

Cuestiones a debate en torno a las cláusulas de jurisdicción. Retos y desafíos para una propuesta de reforma limitada del Artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido)

Questions to debate around choice of court agreements. Challenges for a limited reform of article 25 of Brussels I Regulation (recast)

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS

Profesora Titular de DIPr

UNED

Recibido: 13.06.2023 / Aceptado: 04.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8070

Resumen: Conforme al artículo 79 del Reglamento Bruselas I (refundido) corresponde a la Comisión presentar un informe sobre la aplicación del instrumento; informe que además podrá, en su caso, ir acompañado de una propuesta de modificación. A fin de dar cumplimiento a este mandato la Comisión encargó un estudio sobre los retos planteados en la aplicación del Reglamento tras siete años de funcionamiento. Este trabajo profundiza en varias de las cuestiones que han sido objeto de análisis, todas ellas en relación con la puesta en práctica de la regulación que el Reglamento Bruselas I (refundido) hace de los acuerdos de elección de foro debido a que fue una de las materias que tuvo importantes modificaciones en la refundición de Bruselas Ibis.

En particular el objeto del estudio es: *primero*, la clarificación de la noción del elemento transfronterizo cuando todos los componentes de la relación están localizados en el mismo Estado y se incluye una cláusula de jurisdicción en favor de un tribunal de un Estado distinto; *segundo*, la proyección de la aplicación del artículo 25 a domiciliados en terceros Estados en el supuesto de elección de foro en favor de un tribunal de un Estado miembro; *tercero*, la validez de los acuerdos de elección de foro en los supuestos de contratación online.

Palabras clave: Reglamento Bruselas I (refundido); acuerdos de elección de foro; internacionalidad de la relación; aplicación a domiciliados en terceros Estados; cláusula de jurisdicción en entornos digitales.

Abstract: Pursuant to Article 79 of Brussels I (recast), it is responsibility of the Commission to present a report on the application of the Council Regulation; report that may also, where appropriate, be accompanied by a proposal for modification. In order to comply with this mandate, the Commission commissioned a study on the challenges posed in the application of the Regulation after seven years of operation. In this paper we have chosen several of the issues that have been analyzed. All the issues are in relation to the implementation of the regulation that Brussels I (recast) makes of the agreements of jurisdiction, given that it was one of the matters that had important modifications in the recast of Brussels Ibis.

In particular, the purpose of this paper is: *first*, the clarification of the concept of cross-border situation when the elements of the relationship are located in the same State and the parties have agreed that a court or a courts of other member States have jurisdiction; *second*, the application of the Regulation

to defendants domiciled in third countries in cases of agreements of jurisdiction; *thirdly*, the validity of choice of forum clauses in electronic contracts.

Keywords: Brussels I (recast); agreements on jurisdiction; international of the legal relationship; application to third-country defendants; jurisdiction agreements in online contracts.

Sumario: I. Introducción. II. El elemento internacional o transfronterizo en la relación jurídico-privada. 1. Localización del elemento transfronterizo a través de la jurisprudencia del TJUE. 2. El debate sobre el transfronterizo en los acuerdos de elección de foro. 3. Posicionamiento de los tribunales de los Estados miembros. 4. El esperado pronunciamiento del TJUE. A) Argumentos a favor de la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido). B) Argumentos contrarios a la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido). III. Aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) a los demandados domiciliados en terceros Estados en caso de acuerdos de jurisdicción. 1. Algunos aspectos sin tratar en el marco de la ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) para los acuerdos de jurisdicción. 2. Dificultades encontradas en torno a la proyección del artículo 25 a domiciliados en terceros Estados. IV. La digitalización como reto para los criterios tradicionales de determinación de la competencia judicial internacional: el foro de la autonomía de la voluntad. 1. Adecuación de las cláusulas de jurisdicción a la digitalización: planteamiento del problema. 2. Pronunciamientos del TJUE sobre los e-agreements en los contratos B2B. A) El TJUE en el asunto *El Majdoud*. B) El TJUE en el asunto *Uniliver*. 3. Jurisprudencia nacional en relación con la validez de los e-agreements en contratos B2B. A) Sentencia del Tribunal Supremo de Irlanda de 14 de enero de 2019 en el asunto *Rynair Dac v. Sc. Vola.Ro SRL*. B) Sentencia del Tribunal Supremo italiano de 19 de septiembre de 2017 en el asunto *6sicuro s.p.a. v. Sociomantic Labs GmbH*. 4. ¿Qué ha sucedido en los contratos del consumo? V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El propósito de reforzar la eficacia de los acuerdos de elección de foro fue una de las ideas motrices en la reforma que se llevó a cabo por el Reglamento Bruselas I (refundido)¹ sobre las previsiones del Reglamento Bruselas Ibis², en relación a los acuerdos de jurisdicción³. De forma que, fueron varias las modificaciones incorporadas en la versión refundida del texto: la ampliación del ámbito de aplicación personal del instrumento jurídico, extendiendo las normas del Reglamento a relaciones jurídicas en las que ninguna de las partes tiene su domicilio en un Estado miembro; la incorporación de una cláusula sobre la ley aplicable a la validez material o sustantiva del acuerdo de elección de foro; así como, el establecimiento de un régimen especial relativo a la resolución de la litispendencia cuando existiera una cláusula de elección de foro acordada conforme al artículo 25.

2. Pues bien, tras la adopción del Reglamento Bruselas I (refundido), el 12 de diciembre de 2012, su entrada en vigor el 9 de enero de 2013, y su aplicación desde el 1 de enero de 2015, corresponde a la Comisión, de conformidad con su artículo 79, presentar ante el Parlamento, el Consejo y el Comité Económico y Social -como órganos que intervienen de forma directa o indirecta en el proceso legislativo de la UE- un informe sobre la aplicación del texto que podrá ir, en su caso, acompañado de una propuesta de modificación, que incluirá una evaluación de la posible necesidad de una mayor ampliación

¹ I would like to express my grateful to ELA OLMERSA (Senior Legal Advisor) *Milieu Consulting SLR*, for her help and information in preparing some parts of this paper.

Reglamento (UE) n° 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 (refundición), [en adelante Bruselas I (refundido)] DO 20.12.2012 Serie L 351/1.

² *Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil*, (en adelante Reglamento Bruselas I bis) DO 16.01.2001 Serie L12/1.

³ *Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Bruselas, (COM) 2010 748, p. 9.

de las normas sobre competencia a los demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro, atendiendo al funcionamiento del presente Reglamento y a la posible evolución de la situación en el plano internacional⁴.

Con este propósito la Comisión encarga la elaboración de un estudio “*Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (EU) No. 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels Ia Regulation)*”⁵ (en adelante *Study*), cuyo fin es aportar un análisis práctico y legal del instrumento tras más de siete años de aplicación por parte de los tribunales de los Estados miembros, así como de la jurisprudencia del TJUE derivada de las cuestiones prejudiciales planteadas⁶.

3. En relación al artículo 25 relativo a los acuerdos de elección de foro, el *Study* se centra en varios aspectos entre los que destacan y serán objeto de en este trabajo:

- 1º) La noción de elemento transfronterizo, su clarificación cuando se incluye una cláusula de jurisdicción en favor de un tribunal de un Estado miembro y tanto las partes como los demás elementos de la relación están localizados en el territorio de un mismo Estado (*vid., infra., epígrafe II*)⁷.
- 2º) La proyección de la aplicación del artículo 25 a domiciliados en terceros Estados en el supuesto de elección de foro en favor de un tribunal de un Estado miembro (*vid., infra., epígrafe III*)⁸.
- 3º) La validez de los acuerdos de elección de foro en los supuestos de contratación online (*vid., infra., epígrafe IV*)⁹.

Aunque en el *Study* se han desarrollado también otras cuestiones en relación con la aplicación del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido)¹⁰, en las líneas que siguen vamos a centrarnos en los tres aspectos señalados anteriormente para profundizar en las dificultades que se apuntan con el propósito de reflexionar en torno a la normativa existente y la práctica derivada de su aplicación. Ello permitirá realizar una valoración de conjunto con el fin de abrir un debate sobre posibles mejoras sin pretender ofrecer propuestas detalladas de cambio sobre una materia, como los acuerdos de elección de foro, que ya tuvo modificaciones muy destacables en la refundición del Reglamento Bruselas Ibis¹¹.

⁴ Los Reglamentos de la UE suelen incluir disposiciones de este tipo, si bien, la referencia a la reforma de un aspecto concreto, tal y como indica en el artículo 79, no es habitual, *vid., B. CAMPUZANO DÍAZ, “Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: análisis de la reforma”, [28] Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2014, pp. 1-35, en esp. pp. 25-28.*

⁵ *Final report preparing by Mileu Consulting for DG Justice and Consumers under Contract No JUST/2021/PR/JCOO/CIVI/0041, January 2023.*

⁶ Hay que apuntar que se han elaborado más estudios en torno a la modificación del Reglamento Bruselas I (refundido) entre ellos destaca el preparado por el Max Plack Institute for Procedural Law, B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS, N. ELSNER, I. JÄRVEKÜLG “Reform of Brussels Ibis Regulation”, *Research Paper Series*, N° 2022 (6). También en este trabajo se van a utilizar los resultados de Proyectos que se han concedido por la Comisión para testar la aplicación de Bruselas I (refundido) como *Regulation Bla: a standar for free circulation od judgments and mutual trust in the European Union (JUDGTRUST)*, cuya página web es: <https://www.asser.nl/judgtrust/judgtrust/>

Véase también B. HESS, “La reforma del Reglamento Bruselas I bis. Posibilidades y perspectivas”, *CDT*, (Octubre 2022), Vol. 14, N° 1, pp. 10-24.

⁷ *Study..., op. cit.*, p. 54 ss. Question 1: Does the notion of ‘cross-border elements’ as a prerequisite to the application of the Regulation raise particular problems?

⁸ *Study..., op. cit.*, p. 95 ss. Question 7: What has been the practical experience of the application of the Regulation to the defendants domiciled in third countries in the areas where the Regulation applies to such defendants?

⁹ *Study..., op. cit.*, p. 172 ss. Question 19: How do the Brussels Ia Regulation’s rules on jurisdiction (in particular Article 7(1)) apply to contracts that are performed online?

¹⁰ Por ejemplo, en relación con la protección de datos, a la interacción con otros instrumentos normativos, o la problemática de la litispendencia cuando existe un acuerdo de elección de foro.

¹¹ La ambiciosa Propuesta de reforma de la Comisión en otros aspectos del Reglamento Bruselas Ibis topó con una actitud contraria del Parlamento que fue defendida por el Consejo. Pueden consultarse los siguientes documentos: *Proyecto de informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconoci-*

II. El elemento internacional o transfronterizo en la relación jurídico-privada

4. La existencia del elemento internacional o transfronterizo¹² en las relaciones jurídicas privadas que son objeto del Derecho internacional privado (DIPr) es indispensable para la aplicación de las normas que conforman esta rama del ordenamiento jurídico. El elemento de la internacionalidad ha de concurrir para que operen las normas dictadas en el marco de la cooperación judicial civil y, en concreto, para la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional incluidas en el Reglamento Bruselas I (refundido).

5. Como es bien sabido la base jurídica del Reglamento se encuentra en el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), precepto que confiere el mandato a la Unión de desarrollar *la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza (...), en particular, indica el apartado 2, cuando sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior se adoptaran medidas para garantizar (...) la compatibilidad de las normas aplicables de los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción*. Por tanto, la aplicación de los instrumentos jurídicos, en concreto del Reglamento Bruselas I (refundido), se producirá sobre aquellos asuntos que tengan *repercusión transfronteriza*¹³.

Por consiguiente, la identificación de los elementos que caracterizarán a una relación como internacional es un elemento clave, funcionando, además, el requisito de transfronterizo como un componente limitador de la acción normativa de la Unión Europea¹⁴.

6. La dificultad de su concreción es patente y quizá esto ha hecho que en algunos instrumentos normativos se haya optado por incluir una definición del término que en muchos casos se ha calificado como restrictiva¹⁵.

El elemento internacional tiene que estar presente cuando la relación jurídica se desarrolla en un espacio físico o virtual (*ad. ex.* en la contratación *online*). Y aunque pudiera existir una presunción en

miento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), Ponente T. ZWIEFKA, (COM(2010)0748 – C7-0433/2010 – 2010/0383 (COD)), 28.6.2011; *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2012, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida)* (COM(2010)0748 – C7-0433/2010 – 2010/0383(COD)), 20.11.2012; *Council of the European Union, 2010/0383 (COD) 10609/12 ADD 1 JUST-CIV 209, CODEC 1495, Subject: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) – first reading - general approach*, 01.06.2012; *Council of the European Union, 10760/12, PRESSE 241, PR CO 34, 3172nd Council Meeting, Justice and Home Affairs*, Brussels, 07-08.06.2012.

¹² En la práctica el TJUE ha empleado el término “transfronterizo” e “internacional” sin hacer distinciones entre ambos. La doctrina española ha reparado en la diferenciación entre ambos términos, indicando que “los *litigios no transfronterizos* son aquellos en los que las partes tienen su domicilio en el mismo Estado, pudiendo ser *litigios internacionales*. Para ello es suficiente que en dicho litigio esté presente cualquier elemento de extranjería, como la nacionalidad de las partes, el lugar de ejecución del contrato (...), *vid.*, A-L. CALVO CARAVACA A-L, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y derecho de los negocios”, *Litigación internacional*, Ed. Aranzadi, p. 2478. La profesora M. GUZMÁN ZAPATER se refiere a las situaciones transfronterizas como aquellas que suponen el paso de frontera, “Cooperación judicial civil y Tratado de Lisboa: ¿cuánto hay de nuevo?”, *Diario La Ley*, N° 7479, 30.09.2010, p.8.

¹³ Quedan excluidos por tanto aquellos que se enmarcan en la esfera interna. STJUE de 07.02.2013, as. C543/10, *Refcomp SpA*, ECLI:EU:C:2013:62, apartado 17.

¹⁴ M. GUZMÁN ZAPATER, *Sociedad internacional y Derecho internacional privado. Problemas de aplicación de sus normas*. Ed. Colex, 2006, p. 121; *ibid.*, “Cooperación judicial civil y Tratado de Lisboa:...” , *op. cit.*, p. 4. Lo apuntan también como límite M. VIRGOS SORIANO, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional*, Segunda edición, Ed., Thomson, 2007, p. 281.

¹⁵ Por ejemplo, se ha incluido una definición en el marco del *Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso de escasa cuantía*, define cuando un asunto es transfronterizo en su artículo 3: “A efectos del presente Reglamento, se entenderá por asuntos transfronterizos aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conozca del asunto”. En el ámbito interno español el concepto de transfronterizo se ha incluido en la *Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, (artículo 3.1) dejando la duda en torno a su aplicación para supuestos en los que, aunque puede haber un elemento internacional, no están comprendidos en la definición de transfronterizo de la norma.

favor de la internacionalidad de los contratos cuando se finalizan en la red, hay que tener en cuenta que el carácter transnacional de la red no convierte a todos los contratos finalizados en internet en internacionales, sino que la existencia e identificación del elemento extranjero es igualmente un elemento central (*vid., infra.*, epígrafe III)¹⁶.

A pesar de la jurisprudencia del TJUE en la que se ha tratado de delimitar el concepto de internacional, la insistencia en torno a su precisión sigue presente en los debates académicos como factor indispensable para activar la aplicación de las normas adoptadas en el marco de la cooperación judicial civil y, en particular, al objeto de este trabajo del Reglamento Bruselas I (refundido). Antes de pasar a analizar la problemática en la materia concreta de los acuerdos de elección de foro (*vid., infra.*, epígrafe 2), el recorrido por distintas decisiones del TJUE, en supuestos para los que no ha operado la autonomía de la voluntad, muestra el enfoque adoptado en torno a la concreción de los elementos que caracterizan a un asunto como transfronterizo o internacional (*vid., infra.*, epígrafe 1).

1. Localización del elemento transfronterizo a través de la jurisprudencia del TJUE

7. Uno de los pronunciamientos más interesantes en relación con este aspecto es el asunto *Owusu*¹⁷, resuelto por el TJUE en Sentencia de 1 de marzo de 2005. En este supuesto la implicación de un solo Estado miembro y de un tercer Estado, no supuso descartar la aplicación de los instrumentos de competencia judicial internacional de la UE, en ese momento el Convenio de Bruselas de 1968. Es decir, el TJUE entendió que la apreciación del elemento transfronterizo no dependía necesariamente de la vinculación del asunto con las jurisdicciones de dos Estados miembros distintos, ya sea por el domicilio de las partes o por el fondo del asunto¹⁸.

Años más tarde, en el asunto *Hypoteční*¹⁹, para determinar si la situación tenía carácter transfronterizo el TJUE se cuestiona, basándose en la jurisprudencia *Owusu*, si el asunto sobre el que conoce un órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede plantear cuestiones relativas a la competencia judicial internacional de dicho Estado miembro. Pues bien, el elemento internacional lo localiza el TJUE en la *nacionalidad del demandado* en un Estado miembro distinto: tanto del Estado miembro de su domicilio -que en principio era desconocido-, como del Estado miembro del tribunal ante el que se había presentado la demanda, que coincidía con el domicilio del demandante. En base a lo anterior, el TJUE afirma que los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad del demandado podrían considerarse igualmente competentes, por tanto, el asunto podría plantear cuestiones de competencia judicial internacional. EL TJUE basa la aplicación de las normas del Reglamento Bruselas Ibis en la consecución de dos objetivos del instrumento: la seguridad jurídica y la protección de los demandados domiciliados en un Estado miembro²⁰.

El TJUE vuelve a pronunciarse en torno a la existencia del elemento transfronterizo para aplicar el Reglamento Bruselas Ibis en un asunto que, en principio, afecta a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro. En la decisión que adopta en el asunto *Maletic*²¹, es la vinculación de una operación

¹⁶ Sobre este aspecto llama la atención S. SÁNCHEZ LORENZO en el caso *El Majdoud* resuelto por el TJUE, as. C-322/14 ECLI:EU:C:2015:334, *vid.*, “Click-Wrap International Contracts”, *Justice, Trade, Security and Individual Freedoms in the Digital Society*, Ed. Aranzadi, 2021, pp. 249-285, en esp. pp. 261-262.

¹⁷ STJUE de 1.03.2005, as. C-281/02, 2005 I-01383. En este caso se trató de una demanda de petición de responsabilidad interpuesta por un demandado domiciliado en Reino Unido contra varias empresas con domicilio en Jamaica por unos hechos acaecidos en Jamaica. En consecuencia, el Tribunal británico era competente en aplicación del artículo 2 del Convenio de Bruselas de 1968, pero se cuestionaba la aplicación del texto debido a que el supuesto estaba vinculado con la jurisdicción de un solo Estado miembro.

¹⁸ Apartado 26.

¹⁹ STJUE 17.11.2011, *Hypoteční banka a.s. contra Udo Mike Lindner*, as. C-327/10, ECLI:EU:C:2011:745. Sobre la misma puede verse un interesante análisis en, M. PAUKNEROVÁ, “Reflexions on the Brussels Convention from Czech perspective”, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 2018/3 N°3, pp. 535-540, en esp., pp. 536-537.

²⁰ Apartado 33.

²¹ STJUE de 14.11.2013 as. C-478/12, ECLI:EU:C:2013:735.

puramente interna con otra que sí era claramente internacional lo que sirvió al TJUE para justificar la extensión del carácter transfronterizo de la segunda a la primera. Aplicando, en consecuencia, en ambos casos las normas de competencia judicial internacional del Reglamento para establecer la competencia judicial internacional.

8. En las decisiones apuntadas de los asuntos *Owusu*, *Hypotecní*, y *Maletic* se percibe un criterio más laxo en la apreciación del elemento internacional²². Así, el elemento transfronterizo concurre, a juicio del TJUE: en la primera decisión, aunque el asunto tenga vinculación con los órganos jurisdiccionales únicamente de un Estado miembro y los demás elementos de la relación estén situados en un tercer Estado; en la segunda, para el TJUE la nacionalidad, que no es un foro de competencia sobre el que determinar la competencia judicial internacional, sí sirve a efectos de caracterizar el asunto como internacional; por último, la tercera decisión, el TJUE entiende que es posible extender el elemento transfronterizo de una operación internacional a una interna cuando se trate de operaciones indisociablemente vinculadas entre sí.

9. Pues bien, dos decisiones adoptadas durante el año 2020 han llevado a cuestionar si se ha producido un cambio en la posición del TJUE, en la medida que viene a requerir una presencia más clara del elemento internacional para calificar el asunto de transfronterizo. Lo anterior está basado en la referencia que hace el TJUE en sus decisiones de los asuntos acumulados *Parking*²³ e *Interplastics*²⁴ a la definición de asunto transfronterizo que se recoge, en particular, en el *Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un Proceso monitorio Europeo* (en adelante Reglamento (UE) n° 1896/2006).

Artículo 3.1: “A efectos del presente Reglamento, se entenderá por asuntos transfronterizos aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la petición”.

En ambos asuntos - *Parking* e *Interplastics*- el TJUE sostiene la necesidad de armonizar el concepto de transfronterizo en los distintos instrumentos de la cooperación judicial civil y, en particular, con el Reglamento Bruselas I (refundido), texto que carece de una definición sobre el término. Ahora bien, tras afirmar la necesaria armonización, y referirse en concreto a la definición del Reglamento (UE) n° 1896/2006, el TJUE mantiene cierta cautela y establece que la interpretación que del elemento transfronterizo hace el citado instrumento sirve “*en principio*” para acreditar el elemento transfronterizo -y por tanto el elemento de extranjería- de un litigio a los efectos de aplicación del Reglamento 1215/2012²⁵ [(o Reglamento Bruselas I (refundido)]. La afirmación del TJUE no parece definitiva al dejar un margen de interpretación a otras posibles opciones. Por tanto, en este caso el TJUE mantiene el enfoque amplio en torno al concepto de elemento transfronterizo.

²² Esta jurisprudencia ha sido proyectada para establecer la concurrencia de un elemento internacional cuando se ha tratado de un contrato de consumo que nace en principio siendo interno y posteriormente el consumidor traslada su domicilio a otro Estado. Esta cuestión ha sido resuelta por el TJUE en Sentencia de 30.09.2021, asunto C-296/20. El Alto Tribunal en aplicación del Convenio de Lugano II determina: “El artículo 15, apartado 1, letra c), del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado el 30 de octubre de 2007, cuya celebración fue aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2009/430/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, debe interpretarse en el sentido de que esta disposición determina la competencia en el supuesto de que el profesional y el consumidor, partes en un contrato de consumo, *estuvieran domiciliados, en la fecha de la celebración de ese contrato, en el mismo Estado vinculado por dicho Convenio y de que un elemento de extranjería de la relación jurídica no surgiera hasta después de la referida celebración, debido al traslado ulterior del domicilio del consumidor a otro Estado vinculado por el mencionado Convenio*”. ECLI:EU:C:2021:784, (la cursiva es mía). En relación con el elemento internacional en esta decisión *vid.*, V. CUARTERO RUBIO, “Sobre la internacionalidad sobrevenida y las normas europeas de competencia judicial internacional: Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2021, Commerzbank , C-296/20” [43] *REELI*, 2022, pp. 2-7.

²³ STJUE de 07.05.2020, as. C267/19, ECLI:EU:C:2020:351.

²⁴ STJUE de 07.05.2020, as. C-323/19, ECLI:EU:C:2020:351.

²⁵ Apartado 35.

10. El TJUE en el asunto *Generalno*²⁶ retoma la equivalencia entre el término “litigio transfronterizo”, al que se refiere el reglamento Bruselas I (refundido) sin definirlo, y el término “asunto transfronterizo”, tal y como lo concreta el Reglamento (UE) n° 1896/2006. Pues bien, en esta decisión el TJUE sí traslada la definición de asunto transfronterizo contenida en el Reglamento sobre el proceso monitorio citado, al objeto de establecer si éste elemento se produce en la litis para aplicar el Reglamento Bruselas I (refundido) o, en caso contrario, ha de resolverse conforme a la normativa de fuente interna.

El TJUE considera para este supuesto en el que el consulado general constituye un establecimiento de un Estado miembro en otro Estado miembro que: *una de las partes del litigio tiene su domicilio o su residencia habitual en un Estado miembro distinto del Estado del órgano jurisdiccional que conoce del asunto*²⁷ y, en consecuencia, determina que el supuesto en cuestión es de carácter transfronterizo. El TJUE en el asunto *Generalno* ha buscado una equivalencia o traslación de la definición de asunto transfronterizo mucho más adherida a la letra del Reglamento (UE) n° 1868/2006 para aplicar el Reglamento Bruselas I (refundido).

11. Hay que destacar que en los asuntos en los que el TJUE ha utilizado la equivalencia para definir el concepto de transfronterizo según está recogido en el Reglamento (UE) n° 1896/2006 ha respondido en sentido positivo, es decir, permitiendo la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido). No sabemos si hubiera seguido este método de análisis en caso de que la respuesta hubiera sido negativa, resultando, por tanto, la inaplicación del Reglamento a la resolución del asunto (más adelante el argumento de la equivalencia de los términos volverá a ser objeto de tratamiento, *vid., infra.*, epígrafe 4 letra A).

2. El debate sobre el elemento transfronterizo en los acuerdos de elección de foro

12. La existencia obligatoria de un elemento internacional es una condición generalizada para aplicar el Reglamento Bruselas I (refundido)²⁸. La cuestión que plantea mayor polémica es la determinación de si existe elemento transfronterizo o internacional cuando se trata de un asunto en el que se ha concluido un acuerdo de elección de foro en favor de un tribunal de un Estado miembro, cuando los demás elementos del asunto están localizados en un mismo Estado -los domicilios de las partes, así como los demás aspectos de la relación-²⁹.

Aunque se trate de un tema clásico y sobre el que se viene discutiendo, la internacionalidad es un elemento central que ha vuelto a tomar actualidad, como resalta el *Study* encargado por la Comisión³⁰. Además, el esperado pronunciamiento del TJUE ante la cuestión prejudicial presentada a finales

²⁶ STJUE de 03.06.2021 as. C- 280/20, ECLI:EU:C:2021:443

²⁷ Apartado 37.

²⁸ Aunque es cierto que algún autor alude a razones que le llevan a afirmar que: “*una eventual relación internacional no puede considerarse un elemento de aplicación de C. Bruselas y, por ende del C. Lugano y del Reglamento 44/2001*”. Entendiendo que “*para los acuerdos de elección de foro los textos de la UE se aplicarán siempre que aquellos puedan ser incluidos en su ámbito material, temporal y personal de aplicación, siendo indiferente que en litigio exista o no elemento de internacionalidad*”. F. GARAU, *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Ed. Colex, pp. 84-85.

²⁹ Sobre las distintas posturas que pueden adoptarse en respuesta a estas situación se apuntan cuatro: 1ª) aquella seguida por los ordenamientos que requieren que haya conexión objetiva entre el acuerdo y el tribunal elegido en la cláusula, de manera que para el caso objeto de análisis el acuerdo sería invalidado dado que para las partes sería imposible validar un acuerdo de elección de foro en favor de un tribunal extranjero para un contrato interno; 2ª) no dar efecto al acuerdo en los supuestos en los que se entiende las relaciones internas no son objeto de las normas de Derecho internacional privado, caso del Convenio de La Haya de elección de foro de 2005, conforme a éste texto la mera elección de un tribunal extranjero no internacionaliza la relación; 3ª) considerar que las normas de Derecho internacional privado se aplican también a los relaciones internas, lo que en cierta medida conlleva determinar que el acuerdo de elección de tribunal en favor de los tribunales de otro Estado internacionaliza la relación y supondría, en nuestro caso, la aplicación de Bruselas I (refundido) a estos supuestos; 4ª) abierta a los ordenamientos más en la órbita de los sistemas *common law* que entienden que la eficacia de los acuerdos de elección es una cuestión que queda reservada al poder discrecional del órgano judicial. Para un desarrollo de todo lo anterior *vid., A. MILLS, Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge, pp. 222-225.

³⁰ También resalta la necesidad de aclarar el concepto transfronterizo, aunque no se refiere en particular a este elemento en los supuestos de elección de foro, B. HESS., “Reforming Brussels I bis Regulation: Perspective and Prospects”, *Max Planck Institute of Procedural Law Research Papers*, N°21/4, pp. 1-20, en espec, pp. 4-5.

del 2022 -objeto de análisis de este estudio más adelante-, vuelve a poner al elemento extranjero en el centro del debate (*vid, infra.*, epígrafe 4º).

13. Si partimos de los primeros documentos sobre el Convenio de Bruselas de 1968, así como del Convenio de Lugano la discusión ya era patente³¹. En el ámbito de la doctrina hay dos posturas contrapuestas: quienes sostienen la exigencia de un elemento internacional, pero además los elementos que vendrían a definir dicha internacionalidad son criterios objetivos (denominados objetivistas)³², y aquellos que se inclinan por entender que la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) es posible, aunque el elemento internacional resida únicamente en la propia cláusula de elección de foro, es decir en la autonomía de la voluntad (denominados subjetivistas)³³.

3. Posicionamiento de los tribunales de los Estados miembros

14. No solo la doctrina mantiene criterios distintos, en la práctica judicial interna de los distintos Estados miembros también las posturas están encontradas. El *Study* muestra claramente la disparidad en el posicionamiento de los tribunales de los Estados miembros ante el elemento internacional, así como ante la concreta pregunta formulada en relación con la localización del elemento transfronterizo en la propia elección del tribunal³⁴.

³¹ En el Informe de P. JENARD *Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, DO 28.07.90, determinaba que “El artículo 17 intervendrá, en caso de cláusula atributiva de competencia establecida bien entre una persona domiciliada en un Estado contratante y una persona domiciliada en otro Estado contratante, bien entre una persona domiciliada en un Estado contratante y una persona domiciliada fuera de la Comunidad, cuando exista sumisión en favor de un tribunal de un Estado contratante, o bien *si dos personas domiciliadas en un Estados contratante prorrogan la competencia de un tribunal de otro Estado contratante*” p. 34 (la cursiva es nuestra). Esta afirmación no supone dar una respuesta positiva a la controversia porque el elemento internacional puede encontrarse en otros elementos de la relación distintos del domicilio de las partes, por ejemplo, en el lugar de ejecución del contrato, etc..

En el Informe del Profesor P. SCHLOSSER sobre el *Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia*, en el párrafo 21 se remite a las consideraciones del Informe JENARD para la calificación de la cuestión como internacional si bien, afirma que la elección de un tribunal extranjero no internacionaliza la situación (párrafos 173 y 174).

³² Entre estos autores como ejemplo P. MANKOWSKI, “Article 23”, *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, European Law Publishers, 2007, párrafo 26, p. 382. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution des jugements en Eurpeo, Règlement 44/2001. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1998-2007)*, 4 édition, L.G.D.J. p. 126.

En la doctrina española y ante la disparidad de los criterios la profesora B. CAMPUZANO apunta que el TJUE, aunque aún no se ha pronunciado sí parece, a su juicio, inclinarse por la teoría objetivista en atención a que en el asunto *Refcomp* se centró en el elemento internacional de la relación y no en el acuerdo de elección de foro, *Los acuerdos de elección de foro. Un análisis comparado de su regulación en el Convenio de La Haya de 2005 y en el Reglamento 1215/2012*. Granada, Comares, 2018, pp. 92-93.

³³ La uniformidad y la seguridad jurídica son algunos de los argumentos utilizados por quienes defienden la postura subjetivista, *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, (U. MAGUNS P. MANKOWSKI), 2016 p. 612, “Therefore the uniformity-consideration should prevail: as far as possible all jurisdiction agreements with a European element should be measure by the yardstick of Art. 25”. Hay autores que, aunque entienden que la postura de los subjetivistas es más acorde con una economía globalizada en la que litigar ante tribunal extranjero puede ser más conveniente que litigar ante el tribunal nacional, con independencia de que la relación no tenga elementos extranjeros objetivos, sostienen como la base legal de esta teoría es más endeble, *vid.*, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, (dir. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.) Ed. *Tirant Lo Blanch*, 2020, p. 2568.

La falta de ventajas que la interpretación objetivista supone lleva al profesor F. GARCIMARTÍN a cuestionar: si el artículo 25 del Reglamento no se aplica ¿qué sucede con el acuerdo, como se entiende que no hay elemento internacional es nulo o le resulta aplicable la normativa interna de competencia judicial internacional? En este segundo caso el efecto *prorogatio fori* se regularía por una norma nacional y el efecto *derogatio fori* por otra diferente, esta dualidad de normativas aplicables podría conllevar consecuencias no razonables, “Prorogation of Jurisdiction”, *The Brussels I Regulation Recast*, (edited A. DICKINSON, E. LEIN), Oxford, pp. 285-286, en particular p. 286 nota al pie núm., 48.

³⁴ Hay que apuntar que hay Estados miembros que contienen en sus legislaciones una definición sobre qué se entiende por elemento internacional, es el caso de Bulgaria o de Hungría. Pero son definiciones amplias que no contrarían la postura mantenida por el TJUE en sus pronunciamientos.

Alguno de los tribunales creados para litigios comerciales internacionales, por ejemplo, en Países Bajos el *Netherland Commercial Court (NCC)* incluyen en sus *Rules of procedure for the International Commercial Chambers of the Amsterdam District*

En este sentido se detectan, de un lado, posturas a favor de la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) cuando el elemento internacional se ubica únicamente en la cláusula de elección del tribunal, estos son los casos de Estonia y Letonia; posturas contrarias, como la que se mantiene en Bulgaria, Italia o Rumanía³⁵, y un tercer bloque de países que comprendería a aquellos Estados cuyas decisiones se han ido modificando a lo largo del tiempo hacia una postura más flexible³⁶. También es cierto que hay Estados en los que no se ha planteado el problema como España, República Checa o Croacia³⁷.

En particular, a modo de ejemplo, traemos dos decisiones: una del Cour de Cassation francesa del 01.09.2020³⁸, y otra del Tribunal de Distrito de Rotterdam de 01.04.2016³⁹. Sentencias que muestran la discrepancia de respuestas ante una misma pregunta: ¿resulta aplicable el Reglamento Bruselas I (refundido), y en concreto el artículo 25, cuando todos los elementos de una relación están localizados en un Estado y es la elección de un tribunal de otro Estado miembro el único factor internacional?

15. En relación con la decisión de la Cour de Cassation, el Tribunal francés indica de forma expresa que la aplicación del artículo 25 del Reglamento Bruselas I está subordinada al carácter internacional de la relación, carácter que, por motivos de seguridad jurídica, ha de observarse en el momento de la conclusión de la cláusula atributiva de competencia⁴⁰. El Tribunal establece que este carácter no puede depender únicamente de la elección de un tribunal extranjero por las partes. En el supuesto objeto de análisis, el Tribunal francés establece la inaplicación del citado precepto concluyendo que el Tribunal de Apelación había situado el carácter internacional de la relación en un motivo impropio y, por lo tanto, el Reglamento Bruselas I y en particular su artículo 25 no es aplicable al asunto objeto del litigio.

16. El Tribunal del Distrito de Rotterdam se pronunció a favor de la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) en relación con el artículo 25, afirmando la existencia en el supuesto del requisito de la internacionalidad. Las partes en la litis eran dos empresas establecidas ambas en Países Bajos donde además tenían oficinas. En el contrato de alquiler de una serie de barcas estaba incluida una cláusula de jurisdicción en favor de los Tribunales alemanes. Presentada la demanda el Tribunal holandés cuestiona la internacionalidad del supuesto y finalmente sostiene que:

Court (NCC District Court) and the Amsterdam Court of Appel (NCC Court of Appel) una lista de elementos bastante amplia que vendrían a caracterizar controversia como internacional y permite que este tribunal conozca del asunto [(artículo 1.3.1. b)]: “(a) at least one of the parties to the proceedings is resident outside the Netherlands or is a company established abroad or incorporated under foreign law, or is a subsidiary of such company; (b) a treaty or foreign law is applicable to the dispute or the dispute arises from an agreement prepared in a language other than Dutch; (c) at least one of the parties to the proceedings is a company, or belongs to a group of companies, of which the majority of its worldwide employees work outside the Netherlands; (d) at least one of the parties to the proceedings is a company, or belongs to a group of companies, of which more than one-half of the consolidated turnover is realised outside of the Netherlands; (e) at least one of the parties to the proceedings is a company, or belongs to a group of companies, the securities of which are traded on a regulated market, as defined in the Dutch Financial Supervision Act (Wft), outside the Netherlands; (f) the dispute involves legal facts or legal acts outside the Netherlands; or (g) the dispute otherwise involves a relevant cross-border interest”. <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/ncc-procesreglement-en-annex1.pdf>

³⁵ En los casos de Rumanía e Italia véase *Regulation Bla: a standar for free circulation of judgments and mutual trust in the European Union (JUDGTRUST)*, Questionnaire for Rumania, p. 16; Questionnaire for Italy p. 19.

³⁶ Es el caso, por ejemplo, de Austria cuya postura ha ido cambiando a lo largo del tiempo en favor de entender que hay elemento extranjero cuando los efectos *prorrogatio fori* y *derogatio fori* se producen en Estados miembros distintos, *Regulation Bla: a standar for free circulation of judgments and mutual trust in the European Union (JUDGTRUST)*, Questionnaire for Austria, p. 34.

³⁷ *Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (UE) 1215/2012...*, op. cit., pp. 403-404.

³⁸ ECLI:FR:CCASS:2020:C100583. Jurisprudencia que estaba precedida de decisiones en el mismo sentido como Cass. Civ. 1er 30.01.2013, nº11-24.723, Bull. 2013, I, nº8; Cass. Com. 23.09.2004, nº12-26.585, Bull. 2014, IV, nº134; Cass. Civ. 1er 28.05.2015, nº14-12.363.

³⁹ ECLI: NL:RBROT :2016:1860.

⁴⁰ El Tribunal francés establece: “que la seule circonstance que l’exécution du contrat permette, par la suite, à l’un des contractants de conclure un contrat qui a un caractère international, n’est pas de nature à conférer à la situation, au moment de la conclusion du contrat, un caractère international”.

“En el presente caso, sin embargo, se ha cumplido el requisito de internacionalidad, en cualquier caso, porque la presente elección de foro se aparta de la jurisdicción de un tribunal, en este caso la jurisdicción del tribunal holandés”⁴¹.

17. No queda duda en torno a la falta de uniformidad en las respuestas de la jurisprudencia de los EM, realidad que no contribuye en absoluto a la seguridad jurídica pudiéndose obtener resultados claramente distorsionadores por la aplicación de las normativas internas.

4. El esperado pronunciamiento del TJUE

18. El TJUE ha tenido pocas oportunidades para pronunciarse en torno al elemento internacional de la relación en los supuestos de acuerdos de elección de foro cuando los elementos objetivos de la relación están localizados en un mismo Estado.

19. La primera ocasión fue en 2016 cuando el Supremo Tribunal de Justiça (Portugal), el 7 de marzo de 2016, presentó varias cuestiones prejudiciales al TJUE centradas fundamentalmente en aclarar si⁴²:

“En un litigio entre dos empresas nacionales de un Estado miembro acerca de unos contratos, ¿constituye un elemento de extranjería suficiente para originar la aplicación de los Reglamentos (CE) n.º 44/2001 y (UE) n.º 1215/2012 a efectos de la determinación de la competencia internacional la existencia en tales contratos de cláusulas de atribución de competencia en favor de otro Estado miembro, o es necesario que concurren además otros elementos de extranjería?”.

Este supuesto traía causa en un litigio entre la *Sociedade Metropolitana de Desenvolvimento, S.A.* y el *Banco Santander Totta, S.A.*, en torno a unos contratos de derivados financieros, en particular varios *swaps*. En el marco de estos contratos estaba incluida una cláusula de jurisdicción en favor de los Tribunales ingleses. La cuestión giraba en torno a si, a efectos de la determinación de la competencia internacional, es suficiente la existencia en tales contratos de cláusulas de atribución de competencia en favor de los tribunales de otro Estado miembro, o es necesario que concurren además otros elementos de extranjería para la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido).

El TJUE no llegó a pronunciarse⁴³, debido a que las partes llegaron a un acuerdo y el Tribunal portugués retiró la cuestión prejudicial. La Comisión Europea presentó observaciones escritas al asunto y en las mismas estimó que la sola existencia de un pacto de jurisdicción en favor de los tribunales de un Estado miembro distinto del Estado donde se localizan los demás elementos de la relación, es un elemento internacional suficiente como para que sean aplicables las normas del Reglamento Bruselas I (refundido)⁴⁴.

Por tanto, esto querría decir que es la cláusula de elección del tribunal la que confiere al asunto el carácter transfronterizo con independencia de que la localización de los demás elementos de la relación esté en un único Estado. Ahora bien, como hemos indicado, el TJUE no tuvo finalmente la posibilidad de pronunciarse.

⁴¹ Apartado 3.3. y 3.4 de la decisión. El Tribunal se apoya en distintas sentencias dictadas por Tribunales holandeses siguiendo este sentido, por ejemplo, la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de La Haya de 28.06.2011, (apartado 8) ECLI:NL:GHSGR:2011:BR1381.

⁴² As. C- 136/16. ECLI:EU:C:2017:237

⁴³ Por Auto de 10.03.2017 el TJUE Presidente de la Sala Segunda archivó el asunto.

⁴⁴ Sobre la misma P. MOREIRA, “A internacionalização de situações internas no direito internacional privado unificado da União Europeia. Tendências jurisprudenciais recentes”, *Revista Eletrónica de Direito público*, vol 5, núm., 1, 2018, pp. 302-335. S. BARIATTI, “Party autonomy and internationality of the legal relationship: recent developments in the case law of the EU court of justice on the European Private International Law Regulations *Derecho Internacional Privado Europeo. Diálogos con la práctica*, (Dir. P. DOMÍNGUEZ), Ed. Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 189-208.

⁴⁴ *Id.*, P. MOREIRA, “A internacionalização de situações internas no direito internacional...”, *op. cit.*, p. 316.

20. La segunda ocasión proviene de la cuestión prejudicial presentada el 26 de agosto del 2022 por el Nejvyšší soud (Tribunal Supremo de la República Checa), donde se pregunta⁴⁵:

¿Desde la perspectiva de la existencia de un elemento de extranjería, requisito necesario para la aplicación del Reglamento (UE) n° 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, puede fundarse la aplicación de este Reglamento únicamente en el hecho de que dos partes domiciliadas en el mismo Estado miembro acuerden la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro de la Unión Europea?

Conforme a los datos del supuesto se trató del impago de dos contratos de préstamo que se habían celebrado el 29 de junio de 2016 y el 11 de marzo de 2017 por una cantidad de 153.740 euros. Posteriormente, el 8 de diciembre del 2021 se celebró un contrato de cesión de préstamo en favor del demandante ahora apelante.

En el supuesto la demandada, *Inkreal s. r. o.*, tenía domicilio en Nitra, y el demandante, *Dúha reality s. r. o.*, en Bratislava, por tanto, ambas partes estaban sitas en Eslovenia. En los contratos se incluyó la misma cláusula:

“cualquier ambigüedad y diferencia que surja en este contrato se resuelve en principio mediante negociación mutua para llegar a una solución aceptable para ambas partes. Si las partes no pueden resolver la disputa será resuelta por los Tribunales checos que tengan jurisdicción sobre el tema de conformidad con la ley”.

Aunque en este momento la cuestión no está aún resuelta, vamos a tratar de analizar, en primer lugar, argumentos que entendemos podrían llevar al TJUE a concluir en sentido positivo, es decir, a la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) en estos supuestos [(*vid., infra.*, letra A)]; para, a continuación, desarrollar una posible respuesta negativa por parte del TJUE [(*vid., infra.*, letra B)]. Desarrollo en el que se tiene en cuenta tanto las posturas doctrinales como la jurisprudencia del TJUE examinada hasta el momento en torno a la delimitación del término transfronterizo en general (*vid., supra.*, epígrafe 1º), por tanto, el análisis no deja de tener un carácter prospectivo.

A) Argumentos a favor de la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido)

21. En sentido positivo pueden apuntarse los siguientes motivos:

22. Primero, hay autores que se inclinan por la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) a estos supuestos apoyando su razonamiento en la lectura del propio instrumento -argumento literal-

Conforme a éste en el Reglamento Bruselas I (refundido) no se apunta ningún elemento que impida o limite la elección de un tribunal de otro Estado miembro en las situaciones en las que los demás elementos de la relación se localicen en un único Estado miembro. Para defender esta posición se emplea como apoyo la jurisprudencia del TJUE en la que se dispensa de la necesidad de relación entre el supuesto y el tribunal del Estado miembro que se elige en la cláusula. Ahora bien, este criterio nos parece débil para el asunto concreto que tratamos en el que el único elemento de internacionalidad sería la elección del foro, principalmente porque en los supuestos analizados por el TJUE, para los que no se exigía ninguna vinculación entre el tribunal elegido y la relación litigiosa, existían elementos internacionales más allá, como decimos, de la elección de un tribunal de otro Estado miembro⁴⁶.

⁴⁵ DO 14.11.2022 C432/12, as. C-566/22, *Inkreal s. r. o./Dúha reality s. r. o.*

⁴⁶ S. BARIATTI emplea este argumento apoyándose en la jurisprudencia del TJUE que no requiere que haya ninguna conexión entre la situación litigiosa y el tribunal elegido en la cláusula, “Party autonomy and internationality of the legal relationship...”, *op. cit.*, p. 200-202. Ahora bien, como reconoce la propia autora, se trata de casos claros con elementos internacionales, es decir, no se trata de supuestos en los que el elemento internacional se derivaría de la propia elección de tribunal.

Según este argumento, que sostiene que ni la norma de fuente UE ni tampoco la norma interna de competencia judicial impiden su aplicación cuando los demás elementos de relación estén situados en el mismo Estado y el elemento internacional fue la elección de tribunal, se aceptaría como una realidad la internacionalización de manera subjetiva de una situación interna en sus elementos objetivos. Esto llevaría a la desaparición de las fronteras entre realidad nacional, internacional o global, resultado que parece estar más presente en todas las esferas de las relaciones.

23. *Segundo*, la armonización en la aplicación de los instrumentos internacionales es otro de los argumentos empleados.

El TJUE ya utilizó la equivalencia de los conceptos en su jurisprudencia al proyectar la definición de asunto transfronterizo, incluido, por ejemplo, en el Reglamento (UE) n° 1896/2006 a la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido). Aunque la respuesta en los dos asuntos resueltos por el TJUE -*Par-king e Interplastics*- conllevó la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido), esta equivalencia en los términos supondría con carácter general una lectura mucho más limitada del elemento transfronterizo.

A pesar de lo anterior, la localización en una relación del elemento internacional únicamente en el acuerdo de sumisión, tal y como se plantea en la cuestión prejudicial remitida al TJUE, encajaría, en este caso, con la definición de transfronterizo que recoge, por ejemplo, el Reglamento (UE) n° 1896/2006⁴⁷.

La búsqueda de una interpretación coherente entre el Reglamento Roma I⁴⁸ y el Reglamento Bruselas I (refundido) ha sido una aspiración lógica entre ambos instrumentos cuando, además, uno, el Reglamento Roma I ha sido la continuidad natural, en lo que a la materia contractual se refiere, del ahora Reglamento Bruselas I (refundido)⁴⁹. Conforme al instrumento de ley aplicable no se cuestiona la validez, en principio, de la elección de un ordenamiento jurídico extranjero con independencia de que la relación jurídica tenga carácter interno⁵⁰; eso sí, la elección de la ley extranjera no podrá impedir la aplicación de las normas del país donde están localizados los demás elementos de la relación y que no pueden excluirse mediante acuerdo⁵¹.

⁴⁷ Efectivamente en el caso remitido como cuestión prejudicial al TJUE una de las partes, más bien las dos, tienen su domicilio en un Estado distinto del Tribunal ante el que se presenta la petición. El domicilio de las partes está situado en Eslovenia y tribunal elegido en la cláusula y ante el que se presenta la petición en la República Checa. Ahora bien, habría que plantearse si en el mismo caso sería transfronterizo, conforme al citado Reglamento (UE) n° 1896/2006, si aun habiendo idéntico acuerdo de sumisión en favor de los Tribunales checos, la petición se presenta ante los Tribunales eslovenos.

⁴⁸ *Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, DO L177/6 de 04.07.2008. En relación con el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I como es conocido se aplica “a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”. Sobre este término en el Informe elaborado por M. GULIANO y P. LAGARDE se establece que el texto se aplica: “in situations involving a choice between the laws of different countries”, p. 10. En el Informe el artículo 3.3 se explica como una solución de compromiso entre quienes abogaban por que la elección de las partes de una ley extranjera es insuficiente por sí misma para aplicar tal ley si la situación en el momento de la elección implicaba otro elemento extranjero y otros expertos, sobre todo de Reino Unido, que veían a este factor de corrección como un obstáculo muy importante a la libertad de las partes en situaciones en las que su elección estaba justificada (...), “Informe al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DO 31.10.80, C282/1, p. 15 (la traducción es mía).

⁴⁹ Se estaría ante la denominada “coherencia horizontal” definida por la profesora MARTA REQUEJO como: refiere a la comunicación entre los Reglamentos: por ejemplo, a la definición idéntica de los términos y expresiones contenidos en ellos para asegurar la comprensión única de palabras similares o idénticas; a la proyección de los mismos principios sobre todos ellos; a la exportación de soluciones de unos a otros”, “El Derecho Internacional Privado y el Derecho Procesal Civil Europeo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *AEDIPr.*, t. XIV-XV, 2014, pp. 59-89, en esp. p. 61. En relación a la coherencia entre ambos textos recuérdese el considerando 7 del Reglamento Roma I.

⁵⁰ En referencia a la aplicación del Reglamento Roma I en un supuesto en el que la elección de un derecho extranjero, en este caso el derecho inglés se produce en un contrato finalizado por los empresa italianas, véase el asunto C-54/16 resuelto por el TJUE el 8.06.2017, y las interesantes conclusiones del Abogado General Sr. MACIEJ SZPUNAR presentadas el 02.03.2017 en relación con la aplicación del instrumento a los contratos puramente internos (en particular el apartado 117) ECLI:EU:C:2017:164. Sobre esta decisión *vid.*, F. CARRILLO DEL POZO, “El TJUE y el Reglamento Roma I: Ley aplicable a los contratos internacionales”, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado* (Dir. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ), Ed., Aranzadi, 2021, pp. 265-296, en esp., pp. 274-275.

⁵¹ Esto último también ha sido enfocado en un argumento de limitación de elección de ley conforme al Reglamento Roma I *vid.*, U. MAGNUS, “Prorogation of Jurisdiction”, *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation...*, *op. cit.*, párrafo 26, p. 604.

Por tanto, si se utiliza como criterio la continuidad natural que Roma I supone respecto del Reglamento Bruselas I (refundido), este elemento serviría para defender una postura positiva en torno a su aplicación aunque solo la elección del tribunal fuera el elemento caracterizador de la internacionalidad del asunto. Sin embargo, esta solución puede plantear dudas de adecuación en torno al concepto de transfronterizo incluido en otros textos de la cooperación judicial civil (*ad. ex.* el Reglamento (UE) n° 1896/2006).

24. *Tercero*, se ha apuntado un argumento denominado finalista en el que se pueden agrupar varios razonamientos al respecto.

Seguridad jurídica y uniformidad son objetivos en los que se sustenta la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido), fines que solo quedan asegurados con la aplicación de este instrumento, esto es, cuando se determina que el elemento internacional puede identificarse únicamente en la elección de foro -ya vimos como estos principios servían a las posturas subjetivistas-. En efecto, una respuesta en sentido contrario conllevaría la aplicación de las distintas normas internas de competencia judicial internacional a los efectos *prorogatio* y *derogatio fori*, situación que podría originar respuestas diferentes y que no resulta deseable para el buen funcionamiento del mercado interior.

B) Argumentos contrarios a la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido)

25. En sentido negativo pueden apuntarse:

26. *Primero* un argumento lógico formal⁵², postura que se basa en que la extranjería tiene que estar en la propia relación y que ha de ser previa a la elección de foro. Se argumenta que la validez de la cláusula de elección de foro solo será analizada conforme al Reglamento Bruselas I (refundido) si éste resulta aplicable, es decir, la internacionalidad de la relación tiene que ser previa a la elección del tribunal.

27. *Segundo*, teniendo en cuenta la política de armonización que la UE ha pretendido con otros textos internacionales, en particular con los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en este caso solo la respuesta negativa y, por tanto, la no aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) a estos supuestos supondría una lectura coherente o armonizada con el *Convenio de elección de foro de 2005*⁵³.

Si el carácter internacional del asunto residiera únicamente en la elección de un tribunal de un Estado miembro, esta opción conllevaría una distorsión o falta de armonización con el ámbito de aplicación del *Convenio de elección de foro de 2005*. En efecto, este Convenio al delimitar su ámbito de aplicación establece:

“El presente Convenio se aplicará en *situaciones internacionales* a los acuerdos exclusivos de elección de foro que se celebren en materia civil y comercial”.

Por tanto, la cuestión central reside en la definición que de forma expresa recoge en el artículo 1 apartado 2 sobre cuándo se entiende que una situación es internacional:

“A los efectos del Capítulo II, una situación es internacional salvo que las partes sean residentes en el mismo Estado contratante y la relación entre éstas y todos los demás elementos relevantes del litigio, cualquiera que sea el lugar del tribunal elegido, estén conectados únicamente con ese Estado”⁵⁴.

⁵² Utilizado por P. MOREIRA, “A internacionalização de situações internas no direito internacional...”, *op. cit.*, p. 321.

⁵³ El *Convenio de La Haya de elección de foro de 2005* se ratifica por la UE el 11.06.2015 y entra en vigor en octubre de ese mismo año.

⁵⁴ Resulta interesante la definición de internacional a los efectos del Capítulo III relativo al reconocimiento, pero sobre todo la declaración limitando el reconocimiento y la ejecución que puede hacerse en base al artículo 20 por los Estados parte del Convenio: “Un Estado podrá declarar que sus tribunales podrán negarse a reconocer o ejecutar una resolución dictada por un tribunal de otro Estado contratante si las partes tenían su residencia en el Estado requerido y la relación entre las partes,

Esta precisión supone que si las partes son residentes en el mismo Estado contratante y es en éste donde además se localizan los demás elementos de la relación, la elección de un tribunal de otro Estado contratante no confiere carácter internacional al supuesto en cuestión y, en consecuencia, el Convenio no resulta aplicable.

Es cierto que frente al argumento de la armonización de los textos de la UE y los Convenios de la Conferencia de La Haya puede razonarse que cuando se modificó el Reglamento Bruselas Ibis y se redactó el Reglamento Bruselas I (refundido) se podría haber decidido limitar la aplicación de este último en consonancia con el *Convenio de elección de foro de 2005* y que, sin embargo, no se hizo (en la Propuesta de la Comisión no se propuso la concreción de este aspecto).

28. Con todo lo anterior queda más que patente la importancia que tendrá el pronunciamiento del TJUE a la cuestión prejudicial presentada el 22 de agosto del 2022. Pero también creemos, a diferencia de lo que propone el *Study*, que una definición que contenga lo que ha de entenderse por elemento transfronterizo podría encorsetar un término que requiere ser interpretado *ad hoc* en cada situación y que, además, es susceptible de futuros desarrollos sobre todo si se tiene en cuenta que la frontera entre realidad nacional, internacional y global es cada vez más difusa y la separación entre relaciones económicas, sociales internas de las internacionales es cada vez más difícil.

III. Aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) a los demandados domiciliados en terceros Estados en caso de acuerdos de jurisdicción

29. La regla general del Reglamento Bruselas I (refundido) que gravita en torno a la aplicación de las normas de competencia judicial internas cuando el demandado tiene su domicilio en un tercer Estado (artículo 6.1) incluye una serie de excepciones sobre cuya aplicación práctica se ha centrado el *Study*.

De un lado, la excepción que conlleva la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido), en particular, a domiciliados en terceros Estados en los supuestos de contratos de consumo (art.18.1) y de contratos de trabajo (artículo 21.2)⁵⁵. De otro lado, y junto a lo anterior por su carácter de excepción, también en el marco del *Study* se ha tratado la proyección de las normas del Reglamento Bruselas I (refundido) en los supuestos de competencias exclusivas y en los casos de elección de foro, aunque esta extensión, en el caso de las competencias exclusivas, no sea una novedad en el marco del citado instrumento⁵⁶.

30. Pues bien, la cuestión que se plantea en el *Study* y en otras propuestas se centra en la posibilidad, como modificación de futuro, de extender la aplicación bien de todas las normas de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I (refundido)⁵⁷, bien en función de distintos los supuestos⁵⁸, a la totalidad de los demandados domiciliados fuera de la UE desplazando a la normativa de fuente interna.

así como todos los demás elementos relevantes del litigio, con excepción del lugar del tribunal elegido, estaban conectados solamente con el Estado requerido”.

⁵⁵ Junto a las anteriores habría que añadir dos excepciones más, que si bien no aparecen de forma expresa en el Reglamento sí que han sido tratadas como tales por el TJUE. Sería el caso, por ejemplo, de la aplicación del Reglamento al demandado domiciliado en un tercer Estado que comparece ante el tribunal del EM donde se ha presentado la demanda con la aplicación del artículo 26, as. C-412/98, *Josi Reassurance* [2000] ECR I-5925. Sobre este aspecto el profesor D. MOURA aboga por una aclaración expresa en el texto que salga de la revisión *vid.*, “*The Role of the Brussels I-bis Regulation in European Private International Law and the Challenges Facing it*”, *IPRAX*, 2023, pp. 1-5, en esp., p. 2. Aclaración necesaria cuando hay autores de gran relevancia que entienden que en caso de sumisión tácita el Reglamento Bruselas I (refundido) debería aplicarse sólo cuando el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro, *vid.*, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 5ª edición, Ed. Thomson Reuters, 2019, p. 187.

⁵⁶ Véase al respecto sobre estas excepciones el Considerando 14 del Reglamento.

⁵⁷ Siguiendo la Propuesta de la Comisión presentada en el año 2010, EU(COM) 2010 748, pp. 4-5. Para un estudio de la situación en ese momento *vid.*, B. CAMPUZANO DÍAZ, “Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE...”, *op. cit.*, pp. 1-35.

⁵⁸ Poniendo de relieve el *Study* las apreciaciones realizadas por, B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS, N. ELSNER, I. JÄRVEKÜLG “Reform of Brussels Ibis Regulation”, *op. cit.*, pp. 15-17.

31. Centrándonos en el objeto de este trabajo, la eliminación del requisito del domicilio de cualquiera de las partes en un Estado miembro en los supuestos de elección de foro en favor de un tribunal de la UE⁵⁹, supuso una considerable ampliación del ámbito personal de aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido). A lo anterior hay que añadir que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, no se requiere vinculación entre la situación y el tribunal elegido en la cláusula⁶⁰. Ambos aspectos suponen otorgar el máximo respeto a la autonomía de la voluntad de las partes⁶¹.

Pues bien, teniendo en cuenta lo dicho este epígrafe va a desarrollar, de un lado, aspectos que no se han tratado por el *Study* y que son interesantes (*vid., infra* apartado 1); y, de otro lado, aquellas dificultades que sí se han puesto de manifiesto a consecuencia de la ampliación del ámbito de aplicación del texto (*vid., infra.*, apartado 2).

1. Algunos aspectos sin tratar en el marco de la ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) para los acuerdos de jurisdicción

32. La extensión de las normas del Reglamento Bruselas I (refundido) plantea, sin duda, cuestiones relevantes sobre aspectos que no se han puesto de relieve en el *Study*, por lo que resulta importante realizar alguna referencia, aunque sea breve, por su interés práctico.

33. La primera cuestión gira en torno a la relación entre las normas del Reglamento Bruselas I (refundido) y las normas de fuente interna de competencia de los Estados cuando las primeras se aplican sin consideración del domicilio del demandado -en el caso de acuerdos de sumisión con independencia del domicilio de cualquiera de las partes en un Estado miembro-.

En relación con este cambio cuando se lleva a cabo la refundición de Bruselas Ibis y se modifica este aspecto ya se planteó la duda poniendo de relieve como podrían surgir en la práctica interrogantes al respecto. En definitiva, se trata de determinar cómo interactúan las normas del Reglamento Bruselas I (refundido), en este caso la previsión del artículo 25, y la normativa de fuente interna de un EM concreto relativa a los acuerdos de jurisdicción.

Las opciones posibles son dos:

- *Primera*, considerar que la validez de la cláusula de jurisdicción se establecerá solo bajo las condiciones del Bruselas I (refundido), y si el acuerdo no cumple las condiciones formales o materiales no será válido, y ello con independencia de que lo fuera conforme a la normativa interna de competencia judicial internacional del Estado en cuestión. En definitiva se entendería que las normas internas de competencia quedan desplazadas por el Reglamento Bruselas I (refundido).

⁵⁹ Hay que recordar que este requisito era condición de aplicación hasta que se modifica el Reglamento Bruselas I bis y que además traía complicaciones para fijar el momento en el que se tenía que tener en cuenta el domicilio del demandado en el Estado miembro, bien en el momento de finalización del acuerdo bien el momento de interposición de la demanda. Por ejemplo, en el caso del Convenio de Lugano II, de conformidad con el Informe Explicativo del profesor F. POCAR sobre este aspecto: “Se decidió que el momento pertinente debía ser el momento de la celebración del contrato, por motivos de seguridad jurídica y de la confianza de las partes que habían acordado la cláusula: si la fecha de referencia fuese la fecha de interposición de la demanda, cabría la posibilidad de una parte trasladarse su domicilio a un Estado vinculado por el Convenio después de haber firmado el contrato y antes de que se hubiera entablado la acción, lo que haría aplicable el artículo 23, apartado 1, y cambiaría el contexto en que el tribunal designado en la cláusula tendría que determinar su propia competencia”. Apartado 105, DO 23.12.2009, C-319/1. Sobre este aspecto en referencia al Reglamento Bruselas I bis, véase U. MAGNUS, “Prorogation of Jurisdiction”, *European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation*, (MAGNUS, U/ MANKOWSKI, P. ed.) Sellier European Law Publishers, 2007, pp. 393-394. Un estudio completo de la situación anterior *vid.*, A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en el derecho comunitario europeo*, Ed. Beramar, Madrid, 1994.

⁶⁰ Ni la jurisprudencia lo requiere ni tampoco los textos, sobre el efecto *prorogatio fori* en estas situaciones *vid.*, T. HARTLEY, *Choice-of-court agreements under the European and International instruments*, Oxford, 2013, *vid.*, pp. 97-100.

⁶¹ Véase el considerando 14 del Reglamento Bruselas I (refundido).

- *Segunda*, considerar que el Reglamento es una norma de mínimos cuando se aplica a los demandados domiciliados en terceros Estados, lo que implica la continuidad en la aplicación de la norma interna.

Los autores que suscriben esta lectura se basan tanto en la remisión al derecho nacional como la expresión “sin perjuicio” empleada en el artículo 6.1 del Reglamento, así como la lectura en sentido contrario del artículo 5 que determina: que los domiciliados en un Estado miembro solo pueden ser demandados conforme a las normas del Reglamento, al interpretarlo en sentido contrario supone que quienes están domiciliados en terceros Estados podrán ser demandados ante los tribunales de un Estado miembro también conforme a las normas nacionales⁶².

La comprensión del Reglamento Bruselas I (refundido) como norma de mínimos supondría que, aunque un acuerdo de jurisdicción no fuera válido conforme a las previsiones del artículo 25, podría tener operatividad si se determina su validez conforme a la normativa interna de competencia judicial internacional. Esta interpretación supone defender la aplicación alternativa de los instrumentos de fuente institucional y de fuente interna, lectura que, como se ha destacado por algún autor y compartimos, llevaría a un nuevo sistema de relaciones entre la normativa de la Unión Europea y la normativa interna⁶³.

En definitiva, esta interpretación podría derivar en un resultado distinto partiendo del mismo supuesto, la elección de un tribunal de un Estado miembro: así, en caso de que las partes estén domiciliadas en terceros Estados las dos normativas -Reglamento y normativa de fuente interna- se aplicarían de forma alternativa, lo que supondría que el acuerdo podría tener más posibilidades de considerarse válido; en el supuesto de que alguna de las partes esté domiciliada en un Estado miembro la validez del acuerdo queda bajo las condiciones del texto de la Unión, y sino las cumple no puede analizarse la validez conforme a la normativa nacional.

A la vista de las dudas que pueden plantearse en la práctica parece conveniente un considerando dedicado a aclarar la relación entre ambas normativas.

34. La segunda cuestión en relación con la desaparición del presupuesto personal de aplicación del Reglamento ha sido analizada también desde otra perspectiva no abordada por el *Study*⁶⁴. Se trata de establecer si esta eliminación podría llevar aparejado un aumento del número de casos en los que los tribunales de los Estados miembros pudieran ser elegidos como sedes de litigación en los contratos internacionales.

Sobre este aspecto resultan de interés sus posibles consecuencias desde una visión económica; enfoque económico sobre el que se han propuesto varias teorías. Una teoría más tradicional que se centra en los gastos que para la administración de justicia de los Estados miembros supone resolver estos asuntos con los que en muchos supuestos puede no existir vinculación alguna. Otra teoría más actual que demuestra con datos empíricos los beneficios indirectos que aportan a un Estado convertirse en la sede de la litigación internacional.

A modo de ejemplo, en 2015 la industria legal supuso el 1,8 del PIB de Reino Unido (23,1 billones de libras), creando una importante cantidad de puestos de trabajo⁶⁵.

⁶² En la doctrina española véase F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, S. SÁNCHEZ, “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Revista española de derecho europeo*, 2013, p. 16 y p. 21. Así como en la doctrina extranjera T. HARTLEY, *Choice-of-court agreements under the European and international instruments*, Oxford University Press, 2013, p. 29. En otro sentido *vid.*, B. CAMPUZANO DÍAZ, “Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE...”, *op. cit.*, pp. 14-16.

⁶³ *Vid.*, B. CAMPUZANO DÍAZ, “Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE...”, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁶⁴ Sí que es un aspecto que ha sido tratado en Proyectos de investigación financiados por la Comisión y que han servido de base para la elaboración del *Study*. *vid.*, *Regulation B1a: a standard for free circulation of judgments and mutual trust in the European Union (JUDGTRUST)*, en particular, se formula una pregunta concreta sobre este dato:

“The requirement that at least one of the parties to the choice-of-court agreement must be domiciled in a member state, as stated in Article 23 Brussels I, has been deleted in Article 25 Brussels Ia. Has this amendment resulted in an increase of a number of litigations in which jurisdiction has been based on choice- of court agreement falling under the Regulation?”.

⁶⁵ Véase un magnífico trabajo que muestra los resultados, los beneficios, los posibles intereses de las partes en relación con

La generación y ganancia de tales beneficios no pasa en absoluto desapercibida y fomenta que los legisladores de los Estados, así como los propios gobiernos, traten de que sus regímenes jurídicos, tanto en relación a sus ordenamientos como derecho aplicable, así como en relación a sus tribunales, sean más competitivos y atractivos con objeto de que, a efectos de nuestro estudio, en las cláusulas de jurisdicción las partes opten por los tribunales de su Estado⁶⁶.

Es conocida la creación de los Tribunales Comerciales Internacionales, como Netherland Commercial Courts (NCC)⁶⁷, o en Alemania Commercial Court en Stuttgart y Mannheim⁶⁸, lugares de litigación internacional que aunque estaban previstos antes del *Brexit* tras el mismo tuvieron un impulso importante.

A pesar de los intentos, y al margen de estas sedes de litigación especializadas, los estudios demuestran que la extensión de la aplicación de la normativa de la Unión Europea, incluso optando por una aplicación de forma alternativa entre el Reglamento Bruselas I (refundido) y las normas de fuente interna, no ha derivado en un aumento de los casos presentados ante los tribunales de los Estados miembros cuando las partes están domiciliadas en terceros Estados⁶⁹.

2. Dificultades encontradas en torno a la proyección del artículo 25 a domiciliados en terceros Estados

35. La aplicación práctica del Reglamento Bruselas I (refundido) en los supuestos de elección de tribunal cuando ninguna de las partes tiene su domicilio en un Estado miembro no ha supuesto, según el Informe elaborado por el Instituto Max Planck, dificultades destacables⁷⁰. Sin embargo, en el *Study* se apuntan tres supuestos que han planteado algún problema al respecto y que pasamos a analizar⁷¹.

36. *En primer lugar*, se ha destacado algún asunto en el que se cuestionaba una interacción de las cláusulas de elección de foro con las normas de competencia judicial internacional que regulan materias exclusivas. El *Study* se refiere a situaciones reportadas por Eslovenia en las que sostienen la competencia de los Tribunales eslovenos cuando se trata de materias exclusivas frente a posibles acuerdos de jurisdicción⁷².

37. *En segundo lugar*, la débil conexión entre el asunto con el territorio de la UE cuando la única vinculación de éste y el supuesto puede ser la cláusula de elección del tribunal. La supresión del requisito del domicilio de una de las partes en el territorio de la UE eliminó un criterio de conexión objetivo del supuesto con la UE. La poca o nula vinculación que alguno de los supuestos puede presentar, quizá solo el tribunal del Estado miembro elegido en la cláusula, ha sido un elemento destacado por alguna de las opiniones que se han vertido sobre el funcionamiento del texto⁷³.

38. *En tercer lugar*, un aspecto que tiene que ver con lo tratado anteriormente en relación con la localización del elemento internacional en los supuestos de elección de foro, situando la cuestión en

el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la elección de ley, pero en lo que más nos interesa en la elección de tribunal, S. VOGUENAUER., "Regulatory Competition Through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence", *European Review of Private Law*, 2013-1, pp. 13-78.

⁶⁶ *Ibid.*,

⁶⁷ <https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/default.aspx>

⁶⁸ <https://www.commercial-court.de/en/commercial-court>

⁶⁹ Puede consultarse el Informe general, así como los Informes Nacionales en los que hay una pregunta concreta sobre el incremento o no de la litigación ante los Estados miembros en estos casos, *Regulation B1a: a standar for free circulation od judgments and mutual trust in the European Union (JUDGTRUST)*.

⁷⁰ B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS, N. ELSNER, I. JÄRVEKÜLG "Reform of Brussles Ibis...", *op. cit.*, p. 22.

⁷¹ *Vid.*, *Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (UE) 1215/2012...*, *op. cit.*, p. 95.

⁷² *Ibid.*, p. 421. El tema se analiza en una decisión adoptada por Ljubljana Higher Court, No. II Cp 1736/2021 de 29.03.2022, sobre un asunto relativo a la cancelación de una hipoteca sobre un bien inmueble situado en Eslovenia. ECLI:SI:VSLJ:2022:II.CP.1736.2021.

⁷³ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 97. Elemento de desconexión que ha sido puesto de relieve en particular por las fuentes francesas consultadas.

la extensión de la aplicación de Bruselas I (refundido) cuando todos los elementos están en un tercer Estado y solo el tribunal del Estado miembro elegido es el elemento internacional. En estos supuestos el análisis del efecto *prorogatio* y *derogatio fori* quedaría sujeto: bien a la aplicación de las previsiones del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido) -si se considera que la internacionalidad de la litis puede estar basada en la propia elección de foro- o a la normativa de fuente interna del tribunal elegido en el acuerdo -si se entendiera lo contrario-.

En relación con la normativa aplicable para valorar la validez de la cláusula de elección de foro en favor de un tribunal de un Estado miembro, ¿habría algún argumento conforme al cual se pudiera sostener una decisión distinta a la que vaya a adoptar el TJUE cuando resuelva el asunto C-566/22, *Inkreal s. r. o./Dúha reality s. r. o?* (vid., supra., epígrafe II apartado 4). Entendemos que no, el tratamiento tendría que ser el mismo, si el Reglamento extiende su aplicación en todos los casos -domiciliados extra e intra Unión Europea- la respuesta del TJUE en torno a la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido), cuando el único elemento internacional sea el tribunal del Estado miembro elegido en el acuerdo, tampoco se ha de diferenciar entre unos casos y otros⁷⁴.

Ahora bien, a diferencia del supuesto que plantea la cuestión prejudicial en el que la vinculación del supuesto se produce con Estados de la Unión Europea -el del lugar del domicilio de las partes y el elegido por las partes en su acuerdo-, y por tanto la decisión que adopte el TJUE será aplicable a ambos tribunales, en el caso de domiciliados en terceros Estados, el pronunciamiento del TJUE vinculará solo la tribunal del Estado miembro elegido en la cláusula, pero no al tercer Estado con el que el supuesto tiene vinculación -ya sea por el domicilio de las partes o por los demás elementos de la relación-. No queda del todo claro que la decisión adoptada por la autoridad del Estado miembro se reconozca en el territorio del tercer Estado⁷⁵.

IV. La digitalización como reto para los criterios tradicionales de determinación de la competencia judicial internacional: el foro de la autonomía de la voluntad

39. El tercer aspecto que se va a desarrollar y que ha sido destacado en el *Study* es la eficacia de los acuerdos de jurisdicción en lo que se viene denominando comúnmente como el *ecosistema digital*. La digitalización del mercado es uno de los objetivos prioritarios de la Comisión Europea⁷⁶. Es obvio afirmar que el cambio digital está transformando el mundo; sin embargo, en términos de servicios en línea sólo el 7% de las pequeñas y medianas empresas finalizan contratos transfronterizos, el resto es de carácter nacional⁷⁷.

40. Este cambio conlleva sin duda el planteamiento de una cuestión central que lleva suscitándose desde hace tiempo y cuya proyección va más allá de la contribución que aquí se pretende, ¿hasta qué punto resiste nuestro modelo de DIPr. al impacto de las nuevas tecnologías?⁷⁸

⁷⁴ Para estos supuestos hay que apreciar que cuando el domicilio de una de las partes está situado en un Estado parte del *Convenio de La Haya de elección de foro de 2005* este texto prevalece, en principio, frente al reglamento Bruselas I (refundido) -véase el artículo 26 del Convenio donde se establecen las relaciones del texto con otros instrumentos internacionales, en particular el apartado 6-. Sin embargo el Convenio no va a ser aplicable debido a que el supuesto no entraría en la definición de asunto internacional que el mismo requiere para entrar en funcionamiento -artículo 1-, vid., supra letra B., apartado 4 del epígrafe II.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, la declaración que permite efectuar a los Estados parte del Convenio sobre elección de foro del 2005 el artículo 20 en relación a la denegación de reconocimiento de una decisión: “Un Estado podrá declarar que sus tribunales podrán negarse a reconocer o ejecutar una resolución dictada por un tribunal de otro Estado contratante si las partes tenían su residencia en el Estado requerido y la relación entre las partes, así como todos los demás elementos relevantes del litigio, con excepción del lugar del tribunal elegido, estaban conectados solamente con el Estado requerido”.

⁷⁶ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_en

⁷⁷ M. GEBAUER, “Contracts concluded by electronic means cross-border transactions. Click-wrapping and choice of court agreements in online B2B contracts”, *European Contract Law and the Digital Single Market. The implications of the Digital Revolution*, Intersentia, 2016, pp. 209-218.

⁷⁸ Vid., P. DE MIGUEL ASENSIO, *Manual de Derecho de las Nuevas Tecnologías (Derecho digital)*, Ed. Aranzadi, 2023. Una aproximación desde la jurisprudencia del TJUE vid., T. LUTZI, “Internet cases in EU Private International Law. Developing a coherent approach”, *ICLQ*, vol. 66, July 2017, pp. 687-721.

La localización de los foros “tradicionales” de competencia judicial internacional puede suponer un reto difícil de solucionar en los contratos *online* a la hora de fijar la competencia judicial internacional. De igual manera, cuando en los contratos *online* la autonomía de la voluntad se emplea como criterio de competencia judicial internacional, la digitalización también plantea desafíos para establecer si la forma de conclusión de un acuerdo de jurisdicción a través de la red cumple con las condiciones que se han venido requiriendo en la forma tradicional de adopción de estos acuerdos; exigencias conforme a las cuales se ha concluido en torno a la validez o no de la cláusula de elección de foro. En particular, en relación con el objeto de este trabajo la pregunta versaría sobre si la validez formal de la cláusula de elección de foro, tal y como está concebida en el Reglamento Bruselas I (refundido) para los contratos *offline* sirve para la contratación *online*.

41. En este trabajo es el último aspecto señalado el que vamos a desarrollar, aunque las dificultades en torno a la concreción de los foros de competencia cuando se trata de entornos digitales también han sido tratadas en el marco del *Study* a fin de analizar los retos que se plantean para determinar la necesidad o no de incluir modificaciones en el marco del texto⁷⁹.

1. Adecuación de las cláusulas de jurisdicción a la digitalización: planteamiento del problema

42. La contratación a través de la red requiere, por su alcance global, la inclusión en las relaciones contractuales de cláusulas generales predisuestas por alguna de las partes. De esta forma los términos y condiciones generales de un contrato se aplican a todos aquellos que quieran comerciar sin distinción del país desde el que se está operando ni tampoco del tipo usuario que está finalizando el contrato (es decir sea consumidor o no). La aceptación de las condiciones generales a través, por ejemplo, de un simple clic supone la vinculación a los términos de un contrato, situación que en muchas ocasiones pasa inadvertida sin que, por tanto, el sujeto sea consciente de la importancia y de las consecuencias que desde un punto de vista jurídico el citado acto conlleva⁸⁰.

Entre las condiciones generales destaca la incorporación, en el marco del DIPr, entre otros muchos aspectos, de la cláusula de elección de ley aplicable, así como de elección de foro -parece lógico que quien contrata a través de internet con contrapartes situadas en lugares muy diferentes trate, por ejemplo, de que los tribunales de su domicilio sean competentes para conocer de cualquier desacuerdo que surja-. En relación con los acuerdos de elección de foro su validez queda bajo el paraguas del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido); por tanto, tras el cumplimiento de las condiciones allí establecidas resultarán operativos los dos efectos procesales del foro de la autonomía de la voluntad: la *derogatio* y la *prorogatio fori*.

2. Pronunciamientos del TJUE sobre los e-agreement en los contratos B2B

43. Por el momento han sido dos las decisiones en las que el TJUE ha resuelto en torno a si una cláusula de jurisdicción, incluida en unas condiciones generales accesibles a través de medios *online*, cumplía con las condiciones de validez formal que determina el artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido) en supuestos de contratos B2B.

⁷⁹ *Vid.*, *Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (UE) 1215/2012...*, *op. cit.*, pp. 171-177.

⁸⁰ Elemento o diferencia psicológica que ha sido puesto de relieve por distintos autores y desde la perspectiva que interesa a este trabajo podría tener su impacto en el análisis de la validez de las cláusulas de elección de foro, *vid.*, S. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas de elección de fuero en contratos B2B contenidas en condiciones generales accesibles en una web mediante enlace hipertexto. Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2022, asunto C-358/21: Tilman S.A./Uniliver Supply Chain Company AG”, *Diario La Ley*, N° 110, enero 2023, pp. 1-17, en esp., p. 3-4.

A) El TJUE en el asunto *El Majdoud*

44. Este fue el primer asunto en el que el TJUE se pronunció sobre la validez de una cláusula de jurisdicción concluida en la red en el marco de un contrato B2B⁸¹.

45. Los hechos de forma breve son: un concesionario de automóviles domiciliado en Colonia (Alemania), adquiere un coche eléctrico en el sitio de web de la propietaria, sociedad domiciliada en Amberg (Alemania). La venta se cancela por el vendedor argumentando daños que se apreciaron cuando se estaba preparando el vehículo para su entrega. El comprador entiende que la vendedora ha puesto una excusa para no cumplir el contrato y presenta una demanda ante los Tribunales alemanes. La demandada impugna la competencia judicial internacional alegando la existencia de una cláusula de jurisdicción en favor de los Tribunales belgas incluida en el punto 7 de las condiciones generales de contratación a las que se puede acceder a través del sitio web de la demandada. La demandante se opone a la excepción de competencia alegando que la cláusula de jurisdicción era arbitraria e inesperada⁸².

46. El acceso a las condiciones generales no se hace de forma automática, sino que es necesario seleccionar una casilla para que las mismas se desplieguen⁸³. Ante esto el Tribunal alemán plantea cuestión prejudicial en la que cuestiona:

“¿Cumple la técnica llamada “click-wrapping” los requisitos de una transmisión efectuada por medios electrónicos en el sentido del artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 44/2001?”

47. El TJUE entiende que el adherente ha quedado vinculado por la cláusula de jurisdicción en un contrato que emplea la técnica del *click-wrapping*. El Tribunal admite la equivalencia entre la forma escrita y la transmisión por medios electrónicos siempre que quede un registro duradero del acuerdo. Además, el adherente tiene que tener la posibilidad de consultar, descargar e imprimir las condiciones generales antes de la celebración del contrato; ahora bien, lo anterior no quiere decir que en realidad se hayan descargado e imprimido las condiciones, sino que es suficiente con que solo se cumpla la posibilidad de hacerlo⁸⁴, tal y como ocurre en el supuesto.

⁸¹ STJUE de 21.05.2015, as. C-322/14, *El Majdoud* ECLI:EU:C:2015:334. Sobre la misma, entre otros trabajos, *vid.*, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Cláusulas de elección en contratos electrónicos internacionales: la eficacia del “click-wrapping””. (Comentario a la STJ de 21 de mayo de 2015, Asunto C-322/14, Jaouad El Majdoud y CarsOnTheWeb GmbH El Majdoud)”, *Diario La Ley UE*, Nº28, 8 de julio de 2015, pp. 1-9. A. DICKINSON J. UNGERER, “Click wrapping. Choice of Court Agreements in the Brussels I regime”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2016 pp. 15-19. D. CARRIZO AGUADO, A. ÁLVAREZ, “Determinación de la competencia judicial internacional en aquellos contratos con condiciones generales celebrados vía on line: análisis de la validez formal del pacto de la sumisión expresa materializado con un “clic” en la página web”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, 7 Julio 2015, pp. 73-88.

⁸² Apartado 13 y 14. El demandante alega la falta de validez del acuerdo dado que se trataba de una cláusula inesperada, esto puede deberse a que, en principio, pareciera que el contrato carecería el elemento internacional -hay que recordar que ambas partes, el comprador y el vendedor, empresa filial tienen su domicilio en el mismo Estado miembro-. Sin embargo, la sociedad matriz de la vendedora es una sociedad belga a quien además el vendedor la había solicitado que emitiera una factura del pago del vehículo sin el IVA. EL TJUE afirma que *el demandante conoce la existencia de un contrato transfronterizo, solicitó la emisión de una factura internacional y conocía los datos de la sociedad matriz*, apartado 16.

⁸³ «Hacer clic aquí para acceder a las condiciones generales de entrega y pago en una nueva ventana» (técnica de aceptación mediante un «clic», llamada «*clickwrapping*»).

⁸⁴ Apartado 33. En el Informe Explicativo al Convenio de Lugano el profesor F. POCAR indicaba: “El artículo 23, apartado 2, se limita a indicar que la comunicación electrónica se considera hecha por escrito si proporciona «un registro duradero», aunque ese registro duradero no se haya creado de hecho, lo que significa que el registro no se exigirá como condición necesaria para la validez formal o la existencia de la cláusula, salvo en el caso de que sea preciso probar su existencia, lo que sería por supuesto difícil de hacer por cualquier otro medio”.

B) El TJUE en el asunto *Uniliver*

48. En noviembre del 2022 el TJUE vuelve a pronunciarse sobre la validez de un acuerdo de elección de foro concluido en la red⁸⁵.

49. Los hechos del caso son: las empresas *Tilman*, con domicilio en Bélgica, y *Uniliver*, con domicilio en Suiza, finalizan varios contratos por los que la primera realiza el empaquetado de mercancía por cuenta de la segunda. En el segundo de los contratos se precisa que su regulación queda sometida a las condiciones de compra de *Uniliver*. El contenido de las condiciones generales estaba en un sitio web al que se llegaba a través de un hipertexto incluido en el contrato que se había celebrado fuera de la red -entendemos que en formato papel-. Por tanto, a través del hipertexto, se accedía a la web donde se podían consultar y descargar las condiciones generales.

Entre las condiciones generales se encontraba inserta una cláusula de elección de foro en la que se establecía “(...) que cada parte contratante se sometía irrevocablemente a la exclusiva competencia de los tribunales ingleses para la resolución de cualquier litigio que se derivase directa o indirectamente del contrato”.

Presentada demanda ante el Tribunal belga, *Uniliver* impugna la competencia alegando la existencia del acuerdo de jurisdicción en favor del Tribunal inglés. *Tilman* recurre, al entender que el contrato debía de regirse por el derecho belga. *Uniliver* se adhiere al recurso alegando que la competencia pertenecía a los tribunales ingleses.

El Tribunal belga remitente cuestiona al TJUE si la referida cláusula cumple las condiciones de validez formal del artículo 23 apartados 1, letra a) y 2, del Convenio de Lugano II⁸⁶ -que se corresponde con el artículo 23 del Reglamento Bruselas I bis y con el 25 del Reglamento Bruselas I (refundido)-.

50. La remisión expresa que en el marco del contrato se hace a las condiciones generales de compra puestas a disposición por parte de *Uniliver* cumpliría, en principio, con las condiciones de validez formal de la cláusula⁸⁷; si bien, lo anterior no es suficiente y el TJUE trata de verificar que en la contratación en la red se confieren las mismas garantías que el formato papel sin que ello venga a obstaculizar los intercambios comerciales utilizando la vía *online*.

51. Por tanto, la cuestión se centra en cómo se había llevado a cabo la comunicación de las condiciones, y si las mismas han podido ser consultadas o controladas con una diligencia normal por quien las recibe antes de la finalización del contrato, así como si se ha tenido la posibilidad de descargar e imprimir su contenido.

El TJUE entiende cumplido el requisito de la transmisión de las condiciones si puede accederse a ellas a través de una pantalla⁸⁸. A diferencia del caso *El Majdoud*, en este supuesto no es relevante

⁸⁵ STJUE de 24.11.2022, as. C-358/21, *Tilman SA/ Uniliver Supply Chain Company AG* ECLI:EU:C:2022:923.

⁸⁶ Sobre la misma P.M. ASENSIO P.M., “Cláusulas de jurisdicción en condiciones generales accesibles mediante menciones de enlaces: la sentencia *Tilman*”, puede consultarse en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2022/12/clausulas-de-jurisdiccion-en.html>;

⁸⁷ S. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas de elección de fuero en contratos B2B contenidas en condiciones generales accesibles en una web mediante enlace hipertexto. Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2022, asunto C-358/21: *Tilman S.A./Uniliver Supply Chain Company AG*”, *Diario La Ley*, N° 110, enero 2023; P. KRZYSZTOF, “CJUE on Lugano II Convention and choice of court through a simple reference to a website, case *Tilman C-358/21*”, *Conflicts of Laws.net*, 24.11.2022, pp. 1-7; M. HO-DAC, “CJUE Rules on Formal Validity of Online Jurisdictional Clauses”, puede consultarse en <https://eapil.org/2022/12/13/cjeu-rules-on-formal-validity-of-online-jurisdictional-clauses/>

⁸⁸ Sobre la aplicación del Convenio de Lugano II en este caso véase M. HERRANZ BALLESTEROS, “Aplicación del Convenio de Lugano II a la validez formal de un acuerdo de elección de foro incluido en las condiciones generales de compra accesibles en un entorno digital: la STJUE de 24 de noviembre del 2022 en el asunto C-358/21”, [45] *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2023, pp.9-16.

⁸⁷ Véase el apartado 47 de la STJUE en el asunto *Uniliver*.

⁸⁸ Hay que advertir que, aunque la cuestión prejudicial iba dirigida sobre la validez de la cláusula en referencia a la letra a)

que no exista una casilla donde *Tilman* pueda marcar la aceptación de las condiciones, tampoco, como se sostiene conforme a jurisprudencia anterior, que las condiciones se abran de forma automática, es decir no se produce un acceso directo en la pantalla. El TJUE entiende que es suficiente con que las condiciones se puedan consultar a través de un hipertexto, descargarse e imprimirse, aunque esta acción, pudiendo hacerse, no se haya realizado antes de la firma del contrato.

52. En conclusión, puede sostenerse que, en las dos decisiones *-El Majdoud y Uniliver-*, el TJUE se ha mostrado receptivo en cuanto a la aceptación de la validez formal de la cláusula de jurisdicción incluida en las condiciones generales de un contrato B2B finalizado en un entorno digital. El cumplimiento de los requisitos formales, en particular de la previsión del artículo 25.2 del Reglamento Bruselas I (refundido) se produce siempre que antes de la conclusión o firma del contrato haya sido posible consultar, guardar e imprimir las condiciones generales por la partes y además se trate de: 1º) contratos que siguen el método de *click-wrapping*, es decir técnica en la que es necesario marcar una casilla para aceptar las condiciones generales entre las que se encuentra el acuerdo de elección de foro; 2º) contratos que siguen el modelo *browse-wrap*, es decir que el acceso a las condiciones generales se hace a través de un hipervínculo que ha de funcionar y se abre aplicando por la parte una diligencia normal y sin que sea necesario que se la haya instado a marcar una casilla en el sitio web donde están alojadas las condiciones.

53. Está claro que la interpretación del TJUE en torno a la validez de los acuerdos de elección de foro en el ecosistema digital va a ser fundamental; si bien, por el momento falta bastante recorrido jurisprudencial al respecto. Decisiones en las que se trata de guardar un equilibrio entre: la existencia de acuerdo por ambas partes y la fluidez del tráfico jurídico en los contratos *online*.

3. Jurisprudencia nacional en relación con la validez de los e-agreements en contratos B2B

54. Tras el análisis de las decisiones adoptadas por el TJUE resulta interesante, como resalta el *Study*⁸⁹, detenernos en pronunciamientos de la jurisprudencia nacional a la hora de interpretar la validez formal del acuerdo de jurisdicción en estos contratos. Son dos las decisiones nacionales en las que este estudio profundiza, ambas adoptadas en el intervalo de tiempo transcurrido entre el asunto *El Majdoud* y el asunto *Uniliver*; pronunciamientos que se han destacado en los informes nacionales presentados para la elaboración del *Study*.

A. Sentencia del Tribunal Supremo italiano de 19 de septiembre de 2017 en el asunto *6sicuro s.p.a. v. Sociomantic Labs GmbH*⁹⁰

55. Los hechos que dieron lugar a la decisión fueron: la empresa italiana *6sicuro s.p.a.* demandó a la empresa alemana o *Sociomantic Labs GmbH*. ante un Tribunal de Milán por el incumplimiento de un contrato, acuerdo que se finalizó a través de mensajes de correo electrónico. Frente a ello la sociedad alemana impugna la competencia del Tribunal italiano alegando la existencia de una cláusula de jurisdicción en favor del Tribunal de Berlín, contenida en el apartado 10.3 de las condiciones generales de uso que conforme argumenta la demandada habían sido aceptadas por la ahora demandante y cuyo acceso se hacía vía web.

56. El Tribunal de Milán, frente a las alegaciones de la demandante, concluye afirmando la validez de la cláusula de elección de foro descartando, por tanto, su competencia. El Tribunal, basándose

del apartado 1 del artículo 23 en combinación con el apartado 2 del Convenio de Lugano II sin embargo el TJUE se refiere sin distinguir al apartado 1 del Convenio sin diferenciar en torno a las letras a) b) y c) que recogen distintas opciones.

⁸⁹ *Study*..., *op. cit.* p. 174ss.

⁹⁰ Cassazione civile sez. un., 19/09/2017, (ud. 09/05/2017, dep. 19/09/2017), n.21622.

en la jurisprudencia del TJUE en el asunto *El Majdoud*, confirma el conocimiento por ambas partes de la cláusula de jurisdicción inserta en las condiciones generales a las que se podía acceder a través de una web, a cuyo contenido se accedía tecleando el link y no mediante un clic.

El Tribunal establece que se cumple con la condición de guardar e imprimir las condiciones, descartando argumentos como que el demandado no haya probado la posibilidad de acceso o de impresión de las cláusulas en el momento de la estipulación; o que no se haya comunicado de forma individual las cláusulas generales⁹¹, y no acepta tampoco el argumento de la ambigüedad de la cláusula al haberse redactado la elección de tribunal junto con la elección de ley. El Tribunal italiano afirma su validez aunque a la misma se acceda teniendo que teclear un link y no a través de un clic en una casilla.

57. En este pronunciamiento el Tribunal italiano, por un lado, toma para su decisión, como hemos visto, alguna de las conclusiones del TJUE en la resolución del asunto *El Majdoud*; y de otro lado, podemos ver cómo se adelantó con su resolución a la posición que defiende el TJUE en asunto *Uniliver* al establecer la validez de la cláusula de sumisión conforme a los requisitos del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido). Hay que recordar que en ambos asuntos se trataba de acceder a las condiciones generales, entre las que se encuentra una cláusula de jurisdicción, a través de un link y no pulsando una casilla.

B. Sentencia del Tribunal Supremo de Irlanda de 14 de enero de 2019 en el asunto *Rynair Dac v. Sc. Vola.Ro SRL*⁹²

58. La decisión del Tribunal Supremo irlandés es posterior a la decisión italiana y al pronunciamiento del TJUE en el asunto *El Majdoud*, pero aún el TJUE no se había pronunciado en el asunto *Uniliver*.

59. Brevemente los hechos que dieron lugar al supuesto fueron: la agencia de viajes *Vola*, agencia online con domicilio en Rumanía, es demandada por la compañía irlandesa *Rynair* por varios aspectos en particular por realizar una copia de la pantalla. Frente a la demanda, interpuesta en Irlanda, la demandada alega la competencia de las autoridades rumanas en aplicación del artículo 4 del Reglamento Bruselas I (refundido).

La demandante se opone fundamentando la competencia de los Tribunales irlandeses en base al artículo 7.1 y 2, así como al artículo 25.1 (a) y (c) del Reglamento Bruselas I (refundido). La demandada insiste en que no interactuó con *Rynair* y que en ningún caso había aceptado mediante la marca de la casilla las condiciones de uso donde se encontraba incluida la cláusula de jurisdicción en favor de los Tribunales irlandeses. Argumenta que el sistema de *Rynair* de marcado de la casilla era automático *-auto-ticking-* y, por tanto, no era un sistema manual.

60. Corresponde al Tribunal irlandés interpretar si se cumplen las condiciones formales de la cláusula de jurisdicción tal y como se recogen en el artículo 25 de Bruselas I (refundido) y, por tanto, si el acuerdo de elección de foro es válido en un acuerdo *click-wrap*.

De un lado, en relación con la forma escrita de la letra (a) del artículo 25.1 del Reglamento Bruselas I (refundido), el Tribunal entiende que no puede considerarse que se haya cumplido la forma escrita, dado que no se ha producido una actuación activa por parte de la agencia *Vola* en la aceptación de los términos y condiciones de *Rynair*. Descarta la existencia del acuerdo de las partes debido, principalmente, al sistema automático y no manual de aceptación de las condiciones⁹³.

⁹¹ Descarta la aplicación de la previsión del artículo 10 de la *Directiva sobre comercio electrónico*, dado que conforme sostiene el Tribunal en base al artículo 1.4 esta regulación no introduce normas de Derecho internacional privado ni afecta a la competencia de los órganos judiciales.

⁹² [2019] IEHC 239.

⁹³ Véase en particular el apartado 91 de la Sentencia. El Tribunal determina: “(...) Accordingly, insofar as the evidence establishes that *Vola*’s interaction with the *Ryanair* website may have arisen in circumstances where the white box was never

De otro lado, sin embargo, en relación con la forma prescrita en la letra (c) del artículo 25.1 del Reglamento Bruselas I (refundido) el juez irlandés continúa con el razonamiento ya establecido en otras decisiones en las que se declaraba la validez y, por tanto, la eficacia de la cláusula de jurisdicción en favor del Tribunal irlandés⁹⁴. Para ello el Tribunal basa su argumento tanto en la pertenencia de ambas partes, la aerolínea y la agencia de viajes, a este negocio internacional, como el conocimiento por las partes de esta práctica habitual en el marco de esta rama del comercio⁹⁵.

61. En consecuencia, el Tribunal irlandés establece la validez y, por tanto, la eficacia del acuerdo de jurisdicción en aplicación no de la forma escrita incluida en la letra (a) del artículo 25.1. El Tribunal estima su validez en aplicación de la forma prescrita en la letra (c) del citado artículo, dado que se trata de usos regularmente observados y seguidos en contratos del mismo tipo.

Sobre la validez de la cláusula de jurisdicción conforme a las letras (b) y (c) del artículo 25.1 del Reglamento Bruselas I (refundido), en el asunto *Uniliver* el TJUE se refiere a estas formas -aunque la cuestión prejudicial no preguntaba sobre la validez conforme a las mencionadas letras- y establece: “En efecto, en tal caso, la estipulación de una cláusula atributiva de competencia se considera válida cuando se realiza de una forma admitida en este ámbito que las partes conozcan o deban conocer. *Aunque esta flexibilización no significa que no tenga que existir un acuerdo de voluntades entre las partes*, puesto que la realidad de la existencia del consentimiento de los interesados continúa siendo uno de los objetivos perseguidos por esa disposición, se presume, no obstante, que se ha producido un acuerdo de voluntades de las partes contratantes sobre una cláusula atributiva de competencia cuando existen al respecto usos comerciales en el sector del comercio internacional considerado que esas partes conozcan o deban conocer”⁹⁶ (la cursiva es nuestra). Es más, en su pronunciamiento el TJUE no discrimina entre las distintas formas recogidas en el artículo 21 del Convenio de Lugano afirmando la validez de la cláusula conforme al apartado 1 del citado artículo, y ello aunque en la cuestión prejudicial se preguntara en torno a la validez de la cláusula únicamente conforme a la forma establecida en la letra (a) del artículo 21 del Convenio de Lugano.

4. ¿Qué ha sucedido en los contratos del consumo?

62. El alcance global de la contratación a través de la red requiere la incorporación de cláusulas generales predispuestas por alguna de las partes. De esta forma los términos y condiciones generales de un contrato se aplican a todos aquellos que quieran comerciar sin distinción del país desde el que operan ni tampoco del tipo usuario que está finalizando el contrato, es decir, sea o no consumidor, protegido o no.

63. El estudio encargado por la Comisión se detiene en poner de manifiesto las dificultades que muestra la práctica nacional. Aspectos centrales como: la calificación de la figura de consumidor pasivo o activo cuando se trata de contratación electrónica; la exigencia de que el profesional dirija sus actividades al Estado del domicilio del consumidor; así como, las dificultades de aplicar de forma cohesionada el Reglamento Bruselas I (refundido) y la normativa de la Unión referida a la protección de

ticked or was ticked automatically by the system, that situation seems to me to fall short of an agreement as to jurisdiction “in writing or evidenced in writing” within the meaning of Article 25(1)(a). Certainly, the content of the Terms of Use is evidenced in writing; but the agreement itself is not”.

⁹⁴ Apartado 74 de la Sentencia.

⁹⁵ Véase el apartado 83 donde el Tribunal establece: “(...) the conditions of Article 25(1)(c) are satisfied i.e. there was in this case an agreement as to jurisdiction between the parties which was effected through a click-wrapped agreement, this being a form of agreement which accords with a usage in international trade or commerce of which the parties are aware or ought to have been aware and which in such trade or commerce is widely known to, and regularly observed by, parties to contacts of the type involved in this particular trade or commerce”.

⁹⁶ Véanse los apartados 56 a 57 del pronunciamiento. “En el apartado 58 sostiene: En el presente asunto, corresponderá, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente comprobar si las partes en el litigio principal han estipulado una cláusula atributiva de competencia en una de las formas previstas en el artículo 23, apartado 1, letras b) y c), del Convenio de Lugano II”.

los consumidores, son aspectos que han sido resaltados por el *Study* destacando las disfunciones que se producen en la aplicación nacional de las reglas del Reglamento Bruselas I (refundido)⁹⁷.

A modo de ejemplo, en relación con las cuestiones mencionadas en la contratación *online* el TJUE ha determinado que la mera posibilidad de acceder a una página web desde el domicilio no supone que el consumidor esté protegido⁹⁸; la cuestión más controvertida se centra en establecer cuando existe actividad dirigida por parte del profesional al Estado del domicilio del consumidor⁹⁹. Es aquí donde resulta importante, aunque no del todo decisivo, la distinción entre activas y pasivas, de manera que es en las primeras donde se entiende que el profesional tiene la intención de intervenir en el mercado del domicilio del consumidor.

64. ¿Qué ha pasado en particular con las cláusulas de jurisdicción incluidas en los contratos con consumidores en el marco de la contratación electrónica? La jurisprudencia nacional ha dado respuestas muy diferentes, tal y como resalta el *Study*, afirmando que en la mayor parte de los casos los problemas planteados tienen que ver con la validez de dichos acuerdos¹⁰⁰.

65. Los informes nacionales muestran las discrepancias, y aunque el estudio destaca este elemento en los resultados no ofrece mucha información al respecto. Hay autoridades nacionales que consideran nulas las cláusulas de jurisdicción, aunque el consumidor haya consentido de forma consciente -salvo que haya habido una negociación particular-, como sucede en la práctica de los tribunales eslovacos. Existe también a nivel interno una falta de consenso en torno a la validez de estos acuerdos en las propias decisiones adoptadas en el mismo Estado, y así lo ponen de manifiesto tanto el informe irlandés y como el austriaco, donde dentro de cada Estado hay respuestas distintas¹⁰¹.

66. Del análisis realizado en torno a la práctica de la incorporación de los acuerdos de jurisdicción en los contratos B2B, en el caso de los contratos B2C se ha sostenido que la técnica del *click-wrapping* no es trasladable a los contratos celebrados con consumidores protegibles¹⁰². La protección establecida en el artículo 19 del Reglamento Bruselas I (refundido) supone que los acuerdos de jurisdicción, aun cumpliendo los requisitos formales que establece el artículo 25, requieren para ser eficaces: que el acuerdo sea posterior al litigio, este requisito hace bastante improbable que un consumidor vaya a clicar la casilla de las condiciones generales, donde se inserta la cláusula de jurisdicción; su eficacia depende también de si el consumidor desea litigar ante los tribunales que en principio no sean competentes conforme a lo indicado en la sección 4ª, o si es el profesional tendrá que litigar ante los tribunales del Estado del domicilio común en el momento de la celebración del contrato del consumidor y del cocontratante.

⁹⁷ *Study...*, *op. cit.*, pp. 151-155.

⁹⁸ STJUE 7.12.2012, de as. C- 505/08 & C-144/09, *Pammer and Anpenhof*, ECLI:EU:C:2010:740.

⁹⁹ El TJUE ha indicado una serie de indicios cuya comprobación pueden llevar al tribunal nacional a determinar que se encuentra ante una actividad dirigida. Entre tales indicios indica: "(...) el carácter internacional de la actividad en cuestión – como algunas actividades turísticas-, la mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor –por ejemplo «.de»– o la utilización de nombres de dominio de primer nivel neutros –como «.com» o «.eu»–, la descripción de itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar de la prestación del servicio y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros, concretamente mediante la presentación de testimonios de dichos clientes. En relación con el uso de las lenguas o de divisas el TJUE sigue afirmando: no son elementos pertinentes para afirmar que tal actividad está dirigida a otro u otros Estados miembros, (...) salvo si la página web permite a los consumidores utilizar otra lengua u otra divisa distintas a la utilizada, la lengua y/o la divisa pueden tomarse en consideración y constituir un indicio que autoriza a considerar que la actividad del vendedor está dirigida a otros Estados miembros". Un análisis del mismo *vid.*, E. CASTELLANOS RUIZ, "El concepto de actividad profesional dirigida al Estado miembro del consumidor: stream.of-commerce", *CDT.*, (Octubre 2012), Vol. 4, Nº 2, pp. 70-92.

¹⁰⁰ *Study...*, *op. cit.*, p. 157.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 158.

¹⁰² M. GEBAUER, "Contracts Concluded by Electronic Means in Cross-Border Transactions. 'Click-Wrapping' and Choice-of-Court Agreements...", *op. cit.*, p. 217.

67. En el caso de los contratos *browse-wrap* el TJUE descartó que esta técnica cumpliera con las garantías de protección que establece el artículo 5.1 de la Directiva 97/7 sobre protección de los consumidores en los contratos a distancia¹⁰³. Así, el acceso a la información mediante un hipervínculo a un sitio en Internet de la empresa no supone: ni que el consumidor haya recibido ni que el profesional haya enviado la información, ni cumple con el requisito de soporte duradero, tal y como prescribe la Directiva en torno a la transmisión de la información¹⁰⁴.

68. En cualquier caso, aunque se trate de consumidores que no estén protegidos por el sistema previsto en el artículo 19 del Reglamento Bruselas I (refundido) las cláusulas de jurisdicción aun siendo formalmente válidas, de conformidad con el artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido), es posible que se declaren abusivas y por tanto nulas. Así, lo ha sostenido el TJUE en el asunto *Delay Fix*¹⁰⁵ en el que el TJUE entiende que una cláusula de jurisdicción sobre la que no ha habido negociación entre un consumidor y un profesional y que atribuye competencia exclusiva al tribunal del domicilio del profesional debe considerarse abusiva a los efectos la aplicación de la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas y, por tanto, carece de efectos vinculantes.

V. Conclusiones

69. Tras siete años de aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) son múltiples y variados los problemas planteados en la práctica. La elección de algunos de ellos, en el marco concreto de la modificación de los acuerdos de elección de foro, es una muestra de los mismos.

70. *Primero*, la caracterización de internacional de una relación cuando sus elementos objetivos están localizados en el mismo Estado, pero las partes optan por elegir para dirimir sus futuras controversias un tribunal situado en un Estado diferente, ha sido la primera cuestión tratada en el desarrollo de este trabajo. Y, aunque se trate de un tema clásico y sobre el que se viene discutiendo, la internacionalidad es un elemento central que ha vuelto a tomar actualidad como resalta el *Study* encargado por la Comisión.

Del recorrido jurisprudencial realizado en este trabajo resulta: en relación con los pronunciamientos nacionales la disparidad en las respuestas; en relación con las decisiones adoptadas por el TJUE destaca la flexibilidad con la que el Alto Tribunal ha tratado la concurrencia del elemento transfronterizo en los asuntos resueltos. Del estudio de la doctrina resultan argumentos a favor y en contra con sólidos posicionamientos.

Pues bien, teniendo en cuenta el estado de la situación la resolución de la cuestión prejudicial presentada a finales del 2022 ante el TJUE será clave, y su respuesta aportará sin duda, uniformidad y seguridad jurídica. Ahora bien, el pronunciamiento del TJUE no va a ser en absoluto pacífico y seguro provocará variadas discusiones. Pero al margen de las críticas, lo importante es no correr el riesgo encorsetar un término que requiere ser interpretado *ad hoc* a la situación y que es susceptible, además, de futuros desarrollos sobre todo si se tiene en cuenta que la frontera entre realidad nacional, internacional y global es cada vez más difusa y la separación entre las relaciones económicas, sociales internas de las internacionales es cada vez más difícil.

71. *Segunda*, la proyección de las normas del Reglamento Bruselas I (refundido) a los domiciliados en terceros Estados es otra de las cuestiones analizadas en este trabajo y que ha sido analizada en el *Study*, aunque no con profundidad ni detalle.

Este trabajo ha desarrollado dos cuestiones que no se han planteado en el informe solicitado por la Comisión y que entendemos son de interés práctico:

¹⁰³ STJUE de 5 de julio de 2012, as. C49/11, ECLI: EU:C:2012:419.

¹⁰⁴ Distinta es la posición en los contratos B2B como ha sucedido en el asunto *Uniliver*.

¹⁰⁵ STUE de 20.11.2020, as. C519/19, ECLI: EU:C:2020:933.

En primer lugar, la relación entre la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) y la normativa interna de competencia judicial internacional en los casos de extensión de la normativa de fuente europea a los supuestos en los que las partes estén domiciliadas en terceros Estados y acuerden someterse a los tribunales de un Estado miembro. Sería recomendable una aclaración, quizá a través de un considerando, donde se apueste de forma clara bien por la aplicación alternativa de ambas normativas bien por el desplazamiento total de la norma interna en estos casos.

En segundo lugar, no se ha tratado la repercusión práctica, y sobre todo desde un enfoque económico, la repercusión que la desaparición del presupuesto personal de aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) puede tener en la elección de los tribunales de los Estados miembros como sedes de litigación.

En relación con las cuestiones tratadas en el *Study*, caracterizadas como dificultades en la proyección del artículo 25 a domiciliados en terceros Estados se han resaltado: *primero*, los escasos problemas que la práctica nacional de algún Estado ha tenido, por ejemplo, en torno a la interacción de las cláusulas de elección de foro con las normas exclusivas de competencia; *segundo*, la débil vinculación que, en algunos casos, los asuntos pueden presentar con el territorio de la Unión; *tercero*, y unido a lo anterior se encuentra la caracterización de la situación como internacional cuando todos los elementos de la relación estén ubicados en el territorio de un tercer Estado y el acuerdo de jurisdicción sea en favor de un tribunal de un Estado miembro. En este punto, de nuevo, el pronunciamiento que adoptará el TJUE en torno a la aplicación o no del Reglamento Bruselas I (refundido) y, por tanto, la calificación de la situación como internacional o interna, vinculará a los tribunales de los Estados miembros a la hora de aplicar o no la normativa europea a situaciones conectadas en mayor medida con el territorio de terceros o únicamente de un tercer Estado.

72. Tercera, sobre la validez de los acuerdos de elección de foro en la contratación *online*. El posicionamiento mantenido por el TJUE en sus pronunciamientos respecto de esta materia ha tratado de equilibrar de un lado, el cumplimiento del consentimiento por las partes a través de las condiciones establecidas en el artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido) y de otro, las peculiaridades de la contratación *online*.

La línea abierta por el TJUE tanto en el asunto *El Majdoud* como en el asunto *Uniliver* se ha trasladado a los asuntos resueltos por la jurisprudencia interna. El cumplimiento de los requisitos formales, en particular de la previsión del artículo 25.2 del Reglamento Bruselas I (refundido) cuando se trata de un contrato B2B en el que la cláusula de elección de foro se incluye en las condiciones generales, se produce siempre que antes de la conclusión o firma del contrato haya sido posible consultar, guardar e imprimir las condiciones generales por la partes y además se trate de: 1º) contratos que siguen el método de *click-wrapping*, es decir técnica en la que es necesario marcar una casilla para aceptar las condiciones generales entre las que se encuentra el acuerdo de elección de foro; 2º) contratos que siguen el modelo *browse-wrap*, es decir que el acceso a las condiciones generales se hace a través de un hipervínculo que ha de funcionar y se abre aplicando por la parte una diligencia normal y sin que sea necesario que se la haya instado a marcar una casilla en el sitio web donde están alojadas las condiciones.

Lo que también ha quedado demostrado es que estas técnicas no pueden trasladarse a los contratos B2C. En cualquier caso, el *Study* y la jurisprudencia ponen de relieve que tanto determinados aspectos centrales en estos contratos quedan aún por resolver, como que la interpretación del TJUE en torno a la validez de los acuerdos de elección de foro en el *ecosistema digital* va ser fundamental; si bien, por el momento, falta bastante recorrido jurisprudencial al respecto.