicación de esas normas de conflicto, cuestiones como la capacidad, representación o vicios del consentimiento<sup>13</sup> pueden quedar finalmente reguladas por la ley española.

**14.** La determinación de lo que debe entenderse por *validez material* de la cláusula debe realizarse, en cualquier caso, teniendo en cuenta que tanto la cuestión relativa a la *existencia* como la cuestión relativa a la *forma* de la misma son cuestiones reguladas por el precepto<sup>14</sup>. Es decir, sobre estas dos concretas cuestiones –existencia y forma de la cláusula- no cabe remisión conflictual alguna. Por el contrario, tal y como el TJUE ha ido estableciendo en su jurisprudencia, cuestiones tales como la capacidad y la representación quedarían excluidas del ámbito de aplicación del precepto. Es más, en virtud de esta jurisprudencia, la regulación de estas materias quedaría sometida a la ley del lugar de los tribunales designados por la cláusula (incluidas sus normas de conflicto)<sup>15</sup>. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que este nuevo inciso del artículo 25 no es más que la plasmación de la jurisprudencia del TJUE en el cuerpo del nuevo precepto.

**15.** En cualquier caso, importa destacar que la sentencia *Castelleti* del TJUE<sup>16</sup> ya dejó en su momento bien claro que la cuestión relativa al *consentimiento* –entendido como condición de eficacia de la cláusula- forma parte de la cuestión relativa a la *forma* de la misma; es decir, es una cuestión regulada por el mismo precepto. En concreto, en virtud de la sentencia *Castelleti* del TJUE: *se presume que las partes contratantes han dado su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia cuando el comportamiento de las mismas corresponda a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan y que conocen o debieran conocer*. El hecho de que el artículo 25.1 c) del Reglamento Bruselas I *refundido* (*supra* 11) reproduzca de forma prácticamente literal el inciso citado, no hace más que corroborar la afirmación anterior.

**16.** Pero aún más, pues el alcance del *consentimiento* como condición de eficacia de la cláusula en el contexto de una sucesión de contratos es una cuestión que debe resolverse a partir de los criterios establecidos por el TJUE en la sentencia *Coreck*<sup>17</sup>, en tanto que referida, precisamente, a los conocimientos de embarque. En su virtud, se plantean dos supuestos con distintas soluciones.

A/. Si la ley del Estado cuyos tribunales han sido designados en la cláusula de sumisión determina que el *tercero* respecto del contrato inicial contra el que se invoca una cláusula atributiva de competencia *sucede* en sus derechos y obligaciones a una de las partes originarias, no ha de verificarse –conforme a los usos previstos en el artículo 25 del Reglamento- si el tercero dio o no su consentimiento a la cláusula incluida en el contrato: en la medida en que el tercero *sucede* en sus derechos a una parte originaria, pasa a convertirse en titular de todos y cada uno de los derechos y obligaciones que figuran en el contrato.

<sup>12</sup> Así el Considerando 20 del Reglamento.

<sup>13</sup> El *error*, *engaño* o *amenazas* son cuestiones que entran en el ámbito del consentimiento. Más detenidamente, *vid.* U. MAGNUS, “Gerichtsstandvereinbarungen...”, *cit.*, pp. 791-793.

<sup>14</sup> Ya en este sentido, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *cit.*, pp. 284-286.

<sup>15</sup> Ya en este sentido, STJUE de 19.6.1984, *Tilly Russ*, as. 71/83.

<sup>16</sup> 16.3.1999, as. C-159/97. Esta sentencia fue, en su momento, muy bien acogida en la doctrina. Ilustrativo, D. GIRSBERGER, “Gerichtsstandsklausel im Konnossement: Der EuGH und der internationale Handelsbrauch”, *IPRax*, 2000, pp. 87-91. Ya anteriormente, también referida a los conocimientos de embarque, STJUE de 19.6.1984, *Tilly Russ*, as. 71/83.

<sup>17</sup> STJCE, 9.11.2000, as. C-387/98.



- B/. Si, por el contrario, la ley designada por la norma de conflicto determina que el tercero respecto del contrato inicial *no sucede* a una de las partes originarias en sus derechos y obligaciones, corresponderá al órgano jurisdiccional que conoce del litigio verificar si el tercero ha dado efectivamente su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia conforme a los usos comerciales a los que se aluden en los apartados b) y c) del artículo 25.1.

De la precisión así hecha puede extraerse una conclusión muy relevante para nuestro supuesto. Y es que, la exigencia -impuesta por el TJUE en su jurisprudencia- de *subrogación* en derechos y obligaciones conforme a la ley designada por la norma de conflicto del Estado cuyos tribunales conocen en virtud de la cláusula, es innecesaria cuando la cláusula en cuestión sea válida conforme a los usos comerciales del sector marítimo (art. 25.1 citado)<sup>18</sup>. O dicho de otro modo, en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I *refundido* no es posible limitar -como hace el artículo 468 LNM- el *consentimiento* -entendido como condición de eficacia de la cláusula- cuando la misma sea formalmente válida conforme a unos usos comerciales ampliamente conocidos y que el tercero debiera conocer.

17. Lo anterior es válido respecto de los conocimientos de embarque. No es extrapolable, sin embargo, a supuestos en los que los efectos de la cláusula se plantea en el contexto de una cadena de contratos de *transmisión de propiedad* celebrados entre partes establecidas en distintos Estados miembros. En estos supuestos, como argumenta el TJUE, la relación de sucesión entre el adquirente inicial y el subadquirente no puede reconducirse a la transmisión de un contrato único, sino al conjunto de derechos y obligaciones que se prevén. En consecuencia, en el contexto de una cadena de contratos de transmisión de la propiedad, el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido* “debe interpretarse en el sentido de que una cláusula atributiva de competencia pactada en el contrato celebrado entre el fabricante de un bien y el adquirente de éste no puede ser invocada frente al tercero subadquirente que, al término de una sucesión *de contratos de transmisión de propiedad* celebrados entre partes establecidas en distintos Estados miembros, ha adquirido ese bien y quiere interponer una acción de responsabilidad contra el fabricante, salvo si consta que ese tercero prestó su consentimiento efectivo en relación con esa cláusula en las condiciones mencionadas en dicho artículo”<sup>19</sup>.

18. Volviendo ahora a los requisitos *formales*, es de señalar que, en virtud del artículo 25 transcrito, se concretan en: acuerdo escrito o acuerdo verbal con confirmación escrita (art. 25.1 a)); acuerdo en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecidas entre ellas (art. 25.1 b)); y, acuerdo en una forma conforme a los usos comerciales (art. 25.1 c)).

19. Ya hemos puesto de manifiesto (*infra* 15) cuando -en virtud de la jurisprudencia del TJUE- se entiende que ha habido *consentimiento* entre las partes: *cuando se prestó a partir de un comportamiento basado en un uso del sector comercial afectado*. Pues bien, esa misma jurisprudencia -recuérdese, sentencia *Castelleti*- interpretó de forma autónoma<sup>20</sup> el sentido y alcance de la expresión *usos del comercio internacional*. En su virtud:

“La existencia de un uso, que debe comprobarse en el sector comercial en el que las partes contratantes ejercen su actividad, queda acreditada cuando los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos. No es necesario que dicho comportamiento esté acreditado en determinados países ni, en particular, en todos los Estados contratantes. No cabe exigir sistemáticamente una forma de publicidad específica. La impugnación ante los Tribunales de un comportamiento que constituye un uso no basta para hacer que pierda su condición de uso”.

<sup>18</sup> Ya en este sentido, con cita de doctrina comparada, F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos...”, *cit.*, p. 74.

<sup>19</sup> STJUE, 7.2.2013, *Refcom*, as. C543/10. Para una severa crítica a esta sentencia, *vid.*, M. WELLER, “Keine Drittwirkung von Gerichtsstandvereinbarungen bei Vertragsketten”, *IPRax*, 2013, pp. 501-505.

<sup>20</sup> En palabras del TJUE: “La existencia de un uso no debe determinarse mediante referencia a la Ley de uno de los Estados contratantes” (apdo. 25).

“Las exigencias concretas que engloba el concepto de ‘forma conforme a los usos’ deben valorarse exclusivamente a la luz de los usos comerciales del sector del comercio internacional de que se trate, sin tener en cuenta las exigencias particulares que pudieran establecer las disposiciones nacionales”.

“El conocimiento del uso debe apreciarse en relación con las partes originarias del convenio atributivo de competencia, sin que la nacionalidad de las mismas tenga repercusión alguna a este respecto. La existencia de dicho conocimiento quedará acreditada, con independencia de toda forma de publicidad específica, cuando en el sector comercial en el que operan las partes se siga de modo general y regular un determinado comportamiento al celebrar cierta clase de contratos, de modo que pueda considerarse como una práctica consolidada”.

**20.** Como consecuencia de lo hasta aquí dicho, puede afirmarse que la interpretación hecha por el TJUE sobre el artículo 23 del Reglamento Bruselas I (art. 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*) se caracteriza por introducir cierta liberalidad en la forma de prestar el consentimiento y, en este sentido, impone un criterio de interpretación mucho menos rígido que el que el legislador ha impuesto ahora por la vía del artículo 468 LNM. Ese criterio es, por lo demás, el que debe aplicarse para todos los supuestos *intraeuropeos*.

## **2. Del artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido* al artículo 468 LNM: problemas de aplicación en supuestos *extraeuropeos***

**21.** Vista la relajación de formas impuesta por el TJUE en interpretación del artículo 23 del Reglamento Bruselas I, podría concluirse que –para el legislador español– tal flexibilidad sólo es válida para las cláusulas de sumisión a tribunales de Estados miembros de la UE. Para las cláusulas de sumisión a los tribunales de terceros Estados, por el contrario, la *negociación separada* de la cláusula se erigiría en un requisito inexcusable. Es decir, en principio, sólo se consideraría válida la cláusula de sumisión a tribunales *extraeuropeos* que hubiera sido negociada *individual y separadamente*.

Sin dejar de ser cierta la conclusión así alcanzada, el principal problema que plantea es el de su relativa eficacia. Y es que, el hecho de que, en principio, las cláusulas de sumisión no negociadas separadamente se consideren inválidas a la luz del ordenamiento jurídico español, no impedirá que se consideren válidas a la luz del ordenamiento jurídico del Estado a cuyos tribunales remiten. De hecho, esto es lo que ocurrirá en la mayoría de los supuestos. Así, por ejemplo, una cláusula de sumisión a los tribunales de EEUU inmersa en un conocimiento de embarque será inválida a la luz del ordenamiento español si no ha sido negociada de forma individual y separada; pero no tiene por qué serlo a la luz del ordenamiento jurídico estadounidense<sup>21</sup>. De tal modo que si en aplicación del ordenamiento jurídico estadounidense la cláusula de sumisión se considera válida, el juez estadounidense entrará a conocer de la controversia. A partir de ese momento, se plantea un escenario procesal incierto, sobre todo para aquella parte que pretenda hacer valer el artículo 468 LNM.

**22.** En efecto, quien pretenda hacer valer el artículo 468 LNM –es decir, quien pretenda hacer valer la invalidez de la cláusula por falta de negociación individual y separada– podrá: basar su estrategia procesal en una hipotética demanda de *no* reconocimiento de la sentencia extranjera ante los tribunales españoles<sup>22</sup>; y/o demandar ante los tribunales españoles si estos fueran competentes en virtud de los foros de competencia previstos en el artículo 469 LNM (en los contratos de utilización de buque, a elección del demandante: tribunal del domicilio del demandado, lugar de celebración de contrato y puerto de carga o descarga; en los contratos auxiliares de la navegación, a elección del demandante: tribunal del domicilio del demandado, lugar de celebración del contrato y lugar de prestación de los servicios).

<sup>21</sup> La cuestión relativa a la eficacia de una cláusula de sumisión a los tribunales de EEUU ha sido una cuestión tradicionalmente controvertida tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de aquel país. No obstante, a partir de la última sentencia de la *Supreme Court* sobre el particular (*Atlantic Marine Construction v. US District Court for the Western District of Texas*, 134 S. Ct. 568, 3.12.2013) la eficacia de la misma ha quedado firmemente consolidada. Al respecto *vid.*, F. EICHEL / G. NIEHOFF, “US Supreme Court stärkt Gerichtsstandsvereinbarungen”, *RIW*, 2014, pp. 329-335.

<sup>22</sup> Dicha demanda de *no* reconocimiento está expresamente prevista en el artículo 42.2 del *Anteproyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil* (aprobado por Consejo de Ministros del 4.7.2014).

Como a continuación desarrollamos, ninguna de las dos estrategias resuelve problema alguno. Antes al contrario, somete a quien por ellas opte a una espiral de costes de la que no se derivará mayor beneficio. O dicho de otro modo, pese al tenor del artículo 468 LNM, la opción más razonable –en términos de costes y de resultado- pasará por defenderse antes los tribunales designados por la cláusula inserta en el conocimiento de embarque. Y ello, sin perjuicio de que dicha sumisión no se haya realizado en la forma prevista en el citado artículo.

### A) Eficacia del artículo 468 LNM en sede de exequátur

**23.** Si quien quiera hacer valer el artículo 468 LNM opta por *no* defenderse ante la jurisdicción señalada y se decanta por hacer valer sus derechos en sede de exequátur (ya sea instando una demanda de *no* reconocimiento, ya sea oponiéndose al mismo), se verá confrontado con el siguiente escenario.

**24. A/. Un posible reconocimiento de la sentencia extranjera:** El hecho de que el artículo 468 LNM imponga unos criterios de forma tan estrictos –como superados en la práctica internacional- no significa necesariamente que deba denegarse el exequátur de la sentencia dictada por un tribunal extranjero competente en virtud de la cláusula de sumisión. La cuestión dependerá, en gran medida, de la calificación jurídica que merezca el precepto. Así, si se considera que el artículo 468 LNM es una norma imperativa, la denegación del exequátur de la sentencia extranjera podrá ser, en principio, posible (en aplicación de la excepción de *orden público*).

**25.** En efecto, los motivos de denegación del exequátur están –todavía hoy- regulados en el artículo 954 LEC 1881. No obstante, habiendo sido presentado un *Anteproyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (Anteproyecto Ley de cooperación)*<sup>23</sup> que pretende derogar aquellos preceptos e instaurar una nueva regulación del exequátur, merece la pena centrarse ahora en los motivos de denegación previstos en el artículo 46 del nuevo texto. En nuestro contexto, dos de los motivos previstos en el citado precepto podrían ser esgrimibles: la *manifiesta* contrariedad de la resolución judicial con el orden público y la falta de una conexión razonable en la competencia del juez de origen.

**26.** Desde la perspectiva relativa a la validez formal de la cláusula de sumisión inserta en un contrato de los citados (utilización de buque o auxiliar de la navegación), ninguno de los dos motivos señalados parece que deban ser considerados cuando la cláusula no cumpla con los requisitos formales del artículo 468 LNM. Es decir, no me parece que ninguno de los dos motivos señalados deban ser apreciados por el juez en sede de exequátur. Y ello, básicamente, porque -a mi juicio- el artículo 468 LNM no debe considerarse como una norma imperativa.

**27.** Tres motivos justifican esta opinión. El primero reside en el mismo tenor de la norma. Así, si nuestra lectura a *sensu contrario* es correcta (*supra* 4), resultaría que los tribunales españoles sí podrán considerarse competentes aun cuando la cláusula de sumisión no cumpla con los requisitos formales que el precepto exige. En efecto, consecuencia directa de que la norma no haya sido redactada en perspectiva de *reconocimiento* –impidiendo, por ejemplo, el reconocimiento de toda cláusula que no reúna los requisitos en ella establecidos- sino en perspectiva *material* –estableciendo cuáles deben ser los requisitos para que una cláusula de sumisión a tribunales extranjeros se considere válida- es que su aplicación parece restringirse a los supuestos en que la cláusula designe a un tribunal extranjero; de tal modo que las restricciones formales impuestas en este precepto no serían de aplicación cuando la sumisión fuese hecha a tribunales españoles.

**28.** Esta interpretación estaría en línea tanto con la norma que con carácter general regula el supuesto de sumisión a tribunales españoles (art. 22.2 LOPJ) como con la norma que en un futuro próximo regulará el supuesto: el artículo 61 del hoy *Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (Antepro-*

<sup>23</sup> Vid. nota anterior.



yecto LOPJ)<sup>24</sup>. En efecto, este precepto, titulado *Sumisión a tribunales españoles*, regula –regulará– con alcance general el supuesto que el artículo 468 LNM no ha querido regular: la sumisión a tribunales españoles.

En virtud del artículo 61 del *Anteproyecto LOPJ*, las cláusulas de sumisión a tribunales españoles serán formalmente válidas cuando consten por escrito. Además: *podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o de un acuerdo independiente. Se entenderá que media acuerdo por escrito cuando resulte de un intercambio de cartas, faxes, telegramas, correos electrónicos u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.*

**29.** Así las cosas, una *bilateralización* del artículo 61 del *Anteproyecto LOPJ* lleva –llevará– a la inevitable conclusión de considerar válida –en sede de exequátur– una cláusula de sumisión a tribunales extranjeros cuando la misma haya cumplido con los mismos requisitos formales que exige –exigirá– el artículo 61 del *Anteproyecto LOPJ*. Es decir, difícilmente podrá considerarse *manifestamente* contrario al orden público una norma extranjera –la que otorga competencia a sus tribunales en virtud de una cláusula de sumisión– cuando su tenor sea similar al de la norma española que otorga competencia a los tribunales españoles en virtud de una cláusula de sumisión.

**30.** El segundo motivo reside en el segundo párrafo del precepto –recuérdese–: *En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo.*

De difícil interpretación, el párrafo en cuestión puede entenderse como una suerte de cláusula de escape; es decir, un párrafo en cuya virtud pretende dejarse abierta la posibilidad de considerar válida una cláusula de sumisión a tribunales extranjeros aun cuando no reúna los requisitos formales que exige el párrafo anterior. Este párrafo trataría, por tanto, de considerar válida una cláusula de sumisión si a la luz de las circunstancias del caso puede concluirse que sí hubo consentimiento de ambas partes. De ahí la expresión: *no evidenciará, por sí sola.*

**31.** El tercer motivo para no considerar el artículo 468 LNM como una norma imperativa reside tanto en el mismo artículo 23 del Reglamento Bruselas I –artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*– como en la jurisprudencia del TJUE al respecto. Partiendo de la base de que no deja de ser un contrasentido –ajeno a las más elementales exigencias de seguridad jurídica– plantear un marco legal distinto en un ámbito tan internacional como es el del transporte marítimo, no acaba de entenderse que, en el ámbito europeo, las características formales de la cláusula de sumisión tengan que ser unas, y en el ámbito *extraeuropeo* esas características tengan que ser otras. En este sentido, cuesta admitir que el artículo 468 LNM deba considerarse como una norma imperativa cuando su norma homóloga europea –en vigor en España, evidentemente– prevea unos requisitos de forma más relajados.

**32.** Lo anterior, no obstante, habrá de ser valorado en un futuro por los jueces en sede de exequátur. Ante la incertidumbre que la falta de jurisprudencia genera, cabe plantearse entonces el segundo escenario posible para quien opte por hacer valer el artículo 468 LNM en sede de exequátur. A saber:

**33.** B/. *Una posible denegación del reconocimiento de la sentencia extranjera.* Un segundo escenario posible para quien opte por hacer valer el artículo 468 LNM en sede de exequátur pasaría, ahora sí, por ver satisfecha su demanda de no reconocimiento de la sentencia extranjera. Es decir, pasaría porque el juez del exequátur considerase el citado precepto como norma imperativa para, en su virtud, denegar el exequátur.

<sup>24</sup> Aprobado por Consejo de Ministros del 4.4.2014.

34. Pues bien, lejos de lo que pudiera pensar quien haga valer el artículo 468 LNM en este contexto, la mera denegación del mismo por incumplimiento de los requisitos formales en él previstos, no hará sino abrirle más frentes procesales. Y es que, el hecho de que se deniegue en España el exequátur de una sentencia extranjera por considerar que la cláusula de sumisión no reúne los estrictos requisitos formales previstos en aquel precepto, no pasará –en perspectiva comparada– más que por considerarse un hecho aislado –casi “exótico”–.

35. En efecto, excepto que algún Estado de nuestro entorno contenga en su derecho interno una norma tan rígida como el artículo 468 LMN, lo más lógico es pensar que en el ámbito de la UE los criterios formales válidos para las cláusulas de sumisión en los contratos de navegación coincidirán con los previstos en el artículo 23 del Reglamento Bruselas I (art. 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*). Si esto es así, la validez formal de dicha cláusula en sede de exequátur se medirá a la luz de los criterios establecidos por el TJUE en su jurisprudencia (*supra* 15 ss.). En consecuencia, siempre podrá instarse el exequátur de la sentencia extranjera ante cualquier Estado –especialmente de la UE– donde el demandado tenga bienes susceptibles de ser ejecutados.

36. De hecho, si finalmente en nuestra jurisprudencia acaba imponiéndose la denegación del exequátur de la sentencia extranjera por infracción del artículo 468 LMN, quien obtenga sentencia favorable en el foro determinado por la cláusula de sumisión acabará también renunciado a solicitar el exequátur de la sentencia ante los tribunales españoles para instarlo –directamente– ante cualquier otro Estado (incluidos los países miembros de la UE) donde pueda ver satisfecha su pretensión. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que, al final, el artículo 468 LMN no aportará ninguna ventaja a quien lo haga valer. Más bien, al contrario; pues le obliga a defender sus derechos en un foro foráneo donde el precepto controvertido no será de aplicación.

## B) Eficacia del artículo 468 LNM en sede de competencia judicial internacional

37. Otra estrategia posible, para quien –erróneamente– crea en las bondades del artículo 468 LNM, consistiría en plantear una demanda ante los tribunales españoles (ignorando, por tanto, la cláusula de sumisión y basando la competencia de nuestros tribunales en alguno de los foros previstos en el artículo 469 LNM). Dicha estrategia plantea, a su vez, dos escenarios. Aquel en el que la contraparte *no* ha planteado aún la demanda ante los tribunales designados por la cláusula, y aquel en el que la contraparte *ya* ha planteado la demanda ante los tribunales elegidos por la cláusula. Como puede intuirse, ambos escenarios nos sitúan ante un problema de litispendencia internacional.

38. Partiendo de la base de que en estos supuestos estamos siempre ante supuestos *extraeuropeos* (recuérdese, el artículo 468 LNM no es de aplicación en los supuestos *intraeuropeos* por ser de aplicación en este contexto el Reglamento Bruselas I *refundido* –*supra* 11 ss.–) el problema así planteado debería resolverse –en un futuro previsiblemente próximo– aplicando del artículo 68 (*Litispendencia internacional*) del hoy *Anteproyecto LOPJ*, a cuyo tenor:

Si con anterioridad a la presentación de una demanda ante los Tribunales españoles se hubiera formulado entre las mismas partes, con idéntico objeto y misma causa de pedir, una demanda ante los Tribunales de otro Estado, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, acordará la suspensión del proceso en tanto el Tribunal extranjero ante el que se interpuso la primera no resuelva la cuestión. La suspensión no alcanzará a las medidas de urgencia que resulten procedentes.

Lo anterior, siempre y cuando el legislador salve a largo de la tramitación parlamentaria la incongruencia que supone incluir un precepto similar –y con el mismo fin– en una Ley distinta. Así, el artículo 39 del *Anteproyecto de Ley de cooperación* (*supra* 25), también titulado *Litispendencia internacional* establece:

1. Cuando exista un proceso pendiente con idéntico objeto y causa de pedir, entre las mismas partes, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero, el órgano jurisdiccional español podrá suspender el procedimiento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que la competencia del órgano jurisdiccional extranjero obedezca a una conexión razonable con el litigio. Se presumirá la existencia de una conexión razonable cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiese basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los previstos en la legislación española para ese caso concreto.
- b) Que sea previsible que el órgano jurisdiccional dicte una resolución susceptible de ser reconocida en España, y,
- c) Que el órgano jurisdiccional español considere necesaria la suspensión del procedimiento en aras a la buena administración de Justicia.

Los órganos jurisdiccionales españoles podrán acordar la continuación en cualquier momento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado sea suspendido o concluido o,
- b) Que se estime poco probable que el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado concluya en un tiempo razonable.
- c) Que se considere necesaria la continuación del proceso en aras a la buena administración de justicia.

El órgano jurisdiccional español pondrá fin al proceso si el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado ha concluido con una resolución susceptible de reconocimiento y, en su caso, de ejecución en España

3. El órgano jurisdiccional español archivará las actuaciones si el proceso extranjero ha concluido con una resolución susceptible de reconocimiento en España.

**39.** Sea cual fuere la forma que finalmente adopte el precepto llamado a regular esta cuestión, es lo cierto que ambos sólo regulan –como no puede ser de otro modo- aquel supuesto en el que, quien quiera hacer valer el artículo 468 LNM, plantea una demanda sobre el fondo en España (a partir de los foros previstos en el artículo 469 LNM) *después* de que la contraparte ya haya planteado la demanda correspondiente ante los tribunales designados en la cláusula de sumisión inserta en el contrato controvertido. Es decir, la norma española no es de aplicación al supuesto en el que la parte que quiera hacer valer el artículo 468 LNM plantee la demanda ante los tribunales españoles *antes* de que la contraparte plantee su demanda ante los tribunales previstos en la cláusula. La litispendencia que, en este último caso, originaría el hecho de que quien quiera hacer valer la cláusula plantee la demanda ante los tribunales designados por la misma, se regirá por la ley procesal del Estado de estos tribunales. Si los tribunales designados en esa cláusula son los tribunales de un Estado miembro de la UE, la litispendencia generada queda regulada por el Reglamento Bruselas I *refundido*. En concreto, por lo previsto en su artículo 29. Artículo que, puesto con en relación con los artículos 25, 26 y 31.2, conduce inexorablemente a que el tribunal español –pese a haber conocido en primer término- deba suspender el procedimiento hasta que el tribunal designado por la cláusula se pronuncie sobre su competencia. Si este último tribunal se declara competente, el tribunal español deberá abstenerse en favor de aquel (art. 31.3)<sup>25</sup>.

Si, por el contrario, los tribunales designados en la cláusula son los tribunales de un tercer Estado, la litispendencia generada queda regulada por la ley procesal de este Estado; regulación que, presumiblemente, reconocerá el carácter exclusivo de la cláusula de sumisión.

**40.** Volviendo entonces al supuesto más controvertido –aquel en el que quien quiera hacer valer el artículo 468 LNM plantea una demanda sobre el fondo en España (a partir de los foros previstos en el artículo 469 LNM) *después* de que la contraparte ya haya planteado la demanda correspondiente ante los tribunales designados en la cláusula-, cabe realizar la siguiente reflexión.

<sup>25</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* además, P. FRANZINA, “Lis Pendens Involving a Third Country under the Brussels I-bis Regulation: An Overview”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2014, pp. 23-42.

Para los supuestos *intraeuropeos* –el tribunal designado en la cláusula es el tribunal de un Estado miembro- vale lo anteriormente dicho en aplicación del Reglamento europeo: el tribunal español deberá abstenerse a favor del tribunal designado en la cláusula.

Para los supuestos *extraeuropeos* –el tribunal designado en la cláusula es el tribunal de un Estado no miembro-, el juez español aplicará la norma del ordenamiento español que regule la cuestión. Partiendo de la base de que esa norma será próximamente una norma muy similar al artículo 68 *Anteproyecto LOPJ*, el análisis a realizar sería el siguiente<sup>26</sup>.

De entrada, debe insistirse en el carácter teleológico que subyace a este tipo de regulación. Y es que, la regulación de este expediente se caracteriza, sobre todo, por proteger al actor inicial o primer demandante<sup>27</sup>. En nuestro caso, el actor principal es, recordémoslo, el demandante que hizo valer la cláusula ante un tribunal foráneo.

Alegada por esta parte la situación de litispendencia, el juez español puede acordar la suspensión del proceso en tanto el Tribunal extranjero ante el que se interpuso la primera demanda no resuelva la cuestión. Si, previsiblemente, el juez designado por una cláusula de sumisión que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido* se declara competente, el juez español sólo puede acordar la suspensión del procedimiento en España.

A la misma conclusión llegaríamos si la norma que finalmente regula la litispendencia internacional en nuestro ordenamiento jurídico se inspira en el artículo 39 del *Anteproyecto de Ley de cooperación*. En este supuesto, el juez debería comprobar, antes de otorgar la suspensión, que se dan cumulativamente tres circunstancias: (i) que la competencia del órgano jurisdiccional extranjero obedece a una conexión razonable –lo que resulta evidente en tanto que la conexión del tribunal extranjero con el litigio deriva de la voluntad de las partes-; (ii) que el órgano jurisdiccional extranjero dictará una resolución susceptible de ser reconocida en España –lo que también es previsible habida cuenta del régimen legal y jurisprudencia favorable al reconocimiento que impera en nuestro país<sup>28</sup>-; y, (iii) que en aras a la buena administración de Justicia, considere necesaria la suspensión –lo que ocurrirá en la inmensa mayoría de los supuestos, habida cuenta de que la jurisdicción designada por la cláusula suele ser una jurisdicción tan competente como especializada-.

**41.** Lo anterior conduce inexorablemente a la siguiente conclusión: plantear una demanda ante los tribunales españoles a partir de los foros de competencia previstos en el artículo 469 LNM cuando ya se ha planteado la correspondiente demanda ante los tribunales designados por la cláusula, no resuelve problema alguno.

### C) Artículo 468 LNM y responsabilidad civil

**42.** Lo hasta aquí dicho demuestra bien a las claras las lamentables consecuencias que pueden derivarse de una regulación hecha de espaldas a la realidad internacional; de una regulación difícil –casi imposible- de conciliar con las actuales formas de contratación en el contexto internacional (correos electrónicos...); de una regulación, en fin, que retoma criterios de regulación ampliamente superados a nivel comparado. Pero por si lo dicho no fuera suficiente como para convencer al operador económico de las desventajas que se derivan de la aplicación del artículo 468 LNM, cabe todavía recordar que, plantear una demanda ante un foro distinto del determinado en la cláusula, es motivo suficiente –justifica- una demandada por responsabilidad. Es decir, quien de espaldas a una cláusula de sumisión válida inicie un procedimiento judicial ante un tribunal extranjero, puede ser demandado en el

<sup>26</sup> En el momento en que se escriben estas líneas no hay norma en vigor en el ordenamiento jurídico español de fuente interna que regule esta cuestión. La laguna legal existente debería colmarse tomando como referencia, en la medida de lo posible, la regulación europea y la interpretación hecha por el TJUE en este contexto.

<sup>27</sup> Sobre el fundamento de la litispendencia internacional, *vid.*, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª Ed., Madrid, Thomson, 2007, pp. 362-364.

<sup>28</sup> Adviértase, además, que el régimen legal de reconocimiento de sentencias extranjeras que pretende instaurar el hoy *Anteproyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil* es más favorable a ese reconocimiento que el actualmente en vigor. *Cfr.* los artículos 44 y ss. del mismo.

foro designado por la cláusula por violar el acuerdo que ésta supone. Por extravagante que parezca, esta acción es perfectamente posible tanto en España como en otros países extranjeros y se ejerce en consecuencia. Así, nuestro Tribunal Supremo (TS) ha declarado que, presentar una demanda ante un tribunal extranjero en vez de ante el tribunal español designado en la cláusula, constituye un hecho generador de responsabilidad por incumplimiento contractual<sup>29</sup>. En términos muy similares se ha expresado recientemente la *Court of Appeal* inglesa<sup>30</sup>.

#### D) Artículo 468 LNM y Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro

43. Por fin, no puede dejar de hacerse una brevísima alusión a los efectos que sobre la aplicación de esta norma podrá tener la hipotética entrada en vigor del *Convenio sobre acuerdos de elección de foro, hecho en La Haya el 30 de junio de 2005*<sup>31</sup>. En este contexto, baste ahora con señalar que, en la medida en que el *transporte de mercaderías* es materia excluida de su ámbito de aplicación material (*ex art. 2 f*), una futura entrada en vigor de este instrumento no debería tener mayor influencia sobre el supuesto que ahora estudiamos.

### III. Las cláusulas de sumisión a arbitraje: marco legal aplicable

#### A) El artículo II CNY

44. Ninguno de los escenarios anteriormente descritos debería darse cuando la cuestión verse sobre la eficacia formal de una cláusula de sumisión a arbitraje. Sea cual fuere, además, el lugar que ésta designe como sede del mismo (un lugar en España o un lugar en el extranjero). Y es que, no parece haber tenido en cuenta el legislador a la hora de redactar el artículo 468 LNM que el reconocimiento de la cláusula de sumisión a arbitraje (o convenio arbitral) es una cuestión regulada por un Convenio internacional; Convenio, que además, tiene –en nuestro país– eficacia *erga omnes*. Como a continuación se verá, el hecho de que el legislador no haya tenido en cuenta estas dos circunstancias –materia regulada en un Convenio internacional y carácter *erga omnes* del mismo– hace que la referencia a la cláusula de sumisión a arbitraje en el tenor del artículo 468 LNM sea totalmente redundante.

45. El reconocimiento del convenio arbitral es una cuestión regulada en el *Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958* (CNY). Es decir, tanto la *existencia* (o consentimiento como condición de eficacia del convenio) como la *forma* del convenio arbitral está regulada en el artículo II CNY<sup>32</sup>. En tanto que norma convencional es de aplicación prioritaria frente a la norma interna (así lo reconoce, además, el mismo artículo 468 LNM).

En virtud de esta norma:

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

46. Por lo que ahora importa, cabe destacar que el precepto en cuestión fue ampliamente interpretado por nuestro TS cuando tuvo la competencia para conocer del exequátur del laudo arbitral

<sup>29</sup> STS de 12.1.2009, RJ 2009\544. Sobre esta sentencia, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “The Spanish Tribunal Supremo grants Damages for breach of Choice-of-Court Agreement”, *IPRax*, 2009, pp. 529-533.

<sup>30</sup> *Court of Appeal* (Civil Division), 18.7.2014, [2014 EWCA Civ. 1010]. [www.bailii.org](http://www.bailii.org)

<sup>31</sup> A este respecto, *vid.* la Propuesta de *Decisión del Consejo relativa a la aprobación en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro*, COM (2014) 46 final, 30.1.2014.

<sup>32</sup> Sobre esta cuestión la unanimidad es absoluta. Como últimas referencias, *vid.*, R. WOLFF, “Recognition of Arbitration Agreements”, en: R. WOLFF, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards –Commentary-*, Munich, C. H. Beck, 2012, pp. 85-151; T. LANDAU / S. MOOLLAN, “Article II and the Requirement of Form”, en: E. GAILLARD / D. DI PIETRO, *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*, Londres, Cameron May, 2008, pp. 155-156.



extranjero (antes de la entrada en vigor de la LA 2003). De hecho, una parte muy relevante de su jurisprudencia versó sobre la validez formal del convenio arbitral contenido en un documento gestionado por *tercero* –*ad ex.* sociedad de mediación-. O dicho de otro modo, la eficacia formal de una cláusula arbitral inserta en un conocimiento de embarque ha sido una cuestión ampliamente interpretada por el TS. Interpretación que, además de seguir vigente (en tanto que referida a una norma en vigor), coincide sustancialmente con la jurisprudencia comparada<sup>33</sup>.

47. El punto de partida en este contexto muy similar al punto de partida utilizado por el TJUE en interpretación del artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*<sup>34</sup>: el *consentimiento* como condición de eficacia del convenio arbitral (su *existencia*, en definitiva) es una cuestión regulada por el artículo II CNY. A partir de aquí, se ha considerado válido el convenio arbitral inserto en un documento gestionado por tercero cuando ha podido constarse la existencia de relaciones comerciales habituales entre las partes<sup>35</sup>; cuando ha podido constatarse que la forma de contratar se adecuaba a los usos comerciales del sector afectado<sup>36</sup>; y, sobre todo, cuando ha podido constatarse que realmente hubo voluntad de las partes en someter la controversia a arbitraje. Por el contrario, se ha considerado que el convenio arbitral era nulo cuando el mediador no pudo demostrar que el documento que contenía el convenio arbitral fue efectivamente enviado a la parte que guardó silencio<sup>37</sup>; o, cuando a las confirmaciones de venta sin firmar por las partes, no fue acompañada de documento alguno que hiciera prueba de la existencia de algún tipo de contrato que demostrase la existencia de relaciones habituales<sup>38</sup>.

48. Particular atención merece en este contexto el Auto del TS de 1.4.2003<sup>39</sup>. Dictado en el marco de un exequátur de un laudo arbitral extranjero, recoge la doctrina de este tribunal en la materia –en interpretación, indirecta si se quiere, del artículo II CNY-. En su virtud: “*en relación con la deducción de la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje a partir de la existencia de comunicaciones entre mediadores, ha entendido que concurría en aquellos supuestos en que por los Consejos de Administración de las empresas mediadoras que intervinieron en la negociación se habían expedido sendas certificaciones en las que manifestaban haber actuado en el negocio jurídico por cuenta de las empresas principales (ATS 24.11.1998); a la vista del propio reconocimiento por la demandada de la intervención del mediador (ATS 29.2.2000); a partir de la existencia de comunicaciones del intermediario tanto al mediador de la solicitante como a la propia demandada, en este caso reforzado por los actos propios de la demandada al comparecer en el procedimiento arbitral (ATS 29.2.2000); de la comunicación realizada por mediador especificando que el fletador aceptaba las condiciones del armador (AS 28.11.2000); de la existencia de comunicaciones entre intermediarios negando la demandada aquellas comunicaciones que le beneficiaban y rechazando las que le perjudicaban (ATS 31.7.2000); de las comunicaciones de los intermediarios con referencia al fletamento de un buque anterior y en el que se aceptó la sumisión a arbitraje (ATS 26.2.2002); a la vista de los actos propios de la demandada al comparecer ante el Tribunal arbitral presentando un fax dirigido a la parte contraria asegurando “arbitraje de su parte”; y, por último, a la vista del dato contenido en los antecedentes de hecho del laudo arbitral,*

<sup>33</sup> Sobre esta jurisprudencia comparada, *vid.* M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000, pp. 53-66.

<sup>34</sup> De hecho, la jurisprudencia del TJUE en interpretación del artículo 23 del Reglamento Bruselas I constituye una referencia válida y perfectamente extrapolable al ámbito del convenio arbitral. Así lo consideró en su momento la *Corte di Cassazione* italiana, quien tomó en consideración una alegación de parte en el sentido de que el artículo II.2 CNY fuera interpretado de acuerdo con las directrices marcadas por el TJUE sobre el alcance del citado precepto. *Corte di Cassazione*, 28.10.1993, núm. 10704, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1994, pp. 631-635.

<sup>35</sup> Aunque finalmente no se aceptara la existencia del convenio arbitral, sopesa esta circunstancia el Auto del TS de 29.9.1998, *RCEA*, 1999, pp. 296-299. En aplicación de la nueva LA, expresamente a favor de esta interpretación, AP de Barcelona, 13.11.2007 (JUR\2008\77240).

<sup>36</sup> Expresamente en este sentido, Auto del TS de 18.4.2000, *RCEA*, 2000-2001, pp. 267-268. En aplicación de la nueva LA, también expresamente a favor de esta interpretación, AP de Barcelona, 13.11.2007 (JUR\2008\77240).

<sup>37</sup> Paradigmático, Auto del TS de 16.4.1998, RJ 1998\2919.

<sup>38</sup> Auto del TS de 29.9.1998, *RCEA*, 1999, pp. 296-299; muy similar, Auto del TS de 17.2.1998, *RCEA*, 1999, pp. 281-283.

<sup>39</sup> RAJ 2003\118425.

en los que se recogía la remisión por las partes a un acuerdo por escrito, celebrado para llevar a pleno efecto el contenido del contrato inicial, y no negado por las partes (ATS 20.2.2001). Por el contrario se ha entendido que no concurría la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje a partir de la existencia de comunicaciones entre mediadores en los siguientes supuestos: en primer lugar, como consecuencia de la ausencia de firma de la demandada en la confirmación de venta remitida por el mediador (ATS 17.2.1998); en segundo lugar, como consecuencia de la ausencia de un contrato de comisión, mandato, agencia corretaje o similar que determinara relaciones habituales entre la entidad demandada y la mediadora (ATS 29.2.1998), y, en tercer lugar, a la vista de la existencia únicamente del sello de la mediadora, existiendo contradicción entre la documentación aportada y, fundamentalmente, a la vista de la existencia de una cláusula de sumisión expresa a los tribunales españoles.”

**49.** La interpretación así expuesta es la que debe seguir guiando la *existencia* y la *validez formal* de la cláusula arbitral inserta en un contrato de utilización de buque o en un contrato auxiliar de la navegación. La entrada en vigor de la LNM, en tanto que norma interna con rango jerárquicamente inferior al Convenio internacional, en nada debe afectar en este contexto.

**50.** Ni siquiera una hipotética aplicación del artículo VII CNY (*cláusula de mayor favorabilidad*) permite alcanzar otra solución. En efecto, como es sabido, el citado precepto actúa como una suerte de “pasarela” para, en su virtud, aplicar al reconocimiento del convenio o del laudo arbitral una norma más favorable:

Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privará a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

**51.** Pues bien, en la medida en que el artículo 468 LNM no es una norma que favorezca el reconocimiento del convenio arbitral (antes al contrario, lo entorpece decididamente al imponer unos requisitos formales muy estrictos), aplicar el artículo VII CNY para justificar el *no* reconocimiento de una cláusula de sumisión a arbitraje por no cumplir los requisitos de forma impuesta por la norma interna (art. 468 LNM) no es una opción posible. Ni invocando el adagio *lex posterior derogat anterior*, ni invocando el carácter de *lex specialis* del artículo 468 LNM.

Repárese, en efecto, que la norma convencional sólo permite aplicar el artículo VII CNY cuando la remisión al precepto del ordenamiento interno facilite –que no dificulte– el reconocimiento de la cláusula. Es decir, lo que el artículo VII pretende es que, en su aplicación, se reconozcan cláusulas arbitrales –o laudos arbitrales– que en aplicación estricta del CNY no serían reconocibles. Y no al contrario. Invocar el artículo VII CNY para en su virtud aplicar una norma como el artículo 468 LNM sería tanto como ir contra la misma *ratio* del CNY, cual es favorecer el reconocimiento de cláusulas y laudos arbitrales. En consecuencia, permitir la aplicación del artículo VII CNY para aplicar el artículo 468 LNM sería tanto como incumplir una obligación internacional.

Lo que por el contrario sí está línea con la finalidad del CNY es aplicar el artículo VII CNY –incluso de oficio<sup>40</sup>– para, en su virtud, llegar a la aplicación del artículo 9 LA, pues, como es sabido, esta última norma relaja extraordinariamente los requisitos formales que debe reunir la cláusula arbitral para considerarse válida. Además de la importante referencia que en este sentido se hace en la Exposición de Motivos de la LA<sup>41</sup>, la mejor muestra de esta afirmación se encuentra en los párrafos segundo y sexto

<sup>40</sup> Como así lo hacen, entre otros, los tribunales franceses (como último referente importante *vid. Cour d'appel* de París, 4.12.2002, *Rev. Arb.*, 2003, pp. 1286-1289, con nota de E. GAILLARD) y los tribunales alemanes: *BGH* (Tribunal Supremo), *Beschl* del 25.9.2003 – III ZB 68/02, *IHR* 6/2003, pp. 298-299.

<sup>41</sup> “La ley refuerza el criterio antiformalista... Se consagra también la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Asimismo, la voluntad de las partes sobre

del mismo precepto, a cuyo tenor: 2. *Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a este tipo de contrato.* 6. *Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje su cumplimiento los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.*

52. El razonamiento así expuesto conduce a afirmar que, pese al nuevo artículo 468 LNM, el precepto realmente aplicable para determinar la validez de la cláusula arbitral inserta en un contrato de utilización de buque o en un contrato auxiliar de la navegación es el artículo 9 LA. En efecto, en la medida en que la regulación del convenio en la nueva LA está inspirada en el principio *favor negotii* y en la medida también en que el mismo artículo V.1 a/ CNY remite al artículo II CNY para determinar la validez formal del convenio arbitral, la interpretación más coherente pasa por aceptar una remisión al artículo 9 LA para determinar la validez formal del mismo. Y ello, aun cuando el artículo V.1 a/ remita expresamente al artículo II CNY<sup>42</sup>. De no aceptarse esta interpretación, podría resultar que en aplicación estricta del artículo V.1. a/ CNY, un laudo dictado al amparo de un convenio arbitral formalmente válido a la luz de la nueva LA, pero inválido a la luz del artículo II CNY, podría *no* ser reconocido en nuestro país. Consecuencia ésta que, a su vez, iría contra el mismo fin del Convenio, cual es el de favorecer el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

53. Lo anterior en nuestro contexto significa lo siguiente: el laudo resultante del arbitraje iniciado en virtud del convenio arbitral contenido en un contrato, por ejemplo, auxiliar de la navegación podrá ser reconocido en más de ciento cincuenta Estados (firmantes del CNY). Muchos de los tribunales de los Estados en los que dicho reconocimiento puede invocarse, aceptan expresamente la validez del convenio arbitral inserto en un contrato de este tipo; es decir, aceptan expresamente la validez de la cláusula de sumisión a arbitraje inserta en documentos gestionados por terceros.

La jurisprudencia del Reino Unido -tan paradigmática como relevante en este contexto- no arroja la menor duda al respecto. Así, en su sentencia *National Navigation v. Endesa*<sup>43</sup> la *High Court* estableció, respecto de la validez del convenio arbitral inserto en un conocimiento de embarque, que: “*it is well – established that where a the bill of lading purports to incorporate a charter, but fails to identify its date or other details of the charter concerned, that is not fatal to the incorporation of the charter if it can be otherwise be properly identified*”.

Como puede constatar, se trata de una interpretación muy en línea con la interpretación hecha por el TS español sobre el mismo particular. Pero aún más, pues se trata también de una interpretación expresamente aceptada en otras latitudes<sup>44</sup>.

## B) Del artículo II CNY al artículo 468 LNM: problemas de aplicación

54. El marco anteriormente descrito como hipotética estrategia de defensa ante una demandada presentada ante los tribunales del Estado designado por la cláusula de sumisión (*supra* 23 ss.) puede plantearse también en el ámbito del convenio arbitral. Es decir, quien pretenda hacer valer el artículo 468 LNM para invalidar la eficacia de un convenio arbitral -válido en aplicación del artículo II CNY- podrá, o bien instar el no reconocimiento del laudo, o bien plantear una demanda ante los tribunales españoles (*ex art.* 469 LNM).

*la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma*”, (Exposición de Motivos de la LA).

<sup>42</sup> También en este sentido, *OLG Rostock, Beschluß* del 22.11.2001, *IPRspr.* 2001 Nr. 206; *IPRax*, 2002, pp. 401-405 (con nota de S. KRÖLL, pp. 384-388).

<sup>43</sup> *National Navigation Co v. Endesa Generación SA*, 1.4.2009, *High Court of Justice, Queen’s Bench Division*, [2009] EWHC 196 (Comm). [www.bailii.org](http://www.bailii.org)

<sup>44</sup> También es el criterio jurisprudencial aceptado en Australia. En este sentido, *vid.* N. GASKELL, “Australian recognition and enforcement of foreign charter party arbitration clauses”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, [2014] LM-CLQ, Mayo 2014, pp. 174-182.

**55.** La solución que técnicamente debe darse a este supuesto en nada varía respecto de la solución anteriormente alcanzada: se trata, a todas luces, de un ejercicio estéril. En efecto, partiendo de la base de que –a mi juicio– el artículo 468 LNM no debe considerarse como una norma imperativa (*supra* 26 ss.), el reconocimiento del laudo no podrá denegarse por este motivo. O dicho de otro modo, la aplicación de la cláusula de *orden público* (artículo V CNY) no procede en este contexto. Y si, por el contrario, los jueces españoles consideran que sí procede dicha calificación y, en consecuencia, deniegan el exequátur del laudo, cabe recordar que el exequátur del mismo podrá instarse ante cualquier otra jurisdicción que acepte la validez del convenio arbitral no negociado separadamente.

**56.** Por fin, plantear una demanda ante los tribunales españoles, ya sea antes o después de que se inicie el arbitraje previsto en el convenio, tampoco resuelve problema alguno. En estos supuestos, los árbitros se amparan en el principio universalmente aceptado de *Kompetenz-kompetenz* para, en su virtud, iniciar o proseguir un arbitraje por más que una de las partes haya –o vaya a– desistir del mismo para personarse ante la jurisdicción.

### C) Artículo II CNY y responsabilidad civil

**57.** Del mismo modo que ocurre en el ámbito de las cláusulas de sumisión a tribunales (*supra* 42), plantear una demanda ante un foro distinto al arbitraje convenido por medio del convenio, justifica una demanda de responsabilidad. De tal modo que, si alguna de las partes –en aplicación del artículo 468 LNM– decide ignorar la vía arbitral acordada por medio del convenio y plantear la correspondiente demanda ante los tribunales españoles (*ex art.* 469 LNM), se expone a ser demandado –ante el o los tribunales que puedan ser competentes– por violar el acuerdo que el convenio arbitral supone.

## IV. Conclusiones

**58.** De todo lo expuesto en las anteriores líneas, pueden extractarse las siguientes conclusiones:

1. El artículo 468 de la nueva LNM impone dos requisitos de validez específicos tanto para la cláusula de sumisión a tribunales extranjeros como para la cláusula arbitral que prevea un arbitraje en el extranjero. Dichos requisitos se concretan en una negociación *individual y separada* de las mismas. De este modo, el legislador hace prevalecer el principio de seguridad jurídica frente al principio de *favor negotii*, cuando la realidad –legal y jurisprudencial– comparada se caracteriza por buscar un equilibrio entre ambos. Es decir, el nuevo precepto se desmarca de las corrientes legales y jurisprudenciales ya consolidadas.
2. La redacción del precepto es desafortunada, pues debería haberse planteado desde la perspectiva del reconocimiento; esto es, estableciendo las condiciones que establece como condiciones necesarias para que puedan desplegar efectos en España.
3. Las cláusulas de sumisión a tribunales españoles o las cláusulas arbitrales que prevean un arbitraje en España no deben reunir los requisitos de validez citados en el artículo 468 LNM.
4. No obstante la voluntad del legislador de restringir la validez de estas cláusulas, los efectos de la nueva regulación serán muy limitados. Tanto en el ámbito de las cláusulas de sumisión a tribunales como en el ámbito de los convenios arbitrales.  
Para determinar la eficacia del nuevo precepto respecto de las cláusulas de sumisión a tribunales, deben distinguirse dos escenarios: el escenario *intraeuropeo* y el escenario *extraeuropeo*.
5. En este sentido, el artículo 468 LNM no será de aplicación cuando la cláusula de sumisión inserta en un contrato de utilización de buque o un contrato auxiliar de la navegación remita a los tribunales de un Estado miembro (escenario *intraeuropeo*). Ello es así porque el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido* se aplica a toda cláusula de sumisión inserta en uno de los contratos citados. En efecto, en virtud de este precepto y de la jurisprudencia dictada por el TJUE en su interpretación, el *consentimiento* –entendido como condición de eficacia

o existencia de la cláusula- es una cuestión regulada por el mismo precepto. A diferencia de otras cuestiones –como la capacidad, representación o vicios del consentimiento- que quedan reguladas por remisión al ordenamiento del Estado cuyos tribunales son designados en la cláusula. En consecuencia, en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I *refundido* no es posible limitar –como hace el artículo 468 LNM- el *consentimiento* –entendido como condición de eficacia de la cláusula- cuando la misma sea formalmente válida conforme a unos usos comerciales ampliamente conocidos y que el tercero debiera conocer.

6. La posible aplicación del artículo 468 LNM a los supuestos *extraeuropeos* no aporta ventaja alguna para el operador económico. Antes al contrario, le aboca a un escenario procesal mucho más complejo y costoso. Así, en tanto que el artículo 468 LNM no debe calificarse como una norma imperativa, el exequátur de la sentencia dictada por el tribunal designado por la cláusula debería ser reconocida en España. En cualquier caso, el reconocimiento de la sentencia dictada por un tribunal competente sería posible en cualquier otro Estado.
7. En el ámbito del arbitraje comercial internacional, el artículo 468 LNM no puede ser de aplicación. Ello es así porque el reconocimiento del convenio arbitral está regulado por el CNY. Y tal y como ha establecido el TS en su jurisprudencia, el *consentimiento* –entendido como condición de eficacia o existencia del convenio arbitral- es una cuestión regulada por el mismo precepto. Por otro lado, en aplicación del artículo VII CNY, para reconocer un convenio arbitral puede aplicarse el artículo 9 LA, pero no el artículo 468 LNM.