

LA INICIATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE COMPRA DE VACUNAS CONTRA LA COVID-19 Y LOS ACUERDOS ANTICIPADOS DE ADQUISICIÓN: ANÁLISIS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
UNED

mherranz@der.uned.es

Revista General de Derecho Europeo 57 (2022)

RESUMEN: La Unión Europea ha asumido un papel importante en la gestión de la pandemia desencadenada por el virus Sars-CoV-2, principalmente en relación con la estrategia que ha desarrollado en torno a las vacunas como principal medio de lucha contra el virus. En este sentido la compra conjunta de vacunas llevada a cabo a través de los Acuerdos Anticipados de Adquisición ha sido una pieza clave. En este estudio analizamos los Acuerdos Anticipados de compra concluidos por la Comisión, en nombre de los Estados miembros, con las distintas farmacéuticas, centrándonos principalmente, aunque no de forma exclusiva, en aquellos aspectos de Derecho internacional privado que han sido incluidos en los diferentes contratos firmados.

PALABRAS CLAVES: COVID-19, Acuerdos Anticipados de Adquisición de vacunas, Reglamento Bruselas I (refundido), cláusula de elección de tribunal, cláusula de elección de ley.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. PRESTACIÓN DE ASISTENCIA URGENTE EN LA UNIÓN EUROPEA: MODIFICACIÓN DEL MARCO JURÍDICO ANTE LA CRISIS DE LA COVID-19; III. EL ACUERDO SOBRE VACUNAS CONTRA LA COVID-19 ENTRE LA COMISIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS MIEMBROS; IV. LOS ACUERDOS ANTICIPADOS DE ADQUISICIÓN O DE COMPRA DE VACUNAS; 1. Análisis del régimen jurídico de la competencia judicial internacional en caso de litigio; 1.1. Régimen jurídico aplicable a la cláusula de elección de foro; 1.2. Requisitos de validez de la cláusula de elección de foro; 1.3. Determinación de la competencia judicial internacional en ausencia de cláusula de elección de foro; 2. Determinación del derecho aplicable; V. VALORACIÓN FINAL.

THE EUROPEAN UNION VACCINES STRATEGY AGAINST COVID- 19 AND THE ADVANCED PURCHASE AGREEMENTS: AN STUDY FROM PRIVATE INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT: The European Union has assumed an important role in the Sars-CoV-2 pandemic. Mainly the EU strategy vaccines as the best way out of the pandemic. The joint purchase of vaccines carried out through the Advanced Purchase Agreements has been a key element. This study analyzes the Advanced Purchase Agreements signed by the Commission with the pharmaceuticals, in particular, the aspects concerning Private International Law elements included in these contracts.

KEY WORDS: COVID-19, Advanced Purchase Agreements, Brussels I (recast), agreement on jurisdiction, agreement on applicable law

Fecha de recepción: 2.2.2022

Fecha de aceptación: 8.4.2022

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia del virus SARS-CoV-2 (COVID-19) ha puesto a prueba tanto a las instituciones como a la normativa existente, demostrando la fragilidad de un sistema que ha reaccionado de manera rápida -aunque no con toda la eficacia deseada- ante una crisis de una magnitud sin precedentes.

Los sistemas sanitarios de los distintos Estados quedaron desbordados para hacer frente a una de las mayores emergencias de salud pública, mostrando carencias tanto de medios materiales como humanos sobre todo en la fase inicial de la pandemia. Con objeto de paliar la escasez de material sanitario la Unión Europea recurrió a los instrumentos jurídicos con los que contaba para llevar a cabo compras conjuntas¹, pergeñándose este mecanismo como un marco de actuación que complementa la acción individual de cada uno de los Estados².

Sin embargo, aunque estos instrumentos también preveían la compra conjunta de vacunas, ésta se ha llevado a cabo a través de un mecanismo distinto: los Acuerdos

*Este trabajo es resultado del Proyecto financiado mediante las Ayudas para la realización de Proyectos de Cooperación Universitaria para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, concedido por Resolución de la UNED 20 de octubre de 2020: "El acceso a los medicamentos esenciales y otros productos médico-sanitarios para hacer frente a la COVID-19". Duración: 01.11.2020 al 30.06.2022.

¹ *El Acuerdo sobre adquisición conjunta de contramedidas médicas, hecho en Luxemburgo el 20 de junio de 2014*, BOE., núm., 148 de 22 de junio de 2015. La adquisición de material a través de las compras conjuntas se sigue empleando, por ejemplo, en la *Estrategia de la UE sobre opciones terapéuticas contra la COVID-19*. Una revisión sobre la actuación de la UE ante esta crisis, *vid.*, PONTE IGLESIAS, M.T., "La Unión Europea frente a las emergencias de salud pública mundial. La crisis de la Covid-19", *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 2020, vol. 22, núm. 45, pp. 337-357. Igualmente, para una reflexión en torno a los derechos de propiedad intelectual en estas situaciones, *vid.*, CURTO POLO, M., "El acceso a las prestaciones sanitarias esenciales para hacer frente a la Covid-19 y los derechos de propiedad intelectual: especial referencia a las licencias obligatorias de patente", *Revista Electrónica de Dereito*, enero 2021, pp. 1-38.

² Un estudio sobre este ámbito en relación con el mercado del medicamento *vid.*, GIMENO FELIU, J.M; GARCÍA ÁLVAREZ, G., *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria*, Aranzadi, 2020. Para una descripción general puede consultarse GALLEGO CÓRCOLES, I., "Las adquisiciones conjuntas de productos médicos en la estrategia europea de lucha contra el Covid-19", Observatorio de contratación pública, 22/10/2020, <http://www.obcp.es/print/pdf/node/7054>.

Anticipados de Adquisición o de compra de vacunas (en adelante APA, -Advance Purchase Agreements-).

En líneas generales con los Acuerdos Anticipados de Adquisición se pretende, a través de la inversión pública en áreas en las que el mercado no proporciona incentivos suficientes, que las empresas minimicen el riesgo que supone una gran inversión como la requerida en la situación provocada por la COVID 19. Reducido ese riesgo por la inversión pública las empresas, en este caso las farmacéuticas, aceptarán asumir el desarrollo y la producción de productos que la sociedad necesita.

Aunque no es la primera vez que se finalizan Acuerdos de Anticipados de Adquisición³, ha sido con la pandemia de la COVID-19 cuando estos instrumentos han empezado a ser más conocidos y han despertado mayor interés desde los distintos ámbitos jurídicos.

A través de este estudio nos detendremos primero en analizar la base jurídica y financiera de los Acuerdos Anticipados de Adquisición de vacunas (*vid., infra.*, apartado II y apartado III); posteriormente, la observación de los distintos Acuerdos firmados con las empresas farmacéuticas lleva a centrarnos desde el Derecho internacional privado en dos aspectos concretos: el análisis, *en primer lugar*, tanto de la cláusula de elección de tribunal como en la cláusula de elección de ley incluida en los distintos Acuerdos, para pasar a examinar, *en segundo lugar*, en cada uno de los casos el escenario que se dibujaría si dichas cláusulas o bien no se hubieran incluido en los Acuerdos o bien no fueran válidas (*vid., infra.*, apartado IV).

II. PRESTACIÓN DE ASISTENCIA URGENTE EN LA UNIÓN EUROPEA: MODIFICACIÓN DEL MARCO JURÍDICO ANTE LA CRISIS DE LA COVID-19

El limitado alcance de las medidas previstas en distintos instrumentos de la UE para responder a los efectos globales del brote de la COVID-19 llevó, en abril del 2020, a la necesaria y rápida revisión de la normativa sobre prestación de asistencia sanitaria. Entre otros instrumentos y al objeto de este trabajo, resalta la modificación del *Reglamento (UE) n. 2016/369, del Consejo, de 15 de marzo de 2016, relativo a la prestación de asistencia urgente en la Unión*⁴ (en adelante Reglamento (UE) n.

³ Por ejemplo, fueron muy importantes los APA propuestos a comienzos del año 2000 para fomentar la inversión en el desarrollo de productos necesarios en relación, entre otros, con la investigación de medicamentos dedicados a tratar el VIH en niños. Tales iniciativas no eran “atractivas” para las empresas a efectos de inversión aumentando, por tanto, la importancia de los APA. Un estudio sobre tales propuestas y su necesidad, *vid.*, KREMER, M., TOWSE, A., WILLIAMS, H., “Briefing note on advanced purchase commitments”, <https://www.heartresources.org/wp-content/uploads/2012/09/Briefing-note-on-APC.pdf>.

⁴ DO L 70 de 16/03/2016.

2016/369), que dio paso al *Reglamento (UE) 2020/521 del Consejo, de 14 de abril de 2020 por el que se activa la asistencia sanitaria urgente para financiar los gastos médicos necesarios para afrontar la pandemia mundial declarada a causa de la Covid-19* (instrumento también es conocido como Reglamento ESI)⁵.

Son dos los ejes importantes que impulsan la modificación del Reglamento (UE) n. 2016/369: *de un lado*, ampliar el ámbito de aplicación del texto permitiendo no solo aportar la financiación suficiente para cubrir las necesidades urgentes de material médico, sino también financiar las medidas que faciliten el proceso para obtener la aprobación de la utilización de productos médicos⁶. *De otro lado*, aumentar las posibilidades para que se agilicen los procedimientos de contratación para la compra de suministros o contratación de servicios por la Comisión en nombre de los Estados miembros⁷.

Así, a través del Reglamento (UE) n. 2020/521 o Reglamento ESI se activa la prestación de asistencia urgente en la Unión establecida en virtud del Reglamento (UE) n. 2016/369. Para ello, y debido a las incalculables consecuencias de la COVID-19 se modifican, entre otros, tanto el artículo 3, referido a las *Acciones elegibles*, como el artículo 4 relativo a los *Tipos de intervención financiera y procedimientos de ejecución*.

En primer lugar, la lista de las acciones elegibles que serán objeto de financiación se incluye en el Anexo contenido en el Reglamento ESI, aclarando que es una lista abierta y, por tanto, puede sumarse cualquier otra acción como elegible que requiera la asistencia urgente.

En segundo lugar, en relación con los tipos de intervención y los procedimientos de ejecución, el Reglamento ESI enumera las distintas formas de prestación de asistencia urgente por parte de la Unión Europea. En particular, y entre las que se detallan en el artículo 4, se ha escogido la prevista en el punto 5 letra b):

“la contratación por parte de la Comisión, en nombre de Estados miembros, basada en un acuerdo entre la Comisión y Estados miembros”.

A continuación, en el punto 6 del artículo 4, se concretan las modalidades de contratos subsiguientes a los que se podrá recurrir cuando se haya optado por el procedimiento de contratación por parte de la Comisión en nombre de los Estados miembros basada en el acuerdo entre ésta y aquellos. Así la letra a), prevé la

⁵ DO L 117 de 03/04/2020. El Reglamento (UE) 2020/521 entra en vigor el 14 de abril, pero su aplicación se hará desde el 1 de febrero del 2020. Los anticipos realizados han sido financiados a través del Reglamento ESI con un plan de financiación de 2700 millones de euros.

⁶ Considerando 9.

⁷ Considerando 15.

celebración de contratos por la Comisión para que los servicios o bienes se presten o entreguen a los Estados miembros o a las organizaciones asociadas seleccionadas por la Comisión; y la letra b) prevé la celebración de los contratos por los Estados miembros participantes, de forma que adquieran, alquilen, o arrienden directamente, las capacidades contratadas para ellos por la Comisión.

Por tanto, el Reglamento (UE) n. 216/369 modificado como acabamos de ver por el Reglamento n. 2020/521 o Reglamento ESI, sirve de base para que la Comisión y los Estados miembros firmen: en primer lugar, el *Acuerdo sobre vacunas para la COVID-19* (*vid., infra.*, apartado III), que permite a la Comisión la contratación en nombre de los Estados miembros; y, en segundo lugar, los Acuerdos Anticipados de Adquisición de vacunas (*vid., infra.*, apartado IV).

III. EL ACUERDO SOBRE VACUNAS CONTRA LA COVID-19 ENTRE LA COMISIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS MIEMBROS

El 18 de junio del 2020 la Comisión Europea adopta una Decisión en la que aprueba el *Acuerdo con los Estados Miembros sobre vacunas contra la COVID-19*⁸. Posteriormente para España, el 5 de agosto del 2020, se publica en el BOE el *Acuerdo sobre vacunas contra la COVID-19 entre la Comisión Europea y los Estados Miembros, hecho en Madrid el 20 de julio de 2020*⁹ (en adelante Acuerdo sobre vacunas contra la COVID-19)¹⁰.

El citado Acuerdo concluido bajo el Reglamento ESI confiere un mandato a la Comisión europea para concluir con las farmacéuticas, y en nombre de los Estados miembros participantes, los denominados Acuerdos de Adquisición Anticipada a fin de combatir la pandemia de la COVID-19¹¹.

Conforme al artículo 2 del Acuerdo sobre vacunas contra la COVID-19:

⁸ C (2020) 4192 final.

⁹ Ya se anunció la intención, por la parte de la Comisión, de finalizar un acuerdo con EM participantes a fin de formalizar sus compromisos recíprocos, *vid., Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Banco Europeo de Inversiones. Estrategia de la UE para las vacunas contra la COVID-19*, Bruselas 16.06.2020 COM (2020)245 final. *In extenso*, sobre el Acuerdo entre la Comisión Europea y los EM de 20 de julio del 2020, *vid., GIMENO FELIU, J.M., "La adquisición masiva de vacunas", El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, 2021, pp. 80-88.

¹⁰ Se trata de un Acuerdo internacional administrativo y como tal, desde la perspectiva del ordenamiento español, es preceptiva su publicación en el BOE conforme al artículo art. 41 de la *Ley 25/14 de noviembre de Tratados y Acuerdos Internacionales*. BOE núm., 288, 28/11/2014. La aceptación o adhesión por España como Estado miembro participante en el Acuerdo sobre vacunas contra la COVID- 19 se publica en el mismo Boletín, comunicando el cumplimiento de los procedimientos nacionales pertinentes para su entrada en vigor desde el 20 de julio del 2020.

¹¹ En base al artículo 4 punto 5 letra b) del Reglamento (UE) 2020/521 o Reglamento ESI.

“la adquisición de las dosis de vacunas a los fabricantes con arreglo a los APA correrá a cargo de los Estados miembros participantes, y no de la Comisión, salvo que se acuerde otra cosa. Las políticas pertinentes en materia de vacunación seguirán siendo competencia de los Estados miembros participantes”.

Así, cuando la Comisión firme un APA que confiera el derecho a los Estados miembros participantes a adquirir dosis de vacunas, este derecho se ejercerá mediante la celebración de contratos entre los Estados miembros participantes y los fabricantes de vacunas (son los denominados *Order Form* que acompañan a cada uno de los APA firmados).

La adquisición de las vacunas se produce por parte de los Estados miembros. De manera que, conferido ese derecho de adquisición, cada Estado miembro participante celebrará contratos con los fabricantes -*Orden Form*-. Hay que advertir que, aunque se hubiera negociado un APA por la Comisión, los Estados miembros participantes no están obligados a celebrar contratos con las farmacéuticas. De forma que, cuando la Comisión firme un APA que obligue a la adquisición de las vacunas, cualquier Estado miembro participante podrá desvincularse del APA notificándolo a la Comisión en un plazo de cinco días hábiles desde que ésta notifique a los Estados miembros tanto su intención de celebrar un APA como sus condiciones. Todos aquellos Estados miembros participantes que no se hayan desligado quedarán vinculados a las condiciones del APA que la Comisión hubiera negociado en su nombre (art. 4).

En caso de que un Estado miembro participante quiera negociar de forma individual con una farmacéutica y se desvincule de un APA negociado por la Comisión, podrá iniciar las conversaciones de forma individual con el fabricante de las vacunas sólo después de la firma del APA por parte de la Comisión y la farmacéutica¹².

El Acuerdo sobre las vacunas contra la COVID-19 firmado entre la Comisión Europea y los Estados miembros incluye una cláusula relativa a la responsabilidad, pero solo entre estos y aquella. De forma que será cada uno de los APA donde quedan reguladas las condiciones con arreglo a las cuales asume la responsabilidad el fabricante de las vacunas o queda exonerado de la misma.

¹² Conforme al artículo 7 del Acuerdo sobre las vacunas contra la COVID-19 que establece: “Mediante la firma del presente Acuerdo, los Estados miembros participantes confirman su participación en el procedimiento y convienen en no iniciar sus propios procedimientos de compra anticipada de dicha vacuna con los mismos fabricantes. En caso de que se haya concluido un APA con un determinado fabricante que recoja la obligación de adquirir dosis de vacunas, los Estados miembros que hayan ejercido su derecho de exclusión voluntaria en virtud del presente Acuerdo podrán iniciar negociaciones individuales con el mismo fabricante una vez firmado el APA en virtud del presente Acuerdo”.

IV. LOS ACUERDOS ANTICIPADOS DE ADQUISICIÓN O DE COMPRA DE VACUNAS

Hasta el momento la Comisión ha concluido ocho APA con distintas empresas farmacéuticas para la adquisición de las vacunas¹³. Ha firmado con:

- 1) AstraZeneca AB (400 millones de dosis)¹⁴;
- 2) Sanofi Pasteur SA y Glaxosmithkline Biologicals S.A. (300 millones de dosis)¹⁵;
- 3) Janssen Pharmaceutica NV (400 millones de dosis)¹⁶;
- 4) Biotech-Pfizer Inc. y BioNTech Manufacturing GmbH (2.400 millones de dosis)¹⁷;
- 5) CureVac AG (405 millones de dosis)¹⁸;
- 6) Moderna Switzerland GmbH (460 millones de dosis)¹⁹;
- 7) Novavax Inc., y Novavax CZ., (260 millones)²⁰;
- 8) Valneva SE (27 millones de dosis, ampliables a 33 millones, para 2023

¹³ La firma de los ocho APA por la Unión Europea no quiere decir que todas las vacunas de las farmacéuticas estén autorizadas. Algunas están siendo revisadas por la Agencia Europea del Medicamento a la espera de su autorización para ser comercializadas. En total la Unión Europea se ha asegurado una cartera muy diversificada de 4.200 millones de dosis. Véase para mayor información:

https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/questions-and-answers-covid-19-vaccination-eu_es.

¹⁴ APA firmado en agosto del 2020. Puede consultarse en:

https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/eu_apa_-_executed_-_az_redactions.pdf.

¹⁵ APA firmado en septiembre del 2020. Puede consultarse en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/apa_with_sanofi_gsk.pdf.

¹⁶ APA firmado en octubre del 2020. Puede consultarse en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/jj_apa_202005071550.pdf.

¹⁷ APA firmado en noviembre del 2020. Puede consultarse en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/redacted_advance_purchase_agreement_biontech-pfizer_0.pdf.

¹⁸ APA firmado en noviembre del 2020. Puede consultarse en:

https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/curevac_-_redacted_advance_purchase_agreement_0.pdf.

¹⁹ APA firmado en noviembre del 2020. Puede consultarse en: https://www.rai.it/dl/doc/2021/04/17/1618676613043_APA%20Moderna__.pdf.

²⁰ APA firmado en agosto del 2021. Puede consultarse en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/novavax_purchase_agreement.pdf.

adaptando las vacunas a las nuevas variantes)²¹.

El carácter contractual de los APA, así como quienes son las partes de cada uno de los acuerdos firmados son aspectos importantes desde la perspectiva del derecho privado.

Primero, en relación con las partes en los acuerdos firmados, aunque como ya se ha indicado la Comisión es quien suscribe el Acuerdo en nombre de los Estados miembros, los Estados miembros participantes pueden desvincularse de manera voluntaria de cualquier APA a través del mecanismo integrado en el artículo 4 del Acuerdo entre la Comisión Europea y los Estados miembros sobre vacunas contra la COVID-19²².

Además, hay que señalar que como parte integrante de cada uno de los APA firmados cada Estado miembro participante tendrá que emitir y entregar el correspondiente *Order Form* incluido en los distintos Anexos. En algún caso, por ejemplo, en el APA con AstraZeneca²³, se hace una referencia expresa a las consecuencias que resultarían si el Estado miembro participante no emite el correspondiente *Order Form*. En este supuesto dicho Estado no recibirá ninguna de las dosis de las vacunas fijadas (ni las iniciales, ni las adicionales u opcionales que se hubieran acordado), no beneficiándose en ningún caso del APA. En los demás APA firmados con otras farmacéuticas no se indican los efectos que tendría para un Estado miembro participante, por tanto, no desvinculado del APA, la falta de emisión y entrega del correspondiente *Order Form* a la farmacéutica²⁴.

Por tanto, la Comisión y los Estados miembros participantes son parte de cada uno de los APA que la Comisión concluya en su nombre, siendo la empresa farmacéutica firmante de cada uno de los APA la otra parte del contrato.

Segundo, en relación con el carácter contractual de los Acuerdos Anticipados desde el Derecho internacional privado destacan, entre otros aspectos, de un lado la cláusula

²¹ APA firmado en noviembre del 2021. El documento que contiene el APA firmado entre Valneva y la Comisión no se ha publicado; por tanto, no hemos podido en esta investigación tener acceso a su contenido.

²² Por ejemplo, en el caso de España, aunque la Comisión ha suscrito un APA con Valneva, el Gobierno español ha decidido desvincularse suponemos que empleando el mecanismo del mencionado precepto.

²³ Así se refleja en la Cláusula 3 del APA suscrito con la farmacéutica. Sí, a pesar de no haberse desvinculado del acuerdo conforme al mecanismo del artículo 4 del Acuerdo entre la Comisión Europea y los Estados miembros sobre vacunas contra la COVID-19, el país no emite el *Order Form* contenido en el Anexo A no será elegible para recibir ninguna dosis de las vacunas ni las iniciales, adicionales u opcionales fijadas en el APA y no se beneficiará en ningún caso del mismo.

²⁴ Por ejemplo, con la Farmacéutica Pfizer la referencia al *Order Form* está en la cláusula 1.5.2. del APA. En el caso de Moderna hay referencia en la cláusula 1.4.3 del APA. En ninguno de ellos se indican las consecuencias que se producen en caso de no emitir el correspondiente *Order Form*.

de jurisdicción o de elección de tribunal y de otro la cláusula de elección de ley inserta en los diferentes APA.

La primera referencia tanto a la cláusula de elección de foro como a la cláusula de elección de ley se encuentra en el propio Acuerdo entre la Comisión Europea y los Estados miembros sobre vacunas contra la COVID-19 firmado en el mes de julio del 2020 (*vid., supra.*, apartado III).

En el marco del citado Acuerdo se hace referencia a que cada APA que se firme incorporará estipulaciones en las que se precise *la legislación aplicable* tanto al APA como a los pedidos resultantes y los *tribunales competentes*. Pactando, en el propio Acuerdo entre la Comisión Europea y los Estados miembros sobre vacunas contra la COVID-19, que la Comisión negocie con los fabricantes de vacunas que cada APA quede sujeto a la misma legislación para todos los Estados miembros participantes y entendemos que sean los mismos tribunales a los que queden sometidas las partes en caso de conflicto²⁵.

1. Análisis del régimen jurídico de la competencia judicial internacional en caso de litigio

Los distintos APA que han sido publicados incorporan en su articulado el mecanismo de resolución de controversias a través, primero, de una negociación entre los representantes de cada una de las partes quienes de forma escrita tendrán que comunicar a la otra parte la divergencia existente. Para esta fase inicial se da un plazo de veinte días con el propósito de que las partes se reúnan y traten de llegar a un acuerdo a fin de no llegar al proceso judicial²⁶.

Este mecanismo de resolución de controversias a través de la negociación en el primer APA firmado, es decir, en el acuerdo con AstraZeneca solo se extendía a las divergencias que pudieran surgir en la interpretación del APA. Sin embargo, en los APA que posteriormente se firman, por ejemplo, con las farmacéuticas Moderna o Pfizer se hace referencia expresa a la aplicación del citado mecanismo tanto a las divergencias que surjan en relación con el APA como a aquellas que se produzcan al hilo de los *Order Form*.

²⁵ Anexo al Acuerdo entre la Comisión Europea y los Estados miembros sobre vacunas contra la COVID-19.

²⁶ En todos los APA a los que se ha tenido acceso aparece bajo el título: *Applicable law and settlement of disputes*. En el APA con Moderna Switzerland GmbH, Cláusula I.11. En el APA con Pfizer Inc. Cláusula I.13. En el APA con AstraZeneca Cláusula 18.4 y 18.5. En el APA con CureVac AG se encuentra en la Cláusula 1.21. En el APA Sanofi GSK cláusula I.11. En el APA con Janssen Cláusula I.9. En el APA con Novavax se incluye en la Cláusula I.10.

En segundo lugar, si a través de la negociación no se ha podido llegar a un acuerdo y se llega a un litigio, cada uno de los APA firmados incluye la siguiente cláusula de jurisdicción²⁷:

“The Commission, the Participating Member States and the contractor irrevocably submit to *exclusive jurisdiction* of the courts located in Brussels, Belgium to settle any dispute which may arise under or in connection with this APA or the legal relationships established under this APA including under a Vaccine Order Form”.

La incorporación de esta cláusula en los distintos APA supone que todas las disputas que surjan tendrán que ventilarse ante los tribunales belgas y, en concreto, tal y como se indica, ante los tribunales de Bruselas²⁸. Este sería el caso con la farmacéutica Moderna Switzerland GmbH (según el Acuerdo se trata de una sociedad domiciliada en Suiza con sede social en Basilea); con AstraZeneca AB (sociedad sueca conforme a la indicación que aparece en el APA)²⁹; con Biotech-Pfizer Inc. y BioNTech Manufacturing GmbH (sociedad registrada en Delaware y sociedad registrada en Alemania); con CureVac AG (sociedad alemana de biotecnología); con Janssen Pharmaceutica NV (sociedad belga); con Sanofi Pasteur SA y Glaxosmithkline Biologicals (sociedades francesa y belga).

²⁷ En el caso del APA con la farmacéutica Novavax, aunque sí se incluye una cláusula de elección de ley, así como de elección de foro -Cláusula I.10 *Applicable Law and settlement of disputes*- no se ha podido comprobar con exactitud ni la ley ni los tribunales elegidos, dado que se ha omitido esta información en el documento publicado al que se ha tenido acceso.

²⁸ Con la indicación del Estado miembro al que pertenecen los tribunales elegidos en la cláusula se evita el conflicto al que dio lugar, entre otros motivos, el asunto C- 222/15, resuelto por el TJUE en Sentencia de 7 de julio de 2016, ECLI:EU:C:2016:525. En este asunto se discutió entre otros aspectos, la precisión del contenido de la cláusula atributiva de competencia dado que las partes se habían sometido a los Tribunales de París entendiendo una de las partes que: “como la ciudad de París (Francia) no es un Estado, tal expresión, según Hószig, no designa a un tribunal específico, sino a un conjunto de tribunales que se hallan en el territorio de dicha ciudad” (apartado 20). Finalmente, el TJUE entiende que una cláusula que designa “como tribunales competentes a los de una ciudad de un Estado miembro, cumple los requisitos de la citada disposición relativos al consentimiento de las partes y a la precisión del contenido de dicha cláusula” (apartado 40).

²⁹ Con la farmacéutica AstraZeneca ya hubo una controversia con motivo del retraso en la entrega de las dosis comprometidas de las vacunas. Pues bien, con el fin de que las farmacéuticas no incumplan sus obligaciones de suministro amparándose en su incapacidad cuando en realidad lo que sucede es una venta de las vacunas a otros compradores sin que se hayan cumplidos los APA firmados en su totalidad, la Comisión elaboró el *Reglamento de ejecución (UE) 2021/111 de la Comisión de 29 de enero de 2021 por el que se supedita la exportación de determinados productos a la prestación de una autorización de exportación*. Conforme a su considerando 9 se establece: (...) “haciendo que las exportaciones de vacunas contra la COVID-19 cubiertas por acuerdos de adquisición anticipada (AAA) con la Unión estén sujetas a una autorización previa de manera que se garanticen suministros adecuados en la Unión para cubrir la demanda vital, sin que ello afecte a los compromisos internacionales de la Unión a este respecto”. Así, cuando la fabricación de una vacuna se realiza un Estado miembro su exportación estará sujeto a una autorización conforme a las previsiones del citado Reglamento. DO. Serie L 31 I/4 de 30.01.2021.

En relación con la cláusula de jurisdicción nos detenemos en el análisis de dos aspectos: *en primer lugar*, al régimen jurídico aplicable (*vid., infra.*, apartado A); *en segundo lugar*, a los requisitos de validez de la cláusula de elección de foro insertada en los distintos APA (*vid., infra.*, apartado B). Para finalizar este epígrafe, resulta interesante determinar qué tribunales serían competentes en caso de no haber empleado la autonomía de la voluntad a través de la cláusula de elección de foro, con el fin de valorar la adecuación o no de la sumisión expresa en estos casos (*vid., infra.*, apartado C).

1.1. Régimen jurídico aplicable a la cláusula de elección de foro

En torno al régimen jurídico aplicable a la cláusula de elección de foro hay que determinar la aplicabilidad 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 (refundición)* [en adelante Bruselas I (refundido)]³⁰. Para ello es necesario delimitar los ámbitos de aplicación del texto.

De un lado, se trata de una materia contractual, en concreto, un contrato de suministro sometido a la condición de la fabricación y comercialización tras la autorización de la vacuna contra la COVID-19, en definitiva, como se ha indicado un es contrato sometido a una condición suspensiva³¹. Las compañías se obligan a hacer los máximos esfuerzos razonables para llegar a la fabricación, desarrollo y posterior comercialización de la vacuna³². Por tanto, el contrato objeto de la relación está incluido en la materia civil y mercantil regulada en el ámbito *ratione materiae* del Reglamento Bruselas I (refundido).

De otro lado, podría suscitar alguna duda en la aplicación del mencionado instrumento jurídico la intervención como partes de la Comisión o de los Estados miembros. Conforme con el artículo 1 del Reglamento Bruselas I (refundido), donde se determina su ámbito de aplicación material, se establece que el presente Reglamento se aplicará:

“en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No se aplicará, en particular, a las materias fiscal, aduanera ni

³⁰ DO Serie L 351/1 de 20.12.2012.

³¹ Véase el excelente trabajo del profesor SÁNCHEZ LORENZO, S., “El advanced purchase agreement (APA) entre AstraZeneca y la Comisión europea visto desde el Derecho privado”, *La Ley Unión Europea*, nº 90, marzo 2021, pp. 1-12, en espec. p. 2.

³² Se trata de la cláusula “best reasonable efforts”. En el APA con AstraZeneca está en la cláusula 5.4; en el APA firmado con Pfizer Inc. y BioNTech cláusula 1.2; en el APA con Moderna Switzerland GmbH está inserta en la cláusula 1.2.

administrativa, *ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (acto iure imperii)*”.

Pues bien, la caracterización de la actuación de la Comisión o de los Estados miembros participantes en los contratos en ejercicio de su autoridad pública no permitiría aplicar el Reglamento Bruselas I (refundido), dado que cabría invocar la excepción de inmunidad de jurisdicción. Dicha caracterización ha sido delineada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) al pronunciarse sobre el alcance de esta excepción en distintos supuestos en los que Estados o entes públicos han finalizado contratos con distintas empresas privadas³³.

Del análisis de la jurisprudencia del TJUE al respecto resulta que el contrato por el que se suministran las vacunas contra la COVID-19 no se encuadra en el ejercicio de poderes exorbitantes de los Estados ni en las prerrogativas de poder público en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares. Se trata en definitiva de un contrato por el que la Comisión, en nombre de los Estados miembros, adquiere vacunas de las empresas farmacéuticas quienes se comprometen a su entrega a cambio de un precio. Por tanto, estamos ante relación jurídica de derecho privado con independencia de la finalidad pública (protección de la salud pública), y de que una de las partes sea la Comisión o los Estados miembros. Estos elementos no son suficientes para establecer que la actuación se realiza como acto de *iure imperii*³⁴.

Hay que destacar cómo tanto en el APA firmado entre la Comisión, en nombre de los Estados miembros, con la farmacéutica Pfizer, así como en el caso del APA firmado con Janssen se recoge de forma expresa:

³³ *In extenso*, en relación a la noción civil y mercantil en relación al papel que asume la autoridad pública que actúa en el litigio *vid.*, GÓMEZ JENE, M., “Capítulo I. Ámbito de aplicación y definiciones”, *Comentario al Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil. El Reglamento Bruselas I refundido*. Edt., Aranzadi, 2016, pp. 57-89.

³⁴ Véase en este sentido la doctrina del TJUE en dos decisiones recientes. Sentencia del TJUE de 3/9/2020, As. C-189/16, ECLI:EU:C:2020:638. Se trata de un supuesto en el que se había celebrado un contrato suministro de combustible para una operación militar entre una organización militar y un grupo de empresas suministradoras. Pues bien, el TJUE entiende que, aunque esté finalmente destinado al fin público de la operación, en su propia naturaleza es privado, y como tal se debe entender dentro del ámbito de aplicación del Reglamento. El posterior contrato de depósito de una cuantía económica celebrado entre ambas partes con el fin de asegurar el pago de las cuantías debidas por el contrato de suministro también tiene dicha naturaleza.

La segunda decisión, Sentencia del TJUE de 7/5/2020, As. C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349. En este caso el TJUE entiende que igualmente tiene naturaleza civil y mercantil el contrato de clasificación y certificación de buques ejecutados por una sociedad privada con el armador del buque a cambio de remuneración, aunque se realicen por delegación y por cuenta de un Estado. Sobre ambas decisiones *vid.*, PÉREZ MARTÍN, L., “Doctrina del TJUE sobre la inmunidad de ejecución de las organizaciones internacionales y el ámbito de aplicación de Bruselas I bis”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 1034-1043.

1º) para el primer APA en la cláusula II.6.6:

Waiver of sovereign immunity: “Each participating Member State represents that it has adequate statutory or regulatory authority and adequate funding appropriation to undertake and completely fulfil the indemnification obligations pursuant to Article I.12 of this APA”;

2º) en el APA con Janssen en la cláusula I. 9.2.2:

“The Commission, the Participating Member States and Contractor irrevocably submit to the exclusive jurisdiction of the courts located in Brussels, Belgium to settle any Dispute which may arise under or in connection with this APA or the legal relationship established by this APA, *and the Commission and the Participating Member States accept the jurisdiction of such courts and waive their immunity of jurisdiction (if any)*, it being understood however that if a third party, not being a Party, commences proceedings against Contractor in any court of competent jurisdiction, arising out of or in connection with this APA or the COVID Vaccine, nothing in this Article 1.9.2.2 shall impact the provisions of Article II.5.

En los demás APA firmados con el resto de las farmacéuticas no existe referencia alguna a la renuncia a la soberanía, pero, en cualquier caso, como acabamos de explicar, tales contratos estarían en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido).

En consecuencia, el contrato celebrado por la Comisión en nombre de los Estados miembros y las farmacéuticas está comprendido en el ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido). Este es el instrumento que regula la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros en caso de litigio.

En el primer APA suscrito con la farmacéutica AstraZeneca el régimen jurídico de la cláusula de jurisdicción en favor de los Tribunales belgas está entonces bajo la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido)³⁵. Efectivamente, se trata de una sociedad con domicilio en un Estado miembro -farmacéutica sueca- y, en consecuencia, el Reglamento Bruselas I (refundido) resulta aplicable en caso de ser demanda por incumplimiento ante los Tribunales del Estado miembro elegido.

¿Pero, sucedería lo mismo en caso de incumplimiento del contrato por empresas farmacéuticas domiciliadas en terceros Estados, y que son demandadas ante los Tribunales del Estado miembro elegido en la cláusula, en este caso ante los Tribunales

³⁵ En su decisión de 18 de junio del 2021 el Tribunal de Première Instance Francophone de Bruxelles, Section civile, se basa en la citada cláusula para sustentar su competencia. Apartado 11.

belgas? Pues bien, de conformidad con el artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido) el texto continuaría aplicándose para determinar la validez de la cláusula de jurisdicción en aquellos litigios en los que los tribunales elegidos son los de un Estado miembro con independencia del domicilio del demandado³⁶.

Por tanto, en todos los supuestos en los que en el contrato se haya incluido una cláusula de jurisdicción en favor de los Tribunales de un Estado miembro³⁷, el Reglamento Bruselas I (refundido) será aplicable con independencia de que se trate de empresas farmacéuticas con domicilio dentro o fuera de la Unión interviniendo en el proceso ya sea como demandantes o como demandadas³⁸. Además, según se establece en la propia cláusula de jurisdicción inserta en los APA la competencia de los Tribunales de Bruselas, elegidos en el acuerdo, será de carácter *exclusivo* y por tanto excluyente de cualquier otra jurisdicción³⁹.

1.2. Requisitos de validez de la cláusula de elección de tribunal

Las condiciones descritas más arriba son presupuestos para la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido). No son, por tanto, los criterios conforme a los cuales se establecen la validez del acuerdo⁴⁰. En consecuencia, el paso siguiente es el análisis de los requisitos para determinar la validez de la cláusula de elección.

La validez de la cláusula de jurisdicción se analiza en base a las previsiones de *fondo* y *forma* del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido):

En primer lugar, en torno a las previsiones de *fondo*, se determinarán por el ordenamiento del Estado del Tribunal en la cláusula. Se condiciona la validez material de un acuerdo a que no resulte nulo de pleno derecho conforme al ordenamiento del Tribunal elegido en la cláusula (incluidas sus normas de conflicto, según establece el

³⁶ Así, conforme con el artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido): “Si las partes, *con independencia de su domicilio*, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes (...)”.

³⁷ Como ya hemos indicado la designación expresa del Estado miembro al que pertenecen los tribunales elegidos en la cláusula evita el conflicto al que dio lugar, entre otros motivos, el asunto C- 222/15, resuelto por el TJUE en Sentencia de 7 de julio de 2016, *vid.*, *supra* nota núm., 28.

³⁸ Como se ha dicho “El artículo 25 del Reglamento 1215 resulta aplicable únicamente si concurren en un acuerdo de elección de foros dos condiciones: la existencia de una relación litigiosa de carácter internacional y la designación, como competentes, de los órganos judiciales de un Estado miembro”, RODRÍGUEZ BENOT, A., “Comentario al artículo 25”, *Comentario al Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil. El Reglamento Bruselas I refundido*. Edt., Aranzadi, 2016, pp. 545-578, en esp. pp. 553-554.

³⁹ En relación con la exclusividad de la competencia *vid.*, GARAU SOBRINO, F., *Los acuerdos de elección de foro*, Edt., Colex, 2008, pp. 124-125.

⁴⁰ RODRÍGUEZ BENOT, A., “Comentario al artículo 25”..., *loc. cit.*, p. 554.

considerando 20 del Reglamento Bruselas I (refundido)⁴¹. Por tanto, en los supuestos objeto de estudio la posible nulidad del acuerdo queda supeditada a las previsiones del derecho belga, como ordenamiento del Tribunal elegido en la cláusula (*vid., infra.*, apartado 2).

En segundo lugar, en relación con la validez *formal* de la cláusula se pretende asegurar la existencia de un verdadero consentimiento de las partes a través del cumplimiento de las condiciones formales del acuerdo⁴². Las distintas formas mediante las que puede plasmarse el acuerdo de jurisdicción recogidas en el artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido) han ido evolucionando a lo largo del tiempo con el propósito, como se ha sostenido, por un lado, de evitar un excesivo formalismo que no perjudique los intereses derivados del comercio internacional, y de otro lado no dar eficacia a las cláusulas que pasan desapercibidas⁴³. Pues bien, se trata ahora de estudiar si la cláusula de jurisdicción tal y como está plasmada en los casos analizados responden a alguna de las formas contenidas en el artículo 25.

En los supuestos objeto de análisis nos encontramos con dos documentos: de un lado los APA y de otro los *Order Form*. En todos los APA aparece inserta la cláusula de jurisdicción firmada, en este caso, por la Comisión y la farmacéutica correspondiente, interviniendo ambas como partes. Se trata de un documento en el que junto con la cláusula de elección de foro se incluyen otras cláusulas relativas al negocio. El segundo documento sería los distintos *Order Form*, firmados por cada uno de los Estados miembros y las distintas farmacéuticas.

Pues bien, del análisis de cada uno de los contratos firmados se percibe una evolución en relación con la incorporación o con la remisión a la cláusula de elección de foro. A través de su estudio verificamos la existencia de verdadero consentimiento al acuerdo de elección de foro, garantizando que no hay duda de su conocimiento por las partes.

⁴¹ Sobre este aspecto FORNER DELAYGUA, J., "Acuerdos de elección de foro en la UE: universalización y refuerzo de la eficacia", en BORRÁS, A., GARRIGA, G., *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil: homenaje al profesor Dr. Ramón Viñas Farré Madrid*, Marcial Pons, 2012, pp. 99-125; HERRANZ BALLESTEROS, M., "The regime of party autonomy in the Brussels I recast: the solutions adopted for the agreements on jurisdiction", *Journal of Private International Law*, 2014, Vol. 10, núm., 2 pp. 291-308.

⁴² Entre otros *vid.*, GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J., "Art. 25", DICKINSON A., Y LEIN E., (eds), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015. CAMPUZANO DÍAZ, B., *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*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Granada, 2018, p. 132.

⁴³ *Vid.*, RODRÍGUEZ BENOT, A., "Comentario al artículo 25", *loc., cit.*, p. 565.

Las distintas opciones pueden agruparse en dos modelos⁴⁴:

Primer modelo: lo conformarían los contratos firmados por las farmacéuticas AstraZeneca, Sanofi Pasteur y Curevac. En estos casos la cláusula de jurisdicción se recoge de forma expresa en el APA que se firma recordemos por la Comisión y las farmacéuticas. En el *Order Form* que ha de firmar cada Estado miembro participante con cada una de las citadas farmacéuticas no se incluye de forma expresa la cláusula de jurisdicción y tampoco hay una remisión explícita al acuerdo de elección de foro en el documento. Ahora bien, por ejemplo, en el caso de los documentos firmados con AstraZeneca como ocurre en los otros dos casos, en el artículo 1 del *Order Form* hay una remisión al APA en su conjunto, expresando que el *Order Form* es parte del APA y que tanto los términos como sus condiciones están incorporados en cada uno de los *Order Form* que cada Estado miembro firme con AstraZeneca⁴⁵.

Para estos casos los *Order Form* firmados por las partes, aunque no incluyan la cláusula de jurisdicción en sí, contienen una remisión expresa a los APA donde se encuentran tanto las condiciones por las que se regula el negocio como la cláusula de jurisdicción. En consecuencia, se entiende que se cumple la formalidad escrita establecida en el artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido).

Segundo modelo: lo conformarían los documentos firmados con las farmacéuticas Pfizer, Moderna y Janssen. En todos ellos la cláusula de elección de foro se encuentra de forma expresa en el APA, hasta aquí igual que en el primer modelo. En el caso del *Orden Form* que cada Estado miembro participante tiene que firmar, por ejemplo, con la farmacéutica Pfizer hay una remisión explícita al artículo I.13 del APA (Applicable Law and Settlement of Disputes), refiriéndose, además en concreto, a la aceptación irrevocable del Estado miembro participante a su vinculación a las previsiones establecidas en dicho precepto⁴⁶.

Los otros dos casos con las farmacéuticas Moderna y Janssen siguen el modelo del contrato firmado con la farmacéutica Pfizer. En primer lugar, se incluye en el APA de

⁴⁴ En el caso del Order Form que acompaña como Anexo al APA firmado con la farmacéutica Novavax Inc y Navavax Cz no se ha publicado. En el documento al que se ha tenido acceso se establece: "Pursuant to Regulation S-K, Item 601(a)(5), this Annex II setting forth the Model for Vaccine Order Form has not been filed. The Registrant agrees to furnish supplementally a copy of any omitted schedules to the Securities and Exchange Commission upon request; provided, however, that the Registrant may request confidential treatment of omitted items.]"

⁴⁵ La misma redacción se encuentra en el artículo 1 punto 1.1. del Order Form que se anexa al APA firmado con Curevac AG.

El mismo modelo se refleja en el artículo 1.1 del Order Form anexo al APA que se ha firmado con la farmacéutica Sanofi Pasteur S.A.

⁴⁶ Article V. Applicable Law and Settlement of Disputes. "For avoidance of doubt, Article I.13 (*Applicable Law and Settlement of Disputes*) of the APA shall apply to any dispute arising out of the implementation of or in connection with this Vaccine Order Form and the Participating Member State irrevocably agrees to be bound by the provisions set out therein".

forma expresa la cláusula de elección de foro en favor de los Tribunales belgas y, posteriormente, en el *Order Form* que cada Estado miembro participante ha de firmar hay una remisión expresa a la aceptación del citado artículo extendiendo, por tanto, el consentimiento del acuerdo de elección de foro al *Order Form*⁴⁷.

Estos últimos supuestos cumplen de forma aún más clara con la condición formal del artículo 25 del Reglamento de Bruselas I (refundido), en la medida que la remisión que se recoge en los *Order Form* a los APA se hace de forma expresa al precepto en el que se contiene en cada uno de los APA la cláusula de elección de tribunal.

En consecuencia, del análisis realizado en los dos modelos empleados en los documentos firmados con las distintas farmacéuticas hay conocimiento por ambas partes de la cláusula de elección de tribunal en cualquiera de los APA y de los *Order Form* que han sido firmados. Como hemos analizado en los diferentes casos, aunque se hayan conformado modelos algo distintos, se cumple el requisito formal que establece la letra a) del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido), cuando se refiere a que “*el acuerdo atributivo de la competencia deberá celebrarse por escrito*” confirmando la existencia de verdadero consentimiento por las partes, y con ello se descarta que la cláusula haya pasado desapercibida para alguna de ellas.

1.3. Determinación de la competencia judicial internacional en ausencia de cláusula de elección de foro

Un segundo escenario estaría determinado por la inexistencia de acuerdo de jurisdicción, o que el mismo no se considerara válido conforme a las previsiones de fondo o forma requeridas por el Reglamento Bruselas I (refundido) como texto aplicable. En este supuesto la determinación de la competencia judicial internacional sería diferente en función de las partes del APA y, principalmente, en función tanto del lugar del domicilio de la empresa farmacéutica, como de su intervención el proceso ya sea como demandante o como demanda. Veamos los siguientes casos:

En un primer supuesto, agrupamos dos situaciones con un denominador común, en ambos la empresa farmacéutica interviene en el proceso como parte demandada:

1ª) *si la empresa farmacéutica está domiciliada en un Estado miembro e interviene como demandada*, el Reglamento Bruselas I (refundido) sigue aplicándose para determinar la competencia judicial internacional (este sería, a modo de ejemplo, el caso

⁴⁷ En el caso del contrato con Moderna véase en el *Order Form* el Article VI. Applicable Law and Settlement Disputes. “Article I. 11 (Applicable Law and Settlement of Disputes) of the APA shall apply *mutatis mutandis* to this Vaccine Order Form”.

En el *Order Form* anexo al APA firmado con la farmacéutica Janssen hay una remisión expresa al artículo I.9 del APA y se recoge: (*Applicable law and Settlement o/Disputes*) of the APA shall apply *mutatis mutandis* to this Vaccine Order Form).

de las farmacéuticas AstraZeneca, de CureVac AG, de Janssen Pharmaceutica NV, de Sanofi and GSK o de Valneva).

Ahora bien, al no existir cláusula de jurisdicción queda abierta la opción de que el demandante pudiera presentar la demanda: bien ante los tribunales del domicilio de la demandada conforme al artículo 4 del Reglamento Bruselas I (refundido) (en este caso ante los Tribunales suecos, belgas, franceses, etc.), bien ante los tribunales que indique el foro especial de competencia contenido en el artículo 7 párrafo 1 letra b), que establece como competente *el tribunal del Estado miembro en el que según el contrato hayan sido o deban ser entregadas las mercancías*, en este caso las vacunas (sobre este aspecto volveremos más adelante)⁴⁸;

2ª) *si la empresa farmacéutica no está domiciliada en un Estado miembro e interviene como parte demanda*, y ante la inexistencia de cláusula de jurisdicción en favor de los Tribunales de un Estado miembro, la determinación de la competencia judicial internacional queda sujeta a la normativa interna del Estado miembro ante el que el demandante presente la demanda⁴⁹.

En un segundo supuesto, siendo la empresa demandante cualquiera de las farmacéuticas, la competencia de los Tribunales de los Estados miembros ante quienes se quisiera litigar estaría siempre establecida por las previsiones del Reglamento Bruselas I (refundido). En consecuencia, la farmacéutica ahora demandante podría presentar la demanda bien ante el tribunal domicilio del demandado⁵⁰; bien ante el tribunal que indica el foro de competencia recogido en el artículo 7.1 letra b) que sería *el tribunal del Estado miembro en el que según el contrato hayan sido o deban ser entregadas las mercancías*.

Se ha planteado una cuestión interesante por la doctrina a la hora de concretar el foro especial de competencia contenido en el artículo 7.1 letra b) del Reglamento Bruselas I (refundido). Se trataría de establecer ante qué tribunales podrían accionar los Estados

⁴⁸ Sobre la interpretación del TJUE en relación concepto autónomo del contrato de “compraventa de mercaderías”, véase la Sentencia de 25/2/2010, As. C-381/08, ECLI:EU:C:2010:90 donde el TJUE delimita el concepto entre el contrato de “compraventa de mercaderías” y el “contrato de prestación de servicios”. Sobre esta decisión, entre otros, en detalle ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Nota a la STJ de 25 de febrero de 2010, as. C-381/08, Car Trim”, *AEDIPr*, tomo X, 2010, pp. 1024-1029.

⁴⁹ Caso español resultaría aplicable el artículo 22 quinquies de la LOPJ que establece: *En materia de obligaciones contractuales, serán competentes los tribunales españoles cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España*.

⁵⁰ ¿Funcionaría el foro por conexidad procesal del artículo 8.1 del Reglamento Bruselas I (refundido)? Ello dependerá de que el objeto y causa del litigio fueran el mismo; circunstancia que no es fácil que concorra en la práctica. En cualquier caso, su aplicación llevaría a analizar el cumplimiento de las condiciones de aplicación que el precepto determina *vid.*, HEREDIA, I., “Comentario al artículo 8”, *Comentario al Reglamento (UE) n 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I refundido*, Edt. Aranzadi, 2016, pp. 284-300.

miembros participantes del APA o la Comisión en su caso, en el supuesto de un incumplimiento en la entrega de las dosis acordadas. De conformidad con el citado precepto del Reglamento Bruselas I (refundido) una persona podrá ser demanda *a efectos de un contrato de compraventa de mercaderías en el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías*. La dificultad puede surgir a la hora de fijar el *locus executionis* y ello debido: a la pluralidad de lugares de realización de la entrega, así como, en su caso, a la falta de previsión del lugar de entrega en el contrato⁵¹.

Con relación al primer aspecto, en los APA firmados por la Comisión los distintos Estados miembros son los diferentes lugares en los que se han de entregar las vacunas. En referencia al lugar de cumplimiento de la prestación el TJUE en Sentencia de 3 de mayo de 2007, en el asunto *Color Drack*⁵², estableció que cuando un contrato de compraventa de mercaderías prevé varios lugares de entrega dentro de un Estado miembro sería competente el órgano jurisdiccional del lugar que cuente con el vínculo de conexión más estrecho con el contrato, vínculo que se encontrará, “por regla general, en el lugar de entrega principal, que debe determinarse en función de criterios económicos” (apdo. 40).

En consecuencia, por ejemplo, siguiendo la citada jurisprudencia para el caso objeto de estudio se trataría de poder accionar ante los tribunales del lugar de entrega principal, es decir, donde se van a recibir más vacunas por el número de su población, lugar que se concretaría por criterios económicos. Ahora bien, continua el TJUE argumentando que “en caso de que no pueda determinarse el lugar de entrega principal, el demandante puede ejercitar su acción contra el demandado ante el tribunal del lugar de entrega de su elección” (apdo. 42), lo que llevaría a que el demandante contaría con la posibilidad de optar por los distintos lugares -Estados de entrega de la mercancía-.

La doctrina *Color Drack* quedó en un principio, y conforme a las afirmaciones del TJUE, circunscrita a los supuestos en los que la prestación característica hubiera de cumplirse en un único Estado, por tanto, no era extensible a los casos en los que la entrega hubiera de hacerse en distintos Estados y ello, en palabras del TJUE, debido a la falta de previsibilidad que podría generar. Sin embargo, posteriormente, en el asunto *Peter Rehder* el TJUE extiende la doctrina *Color Drack* a los contratos de prestación de

⁵¹ Véase entre otros el trabajo de ORÓ MARTÍNEZ, C., “El artículo 5.1.b) del Reglamento Bruselas I: examen crítico de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia”, *InDret* 2/2013, pp. 1-25.

⁵² STJUE de 3/05/2007, As. C-386/05. Se trataba de un contrato de compraventa de gafas de sol entre la vendedora *Lexx*, con domicilio social en Alemania, y la compradora *Color Drack*, con domicilio social en Austria, que pagó las gafas íntegramente, pero solicitó que fueran entregadas a varios de sus clientes, situados en distintos puntos de Austria.

servicios y a los supuestos en los que la prestación característica haya de cumplirse en más de un Estado⁵³. Además, en esta decisión el TJUE prescindió de la concreción del vínculo más estrecho del contrato en base a los criterios económicos, dejando al demandante optar por los lugares donde entendiera que se había de cumplir la prestación principal (lugar de origen y de destino). Posibilidad de elección, que en el caso de *Color Drack* solo se permitía cuando no podía identificarse el lugar de entrega principal.

La doctrina del TJUE no es firme. No podemos afirmar con exactitud si se podría abrir la competencia del Tribunal del lugar principal de entrega de las vacunas determinado por criterios económicos. En definitiva, sería el Estado que adquirió más dosis. O si se daría la posibilidad al demandante de accionar ante los diferentes tribunales de los Estados miembros con los que no se hubiera cumplido la entrega de las dosis acordadas.

Pero, y si se entendiera que lo que se ha incumplido es el *Order Form*, ¿hay realmente falta de previsión del lugar de entrega de las vacunas en los contratos firmados con las distintas farmacéuticas? Estos documentos, cuya firma es obligatoria, indican el lugar del Estado miembro donde las vacunas han de ser entregadas⁵⁴. El lugar donde se ubica la entrega de las vacunas en los *Order Form* constituirá el foro al que se

⁵³ STJCE de 9 de julio de 2009, As. C-204/08, ECLI:EU:C:2009:439. El caso *Peter Rehder* se trataba de un contrato de transporte aéreo concluido por un particular domiciliado en Múnich (Alemania) con una compañía aérea domiciliada en Riga (Letonia). El señor *Rehder* había reservado con la compañía aérea domiciliada en Riga un vuelo de Múnich a Vilnius. Antes de la hora fijada para la salida desde Múnich, se informó a los pasajeros de que se había cancelado su vuelo. El señor *Rehder* tomó un vuelo llegando a su destino más de seis horas después de la hora en la que habría debido llegar normalmente con el vuelo que había reservado inicialmente. Ante esto, y con la pretensión de que se le abonara una compensación, presentó una demanda ante un Tribunal alemán que resolvió el asunto declarando su competencia en base al artículo 5.1 letra b) del Reglamento (CE) N. 44/2001. En apelación el órgano judicial estimó que los servicios de transporte aéreo se prestan en el lugar donde la compañía que realiza el vuelo tiene su domicilio, y anuló la resolución del órgano jurisdiccional de primera instancia. Frente a esta decisión se recurre en casación y el Tribunal plantea la correspondiente cuestión prejudicial que el TJUE resuelve a través de la citada Sentencia.

⁵⁴ Por ejemplo, en el caso del acuerdo con Pfizer destaca la cláusula I.6.10 del APA "Delivery" "The contractor will deliver the doses ordered by each of the Participating Member States to one or more locations selected by the Participating Member State in accordance with the procedure set out in this Article I. 6 .1 O and the Vaccine Order Form. The Participating Member States can decide whether they wish to have the Vaccine delivered to a reasonable number of sites where the Vaccine will be directly used and administered orto one or several central hubs per Participating Member State from which Participating Member States will ensure themselves the further delivery to the sites of use of the Vaccine"; además en el Order Form se hace referencia en el artículo II 1 "Delivery address".

En el APA con la farmacéutica Moderna Switzerland GmbH véase la cláusula I.3.4 Allocation between participating member States. En el Order Form, contenido en el Anexo II, de cada Estado tiene que indicar conforme al artículo III 1 "Delivery address for the Member State".

En el APA con la farmacéutica AstradZeneca véase la cláusula 8 "Delivery, allocation, distribution" que se refiere de forma expresa a los Order Form para concretar el artículo 3.6 "Distribution Hubs". The Distribution Hub for the Participating Member State (...).

refiere el artículo 7.1 letra b), precepto que determina la competencia del tribunal del *lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías*.

En cualquier caso, lo cierto es que afortunadamente la cláusula de jurisdicción a la que se hace referencia ya en los primeros documentos y que, posteriormente, se incluye en los APA y a la que de una u otra forma se remiten los *Order Form*, permite obviar la problemática de la determinación del foro especial de competencia atribuyendo una clara previsibilidad en torno al órgano competente para conocer en caso de divergencias.

2. Determinación del derecho aplicable

Junto a la cláusula de jurisdicción, que confiere competencia exclusiva de los Tribunales belgas, se añade una cláusula de elección de ley. A través de la autonomía conflictual las partes fijan el ordenamiento al que someten el APA firmado. Dicha elección proporciona previsibilidad y seguridad jurídica en la medida que, en caso de controversia, el contrato se interpretará conforme a la ley fijada en la cláusula.

Tras el análisis de los diferentes APA comprobamos que no todos incluyen la misma cláusula de elección de ley, a diferencia de que lo que ha sucedido en el caso de la cláusula de elección de foro. Las dos opciones utilizadas son las siguientes:

Primera opción, en la mayor parte de los APA, por ejemplo, en los firmados con las farmacéuticas AstraZeneca, Sanofi GSK, Biotech-Pzifer, CureVac o Moderna se establece el siguiente precepto:

“Governing Law: This Agreement shall be governed by the laws of Belgium”.

Segunda opción, ha sido en el caso del APA firmado con la farmacéutica Janssen - recordemos que se trata de una farmacéutica belga-, donde la cláusula de elección de ley se ha redactado de forma distinta:

“This APA and each Vaccine Order Form and all matters relating to or in connection with them shall be governed by the laws of Belgium, *excluding, however, its conflicts of laws provisions. The Parties specifically disclaim the UN Convention*”.

Resulta de interés determinar el impacto que en función del modelo elegido podría tener la distinta redacción que se ha decidido dar a la cláusula de elección de ley. En particular en la determinación de la ley que las partes indican como *Governing Law*, así como en la operatividad de *Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de*

compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (en adelante la *Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*)⁵⁵.

Una de las primeras diferencias en la redacción de la cláusula de elección de ley entre el APA firmado con la farmacéutica Janssen y el resto de los APA es la exclusión de forma expresa de las normas de conflicto del ordenamiento belga. De manera que es la ley interna o el derecho material belga al que queda sujeto el APA con la empresa farmacéutica Janssen. Sin embargo, en el resto de los APA no hay una exclusión expresa de las normas de conflicto. Por tanto, al estar incluidas las normas de Derecho internacional privado belga sería posible la aplicación de un ordenamiento distinto del elegido por las partes.

Para determinación de la *lex causae* el punto de partida es la aplicación del *Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*⁵⁶ (en adelante Reglamento Roma I), instrumento vinculante para todos los Estados miembros, excepto para Dinamarca. De forma que, ante una situación como la analizada la determinación de la *lex causae*, por parte de un tribunal de un Estado miembro, en este caso el Tribunal belga, se hará conforme al Reglamento Roma I y, en particular, aplicando la autonomía conflictual dado que las partes han optado por el derecho belga⁵⁷.

En consecuencia, surge la siguiente cuestión: ¿tiene esta diferencia en la redacción de la cláusula de elección de ley una repercusión real en la práctica y, por tanto, puede conllevar la aplicación de un ordenamiento diferente en los distintos APA? Para responder hay que recordar que el Reglamento Roma I, instrumento de fuente institucional que unifica las normas de conflicto, en su artículo 20 establece que:

“(…) la aplicación de la ley de un país se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho

⁵⁵ Texto que está en vigor desde el 1/1/1988. La importancia de la *Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías* es indiscutible. En el momento actual son 94 los Estados parte de la Convención, de ellos Portugal ha sido el último Estado en el que ha entrado en vigor la Convención, el 1/10/2021. De los países de la UE ni Irlanda ni Malta han ratificado la Convención. Además, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia declararon que la Convención no se aplicaría a los contratos de compraventa cuando las partes tuvieran sus establecimientos en Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega o Suecia (art. 94).

https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status.

⁵⁶ DO de 4/07/2008 Serie L 177/6.

⁵⁷ Estamos tomando como punto de inicio para el análisis del derecho aplicable el Reglamento Roma I en la medida que entendemos existe un conflicto de leyes; ahora bien, otra circunstancia es la relación entre el Reglamento Roma I y la *Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías*, vid., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *Derecho Internacional privado*, 5ª edición, Cívitas, p. 357.

Véase al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo 2282/2020 de 6 de julio. ECLI:ES/TS/2020/2282.

internacional privado, salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa”.

De manera este precepto implica la restricción a la aplicación del derecho material del ordenamiento elegido como se desprende de una interpretación literal del propio texto, excluyendo con ello la posibilidad de reenvío a otro ordenamiento distinto del elegido por las partes⁵⁸.

Por tanto, en todos los supuestos de los APA firmados el derecho belga es la *lex causae* elegida, se especifique o no de forma expresa la exclusión de las normas de conflicto o de Derecho internacional privado.

En segundo lugar, es preciso determinar un elemento muy importante en relación con el derecho aplicable, esto es, cuál es el papel que tiene la *Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*, como instrumento de derecho material de fuente internacional⁵⁹.

Sobre este extremo sí existe diferencia debido a la distinta redacción que se ha dado a la cláusula de elección de ley inserta en los distintos APA firmados.

En el caso del APA con la farmacéutica Janssen las partes optan porque su contrato quede bajo la regulación del derecho material belga excluyendo no solo las normas de conflicto, sino también de forma expresa la aplicación de la *Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*. Esta opción se corresponde tanto con el carácter dispositivo de la reglamentación contenida en la Convención⁶⁰, así como con el respeto al principio de la autonomía de la voluntad que en el ámbito contractual permite a las partes derogar la aplicación Convención, tal y como se recoge en su artículo 6. La exclusión de forma expresa en el APA firmado por la farmacéutica Janssen no deja margen de duda en torno a la inaplicación de la normativa material uniforme, y ello con independencia de que la Convención forme parte del derecho interno belga como *lex causae*⁶¹.

Descartada la aplicación de la Convención en el APA con la farmacéutica Janssen, para los demás casos la aplicación de la *Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías* se producirá cuando conforme al artículo al artículo 1.1

⁵⁸ Vid., BRIGGS, A., *Conflict of Laws*. Third Edition, 2013, p. 238.

⁵⁹ En relación con la importancia de este texto vid., CAMPUZANO DÍAZ, B., *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2000.

⁶⁰ En relación con la justificación del carácter dispositivo del *Convenio de Viena de compraventa internacional de mercaderías*, véase CALVO CARAVACA, A.L., “Artículo 6”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. (Dir., Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, 1997, pp. 92-101. CASTELLANOS, RUIZ E., *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*, Edt. Comares, 1998, p. 54-57.

⁶¹ *Ibid.*, CALVO CARAVACA, A.L., p. 99.

letra a) las partes tengan sus establecimientos en Estados contratantes⁶². De manera que, si este elemento concurre la *Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías* es aplicable al margen de cuál sea la *lex causae* designada por el Reglamento Roma I y que sería aplicable sobre aquello que no estuviera regulado por la Convención⁶³.

La letra b) del artículo 1 produce una ampliación del ámbito de aplicación de la Convención. En efecto, este precepto extiende su aplicación a los supuestos en los que las normas de Derecho internacional privado del tribunal que conoce del asunto establezcan la aplicación de un ordenamiento de un Estado contratante (en definitiva, en ese caso al emplear las partes la autonomía de la voluntad determina la aplicación del derecho belga y la Convención como parte del mismo), y ello con independencia de que las partes no tengan los establecimientos en el territorio de Estados contratantes e incluso aunque el tribunal del Estado que conoce del asunto no sea el de un Estado parte de la Convención⁶⁴. Por tanto, la *Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías* sería también aplicable con independencia de que una de las partes -o las dos- tuviera su establecimiento en un Estado no miembro, siempre que el ordenamiento que resulte aplicable sea el de un Estado miembro del texto⁶⁵.

⁶² La aplicación espacial de la misma conlleva para cada APA analizar el lugar de establecimiento de cada una de las farmacéuticas para comprobar, junto con cada Estado miembro, si el territorio de cada parte está situado en un Estado parte de la Convención. A modo de ejemplo una descripción de la situación que surge en el APA firmado con la farmacéutica AstraZeneca *vid.*, KÖHLER, B., "Global sales law in global pandemic: The CISG as the applicable law to the EU-AstraZeneca Advanced Purchase Agreement?", *Conflicts of Law.net* pp. 1-7 en espec. pp. 3-4. MAIER-LOHMANN, T., "EU-AstraZeneca contract applicability of the CISG", <https://cisg-online.org/Home/international-sales-law-news/eu-astrazeneca-contract-applicability-of-the-cisg>

⁶³ CALVO CARAVACA, A.L., "Artículo 1"..., *loc. cit.*, p. 56. El Tribunal Supremo en Sentencia de 2282/2020 de 6 de julio, ya citada, sostiene a este respecto: "Para las materias no regidas por la Convención de Viena habrá que acudir al derecho interno que resulte aplicable de conformidad con lo que determine el derecho internacional privado. La Convención de Viena no contiene normas de conflicto. Por lo ya explicado, en atención a la fecha del contrato, debe estarse a lo dispuesto en el art. 4 del Convenio de Roma (...)", Fº Jº Tercero (*vid.*, *supra.*, nota 57).

⁶⁴ Hay que recordar la reserva que los Estados contratantes pueden hacer en el marco del artículo 95 donde se establece: "Todo Estado podrá declarar en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención".

⁶⁵ En el marco de los APAS firmados con las demás farmacéuticas, excepto con Janssen, la cláusula de elección de ley se remite al ordenamiento belga sin hacer referencia alguna a la aplicación o no de la *Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías*. Podría cuestionarse si se trata de una omisión que se interpretara como una exclusión *tácita* de la aplicación de la Convención a los APA en cuestión. Esto último se debería a la referencia en la cláusula de elección de ley al Derecho nacional de un Estado, en este caso Derecho belga, omitiendo cualquier mención a la normativa uniforme. Desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial se ha impuesto una respuesta negativa, de manera que no se entiende que haya una exclusión *tácita* de la aplicación de la *Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías* cuando las partes en su contrato decidan insertar una cláusula de elección de ley en favor del ordenamiento de un Estado sin hacer alusión expresa a la normativa uniforme. Argumentos doctrinales a favor y en contra, así como la jurisprudencia puede verse en

La aplicación de la Convención también requiere determinar si el tipo de contrato queda bajo su ámbito material de aplicación, aspecto sobre el que no hay controversia dado que la doctrina de forma mayoritaria se inclina por considerar los APA como contratos de compraventa incluidos en el marco de la Convención (art. 3)⁶⁶. Junto a lo anterior también es importante analizar el carácter con el que intervienen en este caso los Estados -en cuyo nombre contrata la Comisión-, que como ya se ha indicado lo hacen a modo de *iure gestionis* (*vid., supra* apartado 1 letra A) y, por tanto, la Convención extiende su ámbito de aplicación a tales contratos⁶⁷.

Para finalizar volvemos a cuestionar la misma hipótesis que planteamos en relación con la cláusula de jurisdicción (*vid., supra.*, apartado 1 letra B), y que sitúa la cuestión en un segundo escenario, esto es, si las partes hubieran decidido no incluir una cláusula de elección de ley o que dicha cláusula no fuera válida⁶⁸. Esta omisión incidiría tanto en la determinación de la *lex causae* aplicable conforme al Reglamento Roma I, como en la aplicación o no de la *Convención de Viena de compraventa de mercaderías*.

En relación con la determinación de la *lex causae*: la operatividad del Reglamento Roma I conlleva que, planteada la demanda ante los Tribunales de un Estado miembro, la localización del ordenamiento se haga, para este segundo escenario donde nos planteamos la situación de ausencia de elección de ley, conforme a los criterios objetivos del artículo 4. De manera que resulta aplicable, en principio, la ley de la residencia habitual del vendedor [(art. 4.1. a)], sea éste el ordenamiento de un Estado miembro o el de un tercer Estado (art. 2). Por tanto, y debido a los distintos lugares en los que están ubicadas los establecimientos de los vendedores, la *lex causae* sería distinta dependiendo del lugar de establecimiento de cada empresa farmacéutica como empresa vendedora.

En relación con la aplicación de la *Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías*, la normativa uniforme sería aplicable directamente en los casos que se cumplieran las previsiones del artículo 1.1 letra a) -las partes tuvieran sus establecimientos en distintos Estados contratantes- (por tanto, en el caso del APA con la

CASTELLANOS, RUIZ E., *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme...*, *loc. cit.*, pp. 74-79 y la detallada doctrina que se cita en la obra. En relación con este aspecto se muestra tajante en favor de la no exclusión del texto en estos casos, SÁNCHEZ LORENZO, S., "El advanced purchase agreement (APA)...", *op. cit.*, nota al pie núm., 10.

⁶⁶ MAIER-LOHMANN, T., "EU-AstraZeneca contract...", *op. cit.*; KÖHLER, B., "Global sales law in global pandemic...", *op. cit.*; LORENZO, S., "El advanced purchase agreement (APA)...", *op. cit.*, p. 7.

⁶⁷ En relación con la participación de Estados y otros entes y la aplicación de la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías *vid.*, PEREIRA, C., "Application of the CISG to International Government Procurement of Goods", (2016) 25 *Procurement Law Review* 20, pp. 1-22.

⁶⁸ Como es sabido el régimen jurídico de la cláusula de elección de ley se regula por las previsiones contenidas en el artículo 3 del Reglamento Roma I.

farmacéutica *Janssen* la aplicación de la Convención no quedaría excluida para cualquiera de los supuestos).

Pero, sin embargo, la posibilidad de extender la aplicación de la Convención cuando una o ambas partes no tienen su establecimiento en un Estado contratante por la vía el artículo 1.1 letra b) depende ahora de que el Estado de la residencia habitual del vendedor -cuyo ordenamiento es aplicable conforme a las normas de Derecho internacional privado- sea un Estado contratante, y ello con independencia de que el Tribunal que esté conociendo del asunto sea el de un Estado parte de la Convención (caso del Tribunal belga).

Afortunadamente, y al igual que ocurre con la cláusula de elección de jurisdicción, la inserción de la cláusula de elección de ley en cada uno de los APA firmados proporciona indudablemente una mayor seguridad jurídica a las partes y permite que ese segundo escenario quede en el terreno de las hipótesis.

V. VALORACIÓN FINAL

El protagonismo de la Unión Europea en la lucha contra la pandemia de la COVID-19 es incuestionable. En el caso de las vacunas, como medio más eficaz para combatir el virus, los Acuerdos Anticipados de Adquisición o de compra conjunta han sido instrumentos que han permitido una respuesta mucho más eficaz y rápida que la que hubieran podido dar los Estados miembros de forma individual.

Hasta el momento son ocho los APA firmados entre la Comisión en nombre de los Estados miembros con distintas farmacéuticas, lo que ha permitido a la Unión Europea disponer de una cartera de vacunas muy diversificada y que asciende en total a 4.200 millones de dosis.

Los APA firmados son contratos de una enorme magnitud económica, con esta inversión se trata de paliar una situación del todo excepcional. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado entendemos positiva la incorporación de la autonomía de la voluntad expresada a través de las cláusulas de jurisdicción, así como del derecho aplicable a los acuerdos.

A pesar de lo anterior en ningún caso el incumplimiento del contrato por alguna de las partes encuentra la solución más adecuada en un proceso judicial largo y tedioso (hecho que ya se produjo, por ejemplo, debido al retraso en la entrega de las dosis de la farmacéutica AstraZeneca). La urgencia de la situación a la que han respondido los distintos APA aconseja recurrir a otras vías de solución de controversias distintas a la propia judicialización del asunto.

Ahora bien, si se decide judicializar el proceso, lo cierto es que la incorporación tanto de la cláusula de elección de fuero como de elección de ley aplicable aporta seguridad y

previsibilidad para las partes. Beneficios cuya importancia no debe en ningún caso desdeñarse, por tanto, desde esta perspectiva entendemos muy adecuada su incorporación en el texto de los contratos. Además, tal y como han quedado redactadas las cláusulas se ha conseguido una unión forum/ius para los distintos APA.

Todos los APA que han podido consultarse, es decir aquellos que se han publicado y que además el artículo referido a la elección de tribunal no se ha calificado como confidencial⁶⁹, incluyen la misma cláusula de elección de foro. Su régimen jurídico queda sujeto al instrumento probablemente más importante de la cooperación judicial civil, el Reglamento Bruselas I (refundido) regulando la mencionada norma la validez tanto sustancial o de fondo como de forma del acuerdo de jurisdicción incluido en todos los APA. El cumplimiento de ambos aspectos, conforme a las previsiones del Reglamento Bruselas I (refundido), se ha verificado en este estudio.

En relación con la cláusula de elección de ley sí se han comprobado diferencias entre la redacción del acuerdo de elección de ley firmado con la farmacéutica Janssen y el resto de los APA. A pesar de esta divergencia la *lex causae* para todos va a ser la misma: el derecho belga que será aplicable para aquellas cuestiones no reguladas por la *Convención de Viena de compraventa de mercaderías* cuando las partes tengan sus establecimientos en Estados contratantes o se produzca la extensión en la aplicación de la norma uniforme por la vía del artículo 1.1 letra b). Ahora bien, aunque este texto *de* unificación material es aplicable a la mayoría de los APA, se descarta su proyección al APA concluido con la farmacéutica Janssen.

Volvemos a incidir en la conveniencia de la incorporación de las cláusulas de jurisdicción, así como de derecho aplicable en los Acuerdos Anticipados de Adquisición; si bien, esto no quiere decir que un proceso judicial en caso de controversia sea conveniente en una situación de crisis sanitaria como la vivida, como ya hemos apuntado con anterioridad. Entendemos más adecuado recurrir a otros medios de resolución de controversias para la resolución del asunto.

⁶⁹ Es el caso del APA firmando con la farmacéutica Novavax, *vid., supra.*, nota 27.