

## ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA INTERNACIONAL\*

Fernando GASCÓN INCHAUSTI

**Sumario.** **1.** *Los errores en la determinación de la norma aplicable:* **1.1.** En general; **1.2.** En determinadas materias. — **2.** *El singular tratamiento de las cláusulas de sumisión expresa:* **2.1.** Cuestiones de forma; **2.2.** Cláusulas que regulan simultáneamente «*ius*» y «*forum*»; **2.3.** La demanda ante los Tribunales del domicilio del demandado en infracción de una cláusula de sumisión expresa; **2.4.** Eficacia frente a terceros del pacto de sumisión expresa. — **3.** *Cuestiones relacionadas con la sumisión tácita:* **3.1.** Relación de los actos que suponen sumisión tácita con el régimen de impugnación a instancia de parte de la ausencia de competencia territorial; **3.2.** Otros problemas. — **4.** *Algunas puntualizaciones respecto del tratamiento procesal.*

No resulta excepcional –desde luego, lo es cada vez menos– que un litigio civil pueda presentar algún elemento de extranjería, como sucede cuando una de las partes tiene nacionalidad extranjera o su domicilio fuera de España, o también cuando la relación jurídica controvertida ha nacido o se ha desarrollado, total o parcialmente, en otro Estado. En estos supuestos se plantea de forma explícita la necesidad de comprobar que, efectivamente, nuestros Tribunales ostentan competencia internacional para conocer válidamente del proceso que el actor les ha planteado o pretende plantearles: y es que, aunque de ordinario no haga falta analizarla explícitamente, la competencia internacional es en todo caso un presupuesto procesal que condiciona la jurisdicción del tribunal llamado a conocer de un litigio, cuya ausencia provoca la nulidad de las actuaciones (art. 238.1 LOPJ).

En materia de competencia internacional se plantea, a diferencia de lo que sucede con buena parte del ordenamiento procesal, una dificultad añadida, la de la determinación de la fuente positiva que contiene la norma que ha de regir cada caso concreto. En efecto, no es un texto único el que se ocupa de la cuestión, sino varios: de entrada, puede resultar aplicable al caso un Tratado internacional, ya sea bilateral o multilateral, y tenga un carácter genérico o sectorial; y, en defecto de Tratado aplicable –pero no cuando el Tratado aplicable no reconozca la competencia de nuestros Tribunales– ha de acudir a las normas de fuente interna, que se encuentran –para los litigios civiles– en el art. 22 de la LOPJ.

---

\* Publicado en *Tribunales de Justicia*, 2001-12, pp. 81-95.

El volumen de la jurisprudencia emanada sobre estas cuestiones no resulta hasta la fecha llamativamente elevado, razón por la que es difícil hablar aún de la existencia de nada parecido a un *corpus* doctrinal respecto de esta materia. Lo anterior, sin embargo, no priva de justificación a estas páginas, a través de las que pretendemos, más que resumir o sintetizar pautas de nuestros Tribunales, advertir al lector de ciertos defectos, problemas y tendencias que se van apuntando y que nos han llamado singularmente la atención –a menudo, también nos han contrariado–. Consideramos de elemental prudencia tenerlos en cuenta a la hora de enfrentarse a la aplicación judicial de las normas en materia de competencia internacional, pues es cada vez más acusada la tendencia de nuestros Tribunales a tomar como referente “doctrinal” exclusivo las resoluciones previamente recaídas sobre la cuestión, lo que puede generar una perpetuación de los errores, defectos y problemas advertidos.

Por otra parte, hemos considerado oportuno incluir también una referencia a la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en interpretación de las normas del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, dada su especial fuerza vinculante cuando son las normas de este texto las que sirvan de parámetro para determinar si nuestros Tribunales ostentan o no competencia internacional para conocer de un litigio.

## **1. LOS ERRORES EN LA DETERMINACIÓN DE LA NORMA APLICABLE.**

La pluralidad de textos normativos en materia de competencia internacional hace que, con mucha más frecuencia de la que es admisible, se cometan errores flagrantes por nuestros Tribunales a la hora de seleccionar el precepto aplicable al caso, y conforme al cual habrán de medir si son o no internacionalmente competentes. No podemos negar que la cuestión resulte a veces medianamente compleja, y tampoco debe ignorarse que, con mucha frecuencia, son los propios litigantes quienes “contagian” al tribunal el error – cuando no una alegación deliberada y torticeramente incorrecta de la norma–; sin embargo, respecto de esta cuestión rige en toda su extensión la máxima *iura novit curia*, dado que se trata de normas procesales sobre cuya aplicación el margen de disposición de los litigantes no existe, y el Tribunal no está vinculado por sus alegaciones.

De forma sintética, y excediéndonos un tanto de lo que es cometido de un informe jurisprudencial, no nos parece que esté de más recordar cuál es el ámbito de vigencia de los principales bloques normativos en presencia:

### **1.1. En general.**

**1º. El Convenio de Bruselas de 1968 y el Reglamento (CE) 44/2001.**

La norma que necesariamente ha de tener una aplicación cuantitativamente más importante es el Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968, en vigor en nuestro país desde el 1 de febrero de 1991 (BOE de 28 de enero de 1991). Y lo es si se tiene en cuenta su ámbito de aplicación, dado que serán sus normas las que servirán de parámetro para comprobar si hay o no competencia internacional si: a) el litigio versa sobre materia “civil y mercantil”, lo que, según se deriva del art. 1 CB, incluye todo el Derecho Privado de carácter patrimonial, incluidas las cuestiones de alimentos y contratos individuales de trabajo, quedando fuera las cuestiones concursales, las de estado y capacidad de las personas (incluidas las cuestiones matrimoniales) y los temas sucesorios y hereditarios; b) si el demandado, sea cual sea su nacionalidad, tiene su domicilio en un Estado contratante (todos los de la Unión Europea). En breve –el 1 de marzo de 2002– este Convenio perderá su eficacia –salvo en aquellos casos en que el demandado tenga su domicilio en Dinamarca– en beneficio de un Reglamento Comunitario, el Reglamento (CE) 44/2001: materialmente, el contenido del Reglamento es prácticamente idéntico al del CB y, por lo que ahora interesa, siguen siendo los mismos los presupuestos de aplicación, lo que permite augurar también su prevalencia práctica.

### *2º. El Convenio de Lugano.*

El Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 tiene una estructura y contenido semejantes a los del Convenio de Bruselas; nuestros Jueces y Tribunales habrán de aplicarlo cuando el litigio verse sobre materia civil y mercantil en el sentido antes expresado y el demandado tenga su domicilio en alguno de los Estados signatarios que no lo sean de la UE (en la actualidad Suiza, Noruega, Islandia y Polonia).

### *3º. La Ley Orgánica del Poder Judicial.*

En los casos en que no resulta de aplicación ningún Tratado internacional, será preciso acudir a las normas del art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, inspiradas en gran medida por las del Convenio de Bruselas.

### *4º. Los errores.*

Pues bien, frente a este esquema, encontramos en la práctica una enorme confusión y frecuentes errores en la selección de la norma aplicable.

Así, en más de una ocasión se han utilizado para determinar la competencia internacional las normas sobre competencia territorial de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la base errónea de entender que en uno y otro caso se trata de distribuir el conocimiento de los litigios por razón del territorio (cfr. las SSTs de 19 de diciembre de 1985 –RAJ 6600–, de 10 de marzo de 1993 –RAJ 1834– y de 15 de diciembre de 1999 –RAJ 8229–).

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, como consecuencia de una errata en la publicación inicial de su texto, subsanada después, existen ciertas versiones de la LOPJ cuyo art. 22.2 contiene una incorrección de gravísimas consecuencias: en efecto, el precepto en cuestión recoge, como fueros generales para aquellas materias que no sean la base de una competencia exclusiva, la sumisión expresa, la sumisión tácita y el domicilio del demandado en España; pues bien, la errata en cuestión consistía en la aparición de la palabra “demandante” en lugar de “demandado”, lo que altera notoriamente el régimen diseñado por el legislador. Podría pensarse que la lejanía en el tiempo del error ha conjurado cualquier posibilidad de que se mantenga; sin embargo, desgraciadamente puede apreciarse cómo todavía en 1998 la Audiencia Provincial de Vizcaya –al menos su Sección 3ª– manejaba una edición de la LOPJ aquejada de aquel defecto: su Sentencia de 26 de mayo de 1998 (AC 1118) acudió al criterio del domicilio del demandante en España para fundar la competencia internacional *ex art. 22.2 LOPJ* de los Tribunales españoles.

No obstante, los errores más usuales consisten en que nuestros Tribunales parecen ignorar la vigencia y ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, y acuden a la LOPJ a pesar de tratarse de un litigio incluido en aquél y de tener el demandado su domicilio en un Estado comunitario: en este sentido, pueden verse la STS de 5 de diciembre de 1998 (RAJ 9158), el ATS de 24 de febrero de 1998 (RAJ 2909) o la SAP León –Sección 2ª– de 4 de junio de 1999 (AC 7313), entre otras.

Tampoco es infrecuente que se apliquen simultáneamente las normas del CB y las de la LOPJ, siendo así que las primeras desplazan de modo absoluto a las segundas; los Tribunales parecen buscar con ello cargarse de razón y reforzar sus argumentos, a pesar de cometer al hacerlo un claro error de principiante (véanse las SSAP Málaga –Sección 4ª– de 11 de julio de 1996 –AC 1504–, Valencia –Sección 8ª– de 15 de abril de 1998 –AC 4643–, Zamora de 28 de mayo de 1999 –AC 1442–, Castellón –Sección 1ª– de 17 de marzo de 2000 –AC 4805– y Pontevedra –Sección 2ª– de 8 de mayo de 2000 –AC 3582–).

Afortunadamente, según se puso antes de manifiesto, la influencia de las normas del CB al elaborar las de la LOPJ fue muy fuerte, razón por la cual los fueros de competencia internacional que se recogen en uno y otro cuerpo normativo son a menudo idénticos, y esto necesariamente amortigua las repercusiones prácticas de los errores en cuestión. Pero no siempre es así: *v.g.*, en materia de culpa extracontractual, el CB (arts. 2 y 5.3) otorga competencia a los Tribunales del Estado en que tenga su domicilio el demandado y a los de aquél en que se haya producido el hecho dañoso, mientras que el art. 22 LOPJ (apdos. 2 y 3) se la atribuye a los Tribunales españoles también cuando el autor y la víctima del daño tengan su residencia habitual común en España. Pues bien, las consecuencias de esta asimetría son apreciables en la SAP Guipúzcoa –Sección 3ª– de 31 de diciembre de 1999 (AC 2481), que en un supuesto de demanda por

culpa extracontractual al que era aplicable el CB sostuvo la competencia de los Tribunales españoles con base en el fuero del art. 22.3 LOPJ del lugar de residencia común de autor y víctima del daño (siendo así que, de haber aplicado el CB –como tenía obligación legal de hacer–, habría debido declinar su competencia).

### **1.2. *En determinadas materias.***

Si lo anterior es válido en un plano general, no puede desconocerse que existen ciertas materias respecto de las cuales existe alguna especialidad.

Así, cuando se trata de litigios relativos al transporte aéreo internacional debe aplicarse el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, en concreto su art. 28 que es el determinante de la competencia internacional en estos supuestos (cfr. SSAP Madrid –Sección 13ª– de 16 de abril de 1999 –AC 7566– y Vizcaya –Sección 5ª– de 17 de julio de 2000 –AC 4745–).

Con mayor frecuencia revisten una dimensión de extranjería los procesos matrimoniales, derivada de la nacionalidad extranjera de alguno de los cónyuges. Esta materia se rige, desde el 1 de marzo de 2001, por el Reglamento Comunitario 1347/2000. El ámbito de vigencia de este texto es prácticamente absoluto, aunque singular: si se dan ciertos requisitos (en concreto, que el demandado tenga su residencia habitual en un Estado comunitario, o sea nacional de un Estado comunitario), serán sus normas las que rijan la competencia para conocer del litigio; cuando no se den esos requisitos, el propio Reglamento manda que se apliquen las normas de fuente interna. Pues bien, en nuestro Ordenamiento, desde la entrada en vigor de la LOPJ, tales normas son las de su art. 22.2 (en general) y, de forma especial, las de su art. 22.3. Debe rechazarse, por tanto, la aplicación de las normas contenidas en la D.A. Primera de la Ley 30/1981, que habían sido derogadas tácitamente por la LOPJ –y de forma expresa por la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil– pero que, no obstante, habían seguido siendo utilizadas –en flagrante error– por nuestros Tribunales (así, en SSAP Girona –Sección 2ª– de 4 de febrero de 1995 –AC 310–, Cáceres –Sección 1ª– de 30 de junio de 1999 –AC 7730– y Cádiz –Sección 4ª– de 4 de octubre de 1999 –AC 7080–).

## **2. EL SINGULAR TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS DE SUMISIÓN EXPRESA.**

Como es de sobra sabido, las normas atributivas de competencia internacional son, salvo excepciones, de naturaleza prorrogable. Esto significa que se reconoce la admisibilidad de la sumisión expresa y de la sumisión tácita como criterios susceptibles de otorgar competencia internacional a los Tribunales de un Estado que, en principio, a la luz de la normativa aplicable, carecían de ella. Fijándonos de momento en la sumisión expresa, puede definirse como aquel

pacto en virtud del cual determinados sujetos acuerdan atribuir competencia para conocer de un litigio, presente o futuro, a los Tribunales de un Estado determinado, con exclusión de los de aquél que la tendrían de no existir tal pacto. Deben reconocerse así dos ámbitos diversos de eficacia a las cláusulas de sumisión expresa: de un lado, atribuyen competencia internacional a los Tribunales del Estado designado (*prorrogatio fori*); de otro, se la sustraen a todos los demás, especialmente a los de aquel Estado que la habrían ostentado de no mediar el pacto, o de no haberse hecho valer éste (*derogatio fori*).

Pues bien, durante largo tiempo ha sido una de las características más singulares de nuestra jurisprudencia la de admitir la validez de los efectos prorrogatorios de los pactos de sumisión expresa, pero rechazando sus efectos derogatorios; en otros términos, nuestros Tribunales consideraban válidas y eficaces las cláusulas de sumisión expresa pactadas en su favor, pero negaban efectividad a aquéllas en virtud de las cuales los litigantes se habían sometido a tribunales extranjeros (y desestimaban así las excepciones procesales opuestas en tal sentido por los litigantes). La razón “técnica” aducida llegó a fundarse incluso en el art. 22.2 LOPJ, que prevé la sumisión expresa... pero sólo como criterio para atribuir competencia internacional a los Tribunales españoles, sin que se diga nada sobre la posibilidad de que tales pactos sean eficaces para sustraer asuntos de la esfera jurisdiccional nacional (sobran los comentarios...). [Cfr. la STS de 16 de julio de 1983 (RAJ 4235), y las SSTS de 30 de abril de 1990 (RAJ 2807) y de 18 de junio de 1990 (RAJ 4764), entre las pronunciadas estando ya en vigor la LOPJ].

Esta visión del fenómeno ha sido objeto de un abandono paulatino que, en la actualidad, es casi absoluto, de manera que se reconoce plena eficacia a la sumisión expresa tanto para atribuir competencia a los Tribunales españoles como para privarles de ella: la brecha fue abierta por las SSTS de 13 de octubre de 1993 (RAJ 7514) y de 10 de noviembre de 1993 (RAJ 8980), y ha sido seguida por la jurisprudencia menor (cfr. SSAP Álava de 31 de enero de 1996 –AC 322–, Baleares –Sección 3ª– de 5 de mayo de 1999 –AC 8318–, Pontevedra –Sección 2ª– de 8 de mayo de 2000 –AC 3582– o Madrid –Sección 14ª– de 10 de julio de 2000 –AC 4363–, entre otras).

Más aún, de manera especial se ha reconocido que la cláusula de sumisión expresa será eficaz aunque el objeto del proceso consista precisamente en la impugnación del contrato que la contiene (SAP Barcelona –Sección 15ª– de 11 de febrero de 2000 –AC 581–). En el ámbito del Convenio de Bruselas, la STJCE de 3 de julio de 1997, As. C-269/95, *Francesco Benincasa c. Dentalkit s.r.l.* proclamó asimismo que “El órgano jurisdiccional de un Estado contratante designado en una cláusula atributiva de competencia válidamente pactada conforme al párrafo primero del artículo 17 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 también tiene competencia exclusiva cuando la acción tiene por objeto,

entre otros, la declaración de nulidad del contrato en que se contiene dicha cláusula”.

Sin embargo, hemos encontrado alguna resolución que, aún en fechas muy recientes, considera que no son vinculantes las cláusulas de sumisión a la jurisdicción extranjera (es el caso de la SAP Castellón –Sección 1ª– de 17 de marzo de 2000 –AC 4805–).

En todo caso, a pesar de lo anterior, no deja de apreciarse en las resoluciones leídas un alto grado de benevolencia al juzgar las cláusulas que prorrogan la jurisdicción en favor de los Tribunales españoles, que contrasta con el mayor nivel de exigencia apreciado cuando se trata de someterse a Tribunales extranjeros. La consecuencia en la práctica es clara: a pesar de las proclamaciones genéricas con que suelen pertrecharse las resoluciones, resulta relativamente fácil que se reconozca eficacia a una cláusula de sumisión a los Tribunales españoles, mientras que son mucho mayores los obstáculos y frenos que se suelen oponer a la alegada vigencia –por el demandado– de una cláusula de sumisión a los Tribunales de otro Estado.

En ocasiones, los argumentos esgrimidos para fundar la competencia de nuestros Tribunales son –permítase la licencia– “peregrinos”: así, produce sonrojo leer en la SAP Madrid –Sección 13ª– de 16 de abril de 1999 (AC 7566) que “desde una perspectiva sociológica, que el Juez no puede dejar de tener en cuenta al interpretar la Ley (según le impone el art. 3.1 del Código civil), sería muy difícil explicar a un ciudadano o ciudadana (y la demandante lo es) que una empresa de servicios turísticos como la codemandada «Viajes El Corte Inglés, SA» que, en la estimación social aparece como de gran solvencia y atención, adopte la actitud de remitir a un cliente a la jurisdicción de un país allende al Atlántico para resolver una reclamación relacionada con un contrato suscrito con ella. No sería buena propaganda (...)”.

Más allá de la anécdota, sí que hemos podido detectar varios grupos de cuestiones que suelen integrar óbices para reconocer operatividad ante nuestros Juzgados a las cláusulas que prorrogan la competencia internacional en beneficio de órganos jurisdiccionales de otros Estados.

### **2.1. Cuestiones de forma.**

En primer término, suelen ser motivos de forma –aunque convenientemente disfrazados de argumentos sustantivos– los que hacen “caer” a buen número de cláusulas de sumisión expresa.

Así, se ha aplicado por analogía en más de una ocasión el art. 57 de la LEC de 1881, que exige la constancia manifiesta en las cláusulas de sumisión expresa de la “renuncia de una forma clara y terminante al fuero propio”, a lo que los Tribunales, sosteniendo –aunque sin argumentos– que la sumisión a órganos jurisdiccionales extranjeros tiene una naturaleza “excepcional”, han añadido la

necesidad de que aquéllas estén establecidas “de manera clara, precisa, explícita y de modo bilateral, estando suscrita[s] por quien renuncia a su fuero propio y designando al Juez a quien se sometiére”. En la práctica, las cláusulas de sumisión a Tribunales extranjeros han sido sometidas al control de la concurrencia de los requisitos anteriores, y se han considerado ineficaces aquéllas que no estaban redactadas siguiendo tales formalismos: cfr. SSTs de 16 de julio de 1983 (RAJ 4235), de 18 de junio de 1990 (RAJ 4764), de 30 de abril de 1991 (RAJ 3118, *a contrario sensu*), de 18 de febrero de 1993 (RAJ 1241) y de 10 de noviembre de 1993 (RAJ 8980); también la SAP Tarragona –Sección 1ª– de 20 de mayo de 1998 (AC 5711).

Es evidente que es tarea del Tribunal comprobar si la cláusula de sumisión expresa cumple con todos los requisitos para resultar eficaz; en consecuencia, es razonable rechazar que pueda excluir la competencia de los Tribunales españoles en determinados supuestos, como cuando resulta claramente abusiva (por formar parte de un contrato de adhesión frente a consumidores) y se encuentra en el reverso de un documento, no suscrito por la parte actora (cfr. SAP Málaga –Sección 4ª– de 9 de enero de 1998 –AC 8880–). Pero lo anterior, llevado a ciertos extremos, se puede convertir en una exageración, contraria a los usos del comercio internacional –que es, no se olvide, donde se gestan la mayor parte de las cláusulas de sumisión expresa–.

Afortunadamente, también existen buenos ejemplos que reconducen los requisitos expuestos a sus justos términos; en este sentido, puede verse el AAP Cantabria –Sección 1ª– de 24 de noviembre de 1999 (AC 2341), que rechaza la necesidad de haber empleado “alguna fórmula rituarial” para que se entienda que la cláusula contiene una renuncia clara y terminante al fuero propio, o que considera irrelevante el idioma en que se encuentre ésta redactada (máxime si es el inglés...) y que, igualmente, rechaza que su inclusión en un contrato de adhesión la convierta de forma automática en nula, especialmente cuando se trata de contratos típicos en determinados sectores de la contratación internacional y sus protagonistas son profesionales del comercio. En este último sentido, también se manifiesta la SAP Madrid –Sección 14ª– de 10 de julio de 2000 –AC 4363–.

Para la materia de la validez de las cláusulas de sumisión contenidas en condiciones generales, al menos por lo que respecta a los supuestos en que se aplique el Convenio de Bruselas, debe asimismo tenerse en cuenta la STJCE de 14 de diciembre de 1976, As. 24/76, *Estasis Salotti di Colzani Aimò y Gianmario Colzani S.N.C. c. RÜWA Polsteremaschinen GmbH*, que proclama lo siguiente: “En el caso en que, entre las condiciones generales de venta de una de las partes, impresas al dorso de un documento contractual, figure una cláusula atributiva de competencia, únicamente se cumple la exigencia de forma escrita, establecida por el párrafo primero del artículo 17 del Convenio (...), si el contrato firmado por ambas partes contiene una remisión expresa a dichas condiciones generales. En el caso de celebración de un contrato, que se remite a ofertas anteriormente



realizadas en las que se hace referencia a las condiciones generales de una de las partes, que contienen una cláusula atributiva de competencia, únicamente se cumple la exigencia de forma escrita (...) si la remisión es expresa y, por tanto, susceptible de control por una parte que actúe con una diligencia normal”.

El mismo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha atribuido eficacia a los pactos verbales de sumisión expresa en diversas ocasiones, aunque bajo condiciones, que se han ido suavizando. Así, en un primer momento se sostuvo que: “En caso de un contrato celebrado verbalmente, únicamente se cumplen los requisitos de forma establecidos en el párrafo primero del artículo 17 del Convenio (...) si la confirmación escrita del vendedor, en la que se comunican las condiciones generales de venta, ha dado lugar a una aceptación escrita por parte del comprador. El hecho de que el comprador no formule objeción alguna a la confirmación, emanada unilateralmente de la otra parte, no significa la aceptación de la cláusula atributiva de competencia, salvo si el acuerdo verbal se encuadra en el marco de las relaciones comerciales habituales entre las partes, establecidas sobre la base de las condiciones generales de una de ellas, que contienen una cláusula atributiva de competencia” (STJCE de 14 de diciembre de 1976, As. 25/76, *Galleries Segoura SPRL c. Rahim Bonakdarian*).

Sin embargo, esta última salvedad queda muy matizada después de la STJCE de 11 de julio de 1985, As. 221/84, *F. Berghoefer GmbH & Co. KG c. ASA SA*, donde se señala que: “El párrafo primero del artículo 17 del Convenio (...) debe interpretarse en el sentido de que se cumple el requisito de forma que exige dicha disposición cuando se acredita que la cláusula atributiva de competencia ha sido objeto de un acuerdo verbal que se refiere de modo expreso a dicho punto, que una confirmación escrita de dicho acuerdo emitida por una cualquiera de las partes ha sido recibida por la otra y que esta última no ha formulado objeción alguna”.

Y más aún, en los supuestos de comercio internacional, según se desprende de la STJCE de 20 de febrero de 1997, As. C-106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft EG (MSG) c. Les Gravières Rhénanes SARL*: “El tercer supuesto de la segunda frase del párrafo primero del artículo 17 del Convenio (...) debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de un contrato celebrado verbalmente en el comercio internacional, se entiende que se ha estipulado válidamente un convenio atributivo de competencia, con respecto a dicha disposición, a consecuencia de la falta de respuesta de la otra parte contratante a un escrito comercial de confirmación que su cocontratante le hubiere enviado, o del pago reiterado y sin protesta de facturas, cuando dichos documentos contengan una mención impresa que indique el fuero, si este comportamiento corresponde a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan las partes interesadas y si estas últimas conocen dicho uso o debieren conocerlo. Corresponde al Juez nacional comprobar la existencia de dicho uso, así como que las partes contratantes tengan conocimiento del mismo. Existe un

uso en un sector del comercio internacional cuando, en particular, las partes contratantes que operan en dicho sector siguen generalmente un comportamiento determinado al celebrar cierta clase de contratos. El conocimiento de dicho uso queda acreditado cuando, en particular, hubieren entablado con anterioridad relaciones comerciales entre ellas o con otras partes que operen en el sector comercial de que se trate o cuando, en dicho sector, se siga un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos, de modo que pueda considerarse una práctica consolidada”. Estas ideas se desarrollan más pormenorizadamente en la STJCE de 16 de marzo de 1999, As. C-159/97, *Trasporti Castelleti Spedizioni Internazionali SpA c. Hugo Trumphy SpA*.

En cuanto al idioma de las cláusulas, la STJCE de 24 de junio de 1981, As. 150/80, *Elefanten Schuh GmbH c. Pierre Jacqmain*, dejó sentado que “El artículo 17 del Convenio (...) debe ser interpretado en el sentido de que la legislación de un Estado contratante no puede oponerse a la validez de un convenio atributivo de competencia tan sólo porque la lengua utilizada no sea la prescrita por dicha legislación”.

La flexibilidad con que se manifiesta el TJCE en estos temas se pone de manifiesto con gran claridad también en la Sentencia de 9 de noviembre de 2000, As. C-387/98, *Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV y otros*, donde señala que el art. 17 CB “no exige que una cláusula atributiva de competencia se formule de tal manera que, por su propio tenor, sea posible identificar el órgano jurisdiccional competente. Basta con que la cláusula identifique los elementos objetivos sobre los cuales las partes se han puesto de acuerdo para elegir el tribunal o los tribunales a los que desean someter los litigios que hayan surgido o que puedan surgir. Estos elementos, que deben ser lo suficientemente precisos para permitir al Juez que conoce del litigio determinar si es competente, pueden ser concretados, en su caso, por las circunstancias propias de cada situación” (en concreto, la cláusula en cuestión precisaba que «cualquier litigio que se suscite en relación con el presente conocimiento de embarque será resuelto en el país en el que el porteador tenga su establecimiento principal», sin mayor precisión en torno al lugar).

## **2.2. Cláusulas que regulan simultáneamente «ius» y «forum».**

Mucho más sorprendente resulta otra objeción que se ha formulado en varias ocasiones a las cláusulas que prorrogan la competencia internacional en favor de Tribunales españoles. Como sin duda sabrá quien esté familiarizado con este sector de la vida negocial, es bastante usual que en una sola cláusula se pacte tanto el Derecho sustantivo que ha de regir el contrato como la Jurisdicción que ha de resolver las controversias que de aquél se deriven (lo que, en ocasiones, se conoce como *ius* y *forum*, respectivamente): v.g., “Este contrato estará sujeto a las Leyes de Alemania y a la jurisdicción de las Cortes de Frankfurt am Main”. Pues bien, del hecho de que ambas cuestiones se regulen bajo el mismo ordinal

del clausulado de un contrato y del hecho de que el *forum* se recoja después (en un sentido gráfico o de aparición en el texto) del *ius*, ha deducido nuestra jurisprudencia una original consecuencia: el *forum* sólo será competente si efectivamente el *ius* resulta aplicable al contrato... Así lo proclamó la STS de 20 de julio de 1992 (RAJ 6440), seguida por la SAP Madrid –Sección 14ª– de 10 de julio de 2000 (AC 4363).

Y si curiosamente –acudiendo a interpretaciones de las normas de conflicto que, benévolamente, podríamos calificar de heterodoxas– aprecia el Tribunal que el *ius* pactado no es de aplicación al caso, entonces automáticamente considera sin valor a toda la cláusula y entiende que no hay sumisión válida, pues interpreta que las partes sólo querían someterse a los Tribunales del Estado designado si simultáneamente iba a resultar de aplicación el Derecho nacional en cuestión, “máxime –dice la jurisprudencia citada– si se tiene en cuenta que la aplicación por un Tribunal de una legislación foránea no es sino una anomalía y como tal excepcional en el procedimiento propiamente dicho para enjuiciar y en la aplicación del Derecho sustantivo o de fondo en la relación jurídico material objeto de la controversia, lo que significa de no disponerse expresa e inequívocamente lo contrario, que la sumisión expresa a un determinado Tribunal ha de partir indefectiblemente de que ese Tribunal pueda aplicar una legislación determinada”.

El voluntarismo que subyace a semejante forma de ver las cosas es palmario, pero no puede ignorarse por los operadores jurídicos, a quienes desde estas líneas, y con el fin de evitar sorpresas desagradables y de ver frustrada cualquier –ingenua– expectativa de lógica en los Tribunales españoles, se recomienda encarecidamente reelaborar los formularios de sus contratos y desglosar en dos cláusulas las previsiones relativas al *ius* y al *forum*...

### ***2.3. La demanda ante los Tribunales del domicilio del demandado en infracción de una cláusula de sumisión expresa.***

No terminan aquí, sin embargo, las sorpresas que depara la lectura de la jurisprudencia en materia de cláusulas de sumisión expresa derogatorias de la Jurisdicción española. En principio, cabe razonablemente suponer que el fundamento de las cláusulas de sumisión se encuentra –junto con el carácter ordinariamente disponible de la competencia internacional– en el principio de libertad de pactos y, recuérdese, *pacta sunt servanda*: por eso el demandado que alega en tiempo y forma la válida sumisión de la controversia a un Tribunal extranjero debe ser merecedor del amparo del órgano jurisdiccional español ante quien el actor, en infracción del pacto, haya ejercitado su acción.

Pues bien, no siempre es así, al menos a juicio de nuestros Tribunales: existe, al contrario, una marcada tendencia a desestimar las excepciones de falta de competencia internacional fundadas en pactos de sumisión en favor de Tribunales extranjeros en aquellos casos en que el demandado tiene su domicilio

en España. Si se le ha demandado allí donde tiene su domicilio –se argumenta–, ningún sentido lógico tiene que un sujeto pretenda el traslado del proceso a otro Estado; al contrario, de tal actitud puede deducirse una voluntad dilatoria respecto de la resolución del conflicto, de modo que la impugnación de la competencia del tribunal elegido por el actor puede presumirse fraudulenta, constitutiva de un acto de abuso de derecho. En definitiva, en estos casos se interpreta que la finalidad de la cláusula de sumisión era la de otorgar un privilegio al actor, que renuncia a éste “en beneficio de la contraparte, eliminándole desplazamientos y molestias”, incluso “se [le] facilita el derecho de defensa y se le aplica el fuero para él más conveniente”; el demandado, en definitiva, carece en estos casos de interés para oponer válidamente la cláusula de sumisión expresa. Argumentos de esta índole se encuentran en las SSTs de 20 de julio de 1992 (RAJ 6440), 10 de marzo de 1993 (RAJ 1834) y de 10 de noviembre de 1993 (RAJ 8980), y en las SSAP Málaga –Sección 4ª– de 24 de mayo de 1994 (AC 799) y Barcelona –Sección 16ª– de 5 de octubre de 1998 (AC 8973).

#### ***2.4. Eficacia frente a terceros del pacto de sumisión expresa.***

Una de las cuestiones más delicadas que se plantean respecto de la sumisión expresa es la de la posible extensión de la eficacia de una cláusula frente a terceros. Del asunto se han ocupado nuestros Tribunales en varios supuestos, aunque con criterios y resultados dispares. El punto de partida, la regla general, es la de que los pactos –y la sumisión expresa lo es– sólo vinculan a quienes los suscribieron. Sin embargo, con cierta frecuencia el desarrollo de las relaciones jurídicas da lugar a subrogaciones de unos sujetos en la posición jurídica ocupada previamente por otros, y es en estos casos en los que puede surgir la necesidad de determinar si al nuevo ocupante de la posición jurídica le es oponible, como lo era a su antecesor, una cláusula de sumisión expresa.

En la práctica, el tema se ha planteado, sobre todo, en controversias con ocasión de reclamaciones fundadas en contratos de transporte marítimo de mercancías, documentados en conocimientos de embarque que incluían cláusulas de sumisión, en los que la demanda había sido formulada bien por el posterior adquirente de las mercancías transportadas, bien por la compañía aseguradora.

El criterio básico lo sienta la STS de 13 de octubre de 1993 (RAJ 7514), en un litigio derivado de un contrato de transporte de mercancías por mar, documentado en conocimiento de embarque con cláusula de sumisión a la jurisdicción inglesa. Producidos daños en la mercancía, la aseguradora lo indemniza al consignatario y después se subroga en su posición para reclamarlo de sus responsables. La demandada opone la cláusula de sumisión contenida en el conocimiento de embarque (que la aseguradora, evidentemente, no firmó). El Tribunal, sin embargo, admite la eficacia de la cláusula frente a la aseguradora, pues ésta, en virtud del art. 780 CCom (contrato de seguro marítimo), se ha subrogado en el lugar del asegurado: si el asegurado fundó sus derechos en el

conocimiento de embarque, la aseguradora subrogada también, y ha de aceptar la cláusula de sumisión. “De lo contrario se daría la consecuencia injusta [de] que las otras partes contractuales se vean perjudicadas en sus derechos cuando la contraparte subrogase a un tercero en su lugar (...), si este último pudiera alegar que en lo que le perjudica, lo convenido es «res inter alios acta»”. “Otra cosa sería –prosigue la sentencia– si el asegurador, para reintegrarse, tuviese un simple derecho de repetición contra los deudores; entonces, al ser su acción independiente de la que corresponde al asegurado, no está vinculado por lo convenido por éste”.

En el mismo sentido se pronunció el AAP Cantabria –Sección 1ª– de 24 de noviembre de 1999 (AC 2341) respecto de otro contrato de transporte marítimo de mercancías con conocimiento de embarque entre porteador y consignatario que incluía cláusula de sumisión a un tribunal de París. Durante el tránsito el conocimiento es endosado a otra empresa; ocasionados daños a la mercancía, el endosatario y la compañía aseguradora (subrogada parcialmente) demandan en España a la transportista, que alega la cláusula de sumisión contenida en el conocimiento de embarque. Aunque ninguno de los demandantes la ha suscrito, se considera eficaz porque: a) el endosatario se ha subrogado en la posición jurídica del endosante, lo que le hace oponible todo el clausulado del conocimiento de embarque; b) la compañía aseguradora se ha subrogado, por la parte de daños ya indemnizada, en la posición jurídica de éste, a quien, según se acaba de ver, le era oponible el conocimiento de embarque.

Esta interpretación, en lo tocante a la subrogación del posterior adquirente de las mercancías, no ha sido la seguida, en cambio, por la SAP Valencia –Sección 8ª– de 15 de abril de 1998 (AC 4643). En el marco nuevamente de un transporte marítimo de mercancías (ajos), se suscribe entre consignataria y transportista un conocimiento de embarque que incluye la sumisión a los Tribunales de Estados Unidos. Otra entidad se subroga en la posición de la consignataria, y demanda en España ante los daños y perjuicios causados con ocasión del transporte. La transportista alega la cláusula de sumisión, pero la Audiencia considera que no puede oponérsele a la demandante porque no fue parte del conocimiento de embarque: aunque se haya subrogado, no toda subrogación permite extender la eficacia de la cláusula de sumisión expresa, porque considera que su acción es independiente de la que tenía la compradora-consignataria inicial de las mercancías.

Otra solución divergente de la regla general, por lo que se refiere a la aseguradora, es la que ofrece la SAP Vizcaya –Sección 4ª– de 26 de julio de 1994 (AC 1262). Se suscribe póliza de fletamento para transporte de mercancía por mar, que contiene cláusula de sumisión a tribunales no españoles. El transporte está asegurado por una Compañía de Seguros. Llegada a puerto, se aprecian deterioros en la mercancía; la Compañía los abona a la consignataria, y ejercita acción para reclamarlos del transportista. En principio, había una

subrogación, y la cláusula de exclusión de la jurisdicción española debería haber resultado oponible a la aseguradora. Sin embargo, la Audiencia se limitó a señalar que las cláusulas no afectan a terceros, y pasó a conocer del fondo del asunto.

Por supuesto, hay que tener cuidado de no extender a terceros sin contemplaciones la eficacia de cualquier cláusula de sumisión expresa. Así, obró con acierto la SAP Tarragona –Sección 1ª– de 20 de mayo de 1998 (AC 5711) al resolver la cuestión de competencia internacional suscitada con ocasión de un transporte marítimo. Es cierto que en el conocimiento de embarque, suscrito entre fletador y armador, se contenía una cláusula de sumisión a los Tribunales de Palermo. Ahora bien, en su confección no intervino el consignatario. Producidos ciertos daños, la aseguradora los abona al consignatario y se subroga en sus acciones (art. 780 CCom), presentando demanda ante los Tribunales españoles. El demandado pretende hacer valer la sumisión expresa, pero la Audiencia lo rechaza no ya porque la aseguradora no se subroga –lo que acepta–, sino porque el asegurado-consignatario no había firmado el conocimiento de embarque, que en consecuencia no le vinculaba.

Ahora bien, aunque no siempre resulte correcto extender a terceros la eficacia del pacto de sumisión, cuando sea posible, sí que deben otorgársele todos los efectos que merezca, como demuestra la SAP Barcelona –Sección 15ª– de 20 de diciembre de 1999 (AC 8149). Se celebra contrato de transporte de mercancías por mar, documentado a través de conocimiento de embarque entre transportista y consignatario, con cláusula de sumisión a los tribunales de Marsella. La demanda, ante los daños en las mercancías, se dirige tanto frente al transportista como frente a un transitario, que no fue parte del conocimiento de embarque. Presentada la demanda en España, la cláusula de sumisión no es eficaz frente al transitario, pues éste no la suscribió ni existe razón algún para poder oponérsela válidamente. Sin embargo, la Audiencia consideró que las acciones ejercitadas frente a ambos sujetos eran divisibles –no había litisconsorcio necesario– y, por tanto, procedía estimar parcialmente la declinatoria internacional, de forma que respecto de la acción ejercitada frente al transportista sí se declinó la competencia de los Tribunales españoles, como consecuencia de la vigencia de la cláusula de sumisión expresa: el pleito quedó así fragmentado, siguiendo en España sólo para conocer de la acción interpuesta frente al transitario.

Un último ejemplo de estos problemas nos lo suministra la SAP Valencia –Sección 6ª– de 21 de mayo de 1998 (AC 1093). Una naviera brasileña suscribe una póliza de fletamento con una empresa americana para un transporte por mar, en la que se incluye una cláusula de sumisión a tribunales ingleses. Una compañía petrolera española suministra combustible al buque, pero no se le abona. Interpone demanda en España (lugar de cumplimiento de la obligación contractual) y una de las demandadas opone declinatoria internacional alegando la cláusula de sumisión contenida en la póliza de fletamento. La alegación es

rechazada por la Audiencia, puesto que la demandante no se había subrogado en la posición de ninguno de los contratantes del fletamento, y la controversia no ha surgido en relación con el desenvolvimiento de ese contrato: la sumisión expresa no puede afectar aquí al tercero.

En general, respecto de estas cuestiones, tampoco pueden dejar de tenerse presentes cuatro sentencias del Tribunal de Justicia comunitaria dictadas en interpretación del art. 17 CB.

En primer término, la STJCE de 14 de julio de 1983, As. 201/82, *Gerling Konzern Speziale Kreditsversicherungs-AG y otros c. Amministrazione del Tesoro dello Stato*: “El primer párrafo del artículo 17 del Convenio (...) debe interpretarse en el sentido de que en un contrato de seguro celebrado entre un asegurador y un tomador de seguro, suscrito por este último en su propio nombre y en favor de terceros con respecto al contrato y que contenga una cláusula de prórroga de la competencia referente a los litigios que pudieren plantearse por dichos terceros, estos últimos, incluso si no hubieran suscrito expresamente tal cláusula, podrán prevalerse de ella, siempre que se haya cumplido el requisito de forma escrita (...) en las relaciones entre el asegurador y el tomador del seguro y que el consentimiento del asegurador se haya manifestado con claridad con relación a este extremo”.

Respecto de las cláusulas atributivas de competencia que figuran en las condiciones impresas de un conocimiento de embarque, “en lo que atañe a la relación entre el porteador y el tercero tenedor, se cumplen los requisitos que establece el artículo 17 del Convenio cuando se ha reconocido que dicha cláusula es válida en las relaciones entre el cargador y el porteador y, en virtud del Derecho nacional aplicable, el tercero tenedor, al adquirir el conocimiento de embarque, ha sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones” (STJCE de 19 de junio de 1984, As. 71/83, *Partenreederei MS. Tilly Russ y Ernest Russ c. NV Haven- & Vervoerbedrijf Nova y NV Goeminne Hout*). En el mismo sentido se pronuncia la STJCE de 9 de noviembre de 2000, As. C-387/98, *Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV y otros*, resolución que añade que, si según el Derecho nacional aplicable no se produce esa subrogación, para que fuese válida una extensión a terceros de la cláusula “es preciso verificar que [el tercero] ha dado su consentimiento a dicha cláusula”.

Por último, también reviste interés la STJCE de 10 de marzo de 1992, As. C-214/89, *Powell Duffryn plc c. Wolfgang Petereit*: “Una cláusula de atribución de competencia que designe al Tribunal de un Estado contratante para conocer de los litigios que surjan entre una sociedad anónima y sus accionistas, que ha sido introducida en los estatutos de la sociedad anónima de que se trate y adoptada de conformidad con las disposiciones de Derecho nacional aplicable a los propios estatutos, constituye un acuerdo atributivo de competencia a efectos de lo dispuesto en el artículo 17 del Convenio de Bruselas. Independientemente de la forma de adquisición de las acciones, los requisitos de forma que establece el

artículo 17 deben considerarse cumplidos con respecto a todo accionista si la cláusula de atribución de competencia figura en los estatutos sociales y éstos están depositados en un lugar en que el accionista pueda examinarlos o figuran en un registro público”.

### 3. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA SUMISIÓN TÁCITA.

Si ya el tratamiento jurisprudencial de la sumisión expresa en el ámbito de la competencia internacional ha sido merecedor de varios párrafos, tampoco aparece exenta de complicaciones la sumisión tácita. En principio, y salvo que se trate de materias para las que exista una norma de competencia internacional inderogable, serán competentes los Tribunales de un Estado ante los que haya presentado su demanda el actor si el demandado comparece ante ellos y no aprovecha la primera oportunidad procesal de que disponga para denunciar su falta de competencia internacional.

Nadie discute que la sumisión tácita prevalece sobre la expresa: aunque las partes hayan pactado someterse a la jurisdicción de los Tribunales del Estado A, si el demandante presenta su demanda ante los del Estado B y el demandado no ofrece resistencia en tiempo y forma, serán estos últimos los competentes, que habrán desplazado la competencia inicialmente pactada. Es ésta una cuestión sencilla, que nuestra jurisprudencia ha reconocido en más de una ocasión (como muestra, cfr. la STS de 16 de julio de 1983 –RAJ 4235– y la SAP Alicante – Sección 4ª– de 4 de octubre de 1995 –AC 1820–).

#### ***3.1. Relación de los actos que suponen sumisión tácita con el régimen de impugnación a instancia de parte de la ausencia de competencia territorial.***

Durante tiempo, sin embargo, la aplicación en la práctica de esta regla no ha resultado en absoluto pacífica. La causa era doble: primordialmente, la dificultad obedecía a la indefinición legal acerca de cuál era el cauce adecuado para que el demandado pudiese denunciar la falta de competencia internacional del tribunal elegido por el actor; pero agravaba el problema el defectuoso régimen de alegación y resolución de las excepciones procesales previsto en la LEC de 1881 para la mayoría de los procesos ordinarios (y, muy especialmente, para el juicio de menor cuantía). En cuanto a lo primero, no era pacífico si podía/debía acudir al cauce de la declinatoria, o si, por el contrario, habría que atenerse al régimen ordinario de las excepciones procesales; y, de optarse por esta segunda vía, la dificultad estribaba en que la denuncia del vicio había de formularse en la contestación a la demanda, lo que ya de por sí generaba el riesgo de provocar una sumisión tácita involuntaria o cercenaba las posibilidades de defensa del demandado, quien se veía constreñido a limitarse a oponer la excepción en su contestación, sin formular otras excepciones y alegaciones –ante el temor de que hacerlo así pudiera entenderse como sumisión tácita–.



La jurisprudencia ofreció una gran variedad de respuestas, ubicables en torno a dos extremos opuestos:

En una posición de extrema rigidez, la STS de 29 de noviembre de 1991 (RAJ 8578) entiende sin más miramientos que, si ha tenido lugar la contestación a la demanda, aunque forme parte de su contenido la excepción de ausencia de competencia internacional, se ha producido sumisión tácita. La SAP León –Sección 2ª– de 4 de junio de 1999 (AC 7313) sigue este mismo criterio, al considerar tácitamente sometido a quien formuló su excepción de incompetencia en la contestación a la demanda. También la SAP Alicante –Sección 4ª– de 4 de octubre de 1995 (AC 1820) consideró que había sumisión tácita por el simple hecho de contestar a la demanda y proponer en ella como excepción procesal la de ausencia de jurisdicción del tribunal (antiguo art. 533.1 de la LEC de 1881), pues el cauce apropiado era el de la declinatoria. El mismo órgano jurisdiccional –la misma Sección incluso–, sin embargo, en Sentencia de 18 de noviembre de 1998 (AC 7689) entendió que no se producía sumisión tácita si la excepción de incompetencia era la única alegación contenida en la contestación a la demanda. Pero la SAP Baleares –Sección 3ª– de 18 de julio de 1995 (AC 1306) entendió tácitamente sometido a un demandado que en su contestación a la demanda se limitó a oponer, junto a la excepción de falta de competencia internacional del tribunal, la de litispendencia: la formulación de esta segunda excepción es la que, a su juicio, provoca la aceptación tácita por el litigante de la competencia del tribunal elegido por el actor.

Con un criterio más flexible –y hasta cierto punto, más realista– otras resoluciones llegaron a conclusiones opuestas. Así, la SAP Málaga –Sección 4ª– de 24 de mayo de 1994 (AC 799) entendió que no se producía sumisión tácita por el hecho de alegar la falta de competencia internacional en y junto con la contestación a la demanda en sentido propio –que se hacía a título eventual, para el caso de que el tribunal desestimara la excepción–, pues en el marco del juicio de menor cuantía no había otra alternativa y el demandado había dejado suficientemente clara su oposición a la jurisdicción de los tribunales españoles. Lo mismo dice la SAP Barcelona –Sección 16ª– de 5 de octubre de 1998 (AC 8973), que considera que no se produce sumisión tácita si en unidad de acto se alega la excepción y se contesta de forma subsidiaria a la demanda en cuanto al fondo: lo dudoso del cauce procesal fuerza a ser flexibles en este punto. La SAP Asturias –Sección 5ª– de 12 de diciembre de 1994 (AC 2180) llega aún más lejos, pues considera que ni siquiera provoca sumisión tácita el hecho de que el demandado *ad cautelam* haya formulado reconvención en su contestación a la demanda; lo que, a su juicio, sí la genera es el aquietamiento de éste ante la desestimación por el Juzgado de su excepción (puesto que no recurrió en apelación la sentencia por dicho motivo).

Estas opiniones flexibles contaban, además, con el respaldo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas quien, al interpretar el art. 18 CB –

regulador de la sumisión tácita—, había establecido que, cuando el sistema procesal de un Estado no permita una alegación anticipada en el tiempo de la ausencia de competencia internacional, no podía considerarse tácitamente sometido a quien la oponía en el acto de la contestación a la demanda, incluso si la acompañaba de otro tipo de argumentos y defensas cuya alegación se encontrare sujeta a preclusión. “El artículo 18 del Convenio debe ser interpretado en el sentido de que la regla de competencia establecida por dicha disposición no es aplicable cuando el demandado impugna no sólo la competencia sino que además formula pretensiones sobre el fondo del litigio, a condición de que la impugnación de la competencia, si no es previa a la defensa sobre el fondo, no sea posterior a la actuación procesal que conforme al Derecho procesal interno sea considerada como la primera actuación de defensa dirigida al Juez que conoce del asunto” (STJCE de 24 de junio de 1981, As. 150/80, *Elefanten Schuh GmbH c. Pierre Jacqmain*). “El artículo 18 del Convenio (...) debe interpretarse en el sentido de que permite al demandado no sólo oponerse a la competencia, sino también formular al mismo tiempo, con carácter subsidiario, motivos de oposición sobre el fondo, sin perder por ello el derecho a proponer la excepción de incompetencia” (STJCE de 22 de octubre de 1981, As. 27/81, *Établissements Rohr Société Anonyme c. Dina Ossberger*; reproducen sus términos la STJCE de 31 de marzo de 1982, As. 25/81, *C.H.W. c. G.J.H.* y la STJCE de 14 de julio de 1983, As. 201/82, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG y otros c. Amministrazione del Tesoro dello Stato*).

Pues bien, la entrada en vigor de la LEC de 2000 ha eliminado la causa del problema anterior: en efecto, desde el 8 de enero de 2001 no puede dudarse de que es el de la declinatoria el único cauce a disposición del demandado para denunciar la ausencia en el tribunal de competencia internacional (arts. 39 y 63 LEC de 2000), con carácter esencialmente previo a la contestación a la demanda, con independencia del tipo de procedimiento en que se plantee. Por eso, de cara al futuro, es evidente que se producirá sumisión tácita si el demandado no denuncia por declinatoria la falta de competencia internacional. Lo anterior nos obliga a ser especialmente cautelosos a la hora de extraer conclusiones de la jurisprudencia y de calibrar su validez tras la entrada en vigor de la LEC de 2000. En principio, ha de negarse la posibilidad de permitir en el futuro las interpretaciones flexibles propiciadas por el defectuoso sistema de la LEC anterior. Es más, tampoco la jurisprudencia transcrita del Tribunal de Justicia comunitario debe considerarse aplicable en España, a pesar de que su tenor literal pueda ser utilizado por algún demandado negligente: en efecto, las SSTJCE mencionadas están pensadas para evitar rigideces en aquellos Estados cuyo ordenamiento procesal no contemple la posibilidad de denunciar de forma previa y separada la ausencia de competencia internacional; no es ésta ya la situación del nuestro, que no necesita ser suavizado en modo alguno.

### 3.2. *Otros problemas.*

Existen, sin embargo, otras cuestiones y problemas resueltos por nuestros Tribunales que siguen conservando actualidad a pesar del cambio legal.

Así, siendo varios los demandados y estando ligados por un litisconsorcio pasivo necesario, será completamente ineficaz la sumisión tácita en que ha incurrido uno solo de ellos; y lo será no sólo respecto de los demás, sino también respecto de sí mismo, por cuanto el objeto del proceso no puede ser dividido (cfr. en este sentido la SAP Vizcaya –Sección 4ª– de 13 de septiembre de 2000 –AC 1911–).

También se ha planteado en alguna ocasión una situación singular: en el marco de una misma relación jurídica se han originado varios procesos, y se discute si la actitud procesal observada por el demandado durante los litigios anteriores puede servir de base para fundar su sumisión tácita en el último de ellos. En concreto, podría plantearse la concurrencia de una singular sumisión tácita para el último proceso si quien es en él demandado ya acudió con anterioridad en calidad de actor para formular demandas a los tribunales del Estado cuya falta de competencia internacional ahora impugna; o bien si, habiendo asumido también el rol de demandado en procesos anteriores ante los Tribunales del mismo Estado, no formuló entonces objeción alguna a su competencia internacional –y siendo en todo caso litigios nacidos de la misma relación jurídica–.

Este resultado lo niega rotundamente la STS de 19 de diciembre de 1985 (RAJ 6600): “no puede admitirse que por el hecho de haberse planteado ante los órganos jurisdiccionales sirios unos determinados procesos derivados de las relaciones contractuales mediante entre las partes, antes del aquí deducido, haya mediado un sometimiento permanente para todas las consecuencias de la misma relación jurídica a los dichos Tribunales”. A la conclusión opuesta llega, sin embargo, la SAP La Rioja de 3 de diciembre de 1997 (RAJ 2558), fundándose en la doctrina de los actos propios: “el demandado, aunque también planteó tal excepción en el anterior procedimiento, tácitamente aceptó la competencia de los Tribunales españoles, cuando no recurrió aquella sentencia que le denegó la excepción en un procedimiento que no es sino un obligado antecedente del actual (en aquél se le reconoció a la actora el carácter ganancial de la vivienda sita en España, y ahora se pretende liquidar tal único bien ganancial); es más, aunque dicha sumisión tácita no pudiera acreditarse con rotundidad, la doctrina de los actos propios” es la que permite fundar la competencia de los Tribunales españoles para el nuevo proceso.

Finalmente, por lo que respecta a los procesos en materia matrimonial, el carácter indisponible de la competencia territorial interna, establecida en la D.A. Tercera de la Ley 30/1981 de 7 de julio y mantenida en el art. 769.4 de la LEC de 2000 plantea dudas acerca de su admisibilidad desde un punto de vista

internacional. En principio, la vigencia del art. 22.2 LOPJ debería disipar las dudas, puesto que no le pone más límite que la competencia exclusiva, que en materia matrimonial no existe. Sin embargo, el AAP Madrid –Sección 22ª– de 21 de febrero de 1997 (AC 234) entiende que en principio no debería resultar admisible ninguna forma de sumisión, ni expresa ni tácita, si simultáneamente no podía apreciarse la concurrencia de competencia territorial en algún Tribunal español; no obstante, en la misma resolución considera que la sumisión tácita se produce sin más cuando la demanda de divorcio se presenta de mutuo acuerdo por los dos cónyuges; y el mismo órgano jurisdiccional –también la misma Sección 22ª– no ofrece reparo alguno a la sumisión tácita respecto de la competencia internacional para conocer de procesos matrimoniales en su Sentencia de 4 de noviembre de 1999 (AC 2347).

La cuestión, de cara al futuro, no parece tan sencilla, pues el Reglamento (CE) 1347/2000 otorga carácter exclusivo a los fueros que en él se establecen (art. 7), sin conceder margen alguno a la prórroga expresa o tácita de la jurisdicción. En consecuencia, si el cónyuge demandado tiene su domicilio en un Estado miembro o es nacional de un Estado miembro, no será operativa la sumisión tácita –ni la expresa– como criterio atributivo de competencia internacional. Tan sólo cuando no se dé ninguno de los requisitos anteriores serán las leyes internas las que rijan la competencia internacional y podrá recibir aplicación, en su caso, el art. 22.2 LOPJ.

#### **4. ALGUNAS PUNTUALIZACIONES RESPECTO DEL TRATAMIENTO PROCESAL.**

Con independencia de las incertidumbres pretéritas, a las que ya nos hemos referido anteriormente, la entrada en vigor de la LEC de 2000 ha dejado bien claros los cauces a disposición tanto del tribunal como del demandado para denunciar la falta de competencia internacional del Tribunal elegido del actor.

El demandado dispone a tal efecto del cauce de la declinatoria (art. 39 LEC). En cuanto a la apreciación de oficio, se limita a las situaciones descritas en el art. 36.2 LEC: 1º. Cuando el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado en virtud de un convenio internacional; 2º. Cuando no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que sólo su sumisión tácita pudiera fundar la competencia de los tribunales españoles (esto es, cuando el litigio carece de conexión con el Estado español); 3º. Cuando la demanda infrinja las normas internacionales sobre inmunidad de jurisdicción.

La posibilidad de que los Tribunales controlasen de oficio su competencia internacional había sido proclamada, sin ningún género de limitaciones, por la STS de 10 de noviembre de 1993 (RAJ 8980) y acogida con gran entusiasmo por algunos órganos jurisdiccionales, siendo fuente de algún exceso aplicativo: así, la

SAP Vizcaya –Sección 4ª– de 13 de septiembre de 2000 (AC 1911) procede sin más –con apoyo en la sentencia del TS mencionada– y *ex novo* a controlar la competencia internacional de los Tribunales españoles para conocer del litigio, siendo así que nada se había discutido al respecto durante la primera instancia (sumisión tácita), sin que la materia fuese de la competencia exclusiva de tribunales extranjeros. En adelante, por tanto, las aseveraciones de la STS de 10 de noviembre de 1993 han de entenderse matizadas y reconducidas a los límites fijados por la LEC, sin que puedan usarse de base para desbordarlos.

En todo caso, para resolver la cuestión de competencia suscitada de oficio o a instancia de parte, el Tribunal deberá operar con los elementos de convicción obrantes en autos o que las partes puedan válidamente aportar en el incidente de declinatoria; y es que, con frecuencia, lo que se discute es si se dan los presupuestos jurídico-fácticos para que pueda considerarse tal o cual fuero de competencia internacional: el enjuiciamiento de los mismos constituye, en rigor, lo que se espera del Juez en la sentencia de fondo, razón por la cual, a los efectos de decidir sobre su propia competencia, ha de limitarse a valorar los principios de prueba de que disponga, sin que lo decidido *in limine litis* deba prejuzgar su resolución definitiva del pleito (si es que es él quien deba llegar a ello): cfr. STS de 25 de octubre de 1994 (RAJ 8290) y SSAP Pontevedra –Sección 2ª– de 8 de mayo de 2000 (AC 3582), Vizcaya –Sección 5ª– de 17 de julio de 2000 –AC 4745– y Madrid –Sección 25ª– de 26 de septiembre de 2000 –AC 2452–.

Por otra parte, es posible que sean una Audiencia Provincial –en segunda instancia– o un Tribunal Superior de Justicia –por medio de un recurso extraordinario por infracción procesal– quienes deban enjuiciar si realmente es procedente la alegación de falta de competencia internacional opuesta en tiempo y forma por el demandado y rechazada durante la instancia o instancias precedentes. En caso de que, contraviniendo el criterio de sus inferiores, estos órganos consideren que los Tribunales carecen de competencia internacional deberán declararlo así, aunque ello suponga anular y dejar sin efecto toda la actividad anterior. Merece el rechazo más absoluto, en consecuencia, la SAP Sevilla –Sección 5ª– de 20 de enero de 1997 (AC 786): el demandado impugnó en primera instancia la competencia de los tribunales españoles, pero el Juzgado lo consideró tácitamente sometido y acabó dictando sentencia sobre el fondo; reproducida la excepción en segunda instancia, la Audiencia considera que efectivamente no se produjo sumisión tácita, pero se niega a revocar la sentencia impugnada, pues ello “equivaldría a declarar la nulidad de todo el procedimiento con sus patentes y graves repercusiones en cuanto al fondo, lo que resulta inadmisibles en el caso de autos, pues no se descubre por parte alguna la indefensión de la demandada (...)”.

Existe, finalmente, otro problema que en la LEC no halla respuesta expresa respecto de la competencia internacional, aunque sí respecto de la territorial. Es posible que el actor presente su demanda ante los Tribunales

españoles alegando un fuero, y que el demandado formule declinatoria afirmando la aplicabilidad de un fuero distinto, que conduce a los Tribunales de otro Estado: ¿qué ocurre si el Tribunal, al resolver la cuestión, considera que al asunto le resulta de aplicación un tercer fuero, diverso de los anteriores? ¿Puede aplicarlo para decidir si mantiene o no su competencia? El asunto se planteó en el AAP Zaragoza de 12 de julio de 1994 (AC 1284): el demandante presentó su demanda ante los Tribunales españoles afirmando que se trataba de una acción en materia societaria para la que, en virtud del fuero exclusivo del art. 16.2 CB, eran exclusivamente competentes los tribunales de este país; el demandado, ciudadano belga, consideró que el objeto del litigio no entraba dentro de las previsiones del precepto en cuestión y que, por consiguiente, debió haber sido demandado ante los Tribunales de Bélgica, donde se encontraba su domicilio (art. 2 CB). Pues bien, la Audiencia considera que la demanda versaba sobre materia contractual, para la que el art. 5.1 CB prevé un fuero concurrente junto al del domicilio del demandado, el del lugar de cumplimiento de la obligación, y considerando que ese lugar era España, sostuvo la competencia internacional de nuestros Tribunales con base en un fuero que no había sido alegado ni discutido por ninguno de los litigantes. La solución, a nuestro juicio, fue errónea, pues el fuero del art. 5.1 CB es alternativo al del domicilio del demandado, alegado por este último, y sólo puede fundar la competencia internacional si el actor expresamente lo invoca, cosa que no sucedió; por ello, la Audiencia debió haber estimado la declinatoria.

Lo anterior de hecho, pone de relieve otro factor esencial, como es el de la importancia del enfoque jurídico que reciba el proceso, esto es, el de la identificación de la acción que integra su objeto, pues es de ella de la que depende la determinación del fuero aplicable y, en consecuencia, de ella puede depender que los Tribunales de un Estado sean o no competentes. La cuestión se plantea, sobre todo, cuando se trata de deslindar si nos hallamos ante una acción de responsabilidad por culpa contractual o extracontractual, pues los puntos de conexión varían mucho para una y otra. Así, en el supuesto enjuiciado por la SAP Zamora de 28 de mayo de 1999 (AC 1442) la controversia, en el fondo, giraba en torno a la naturaleza de la acción para obtener resarcimiento de los daños sufridos en unas mercancías con ocasión de un transporte y accidente de circulación en Portugal: ejercitada la acción de culpa extracontractual, el lugar de producción del daño habría provocado la incompetencia de nuestros Tribunales; pero si el demandante –como hizo– funda su demanda en el contrato de transporte pactado, que debía cumplirse en Zamora, entonces ya sí que son competentes los Tribunales españoles. Las consecuencias de la distinción son aún más claras si el contrato contiene una cláusula de sumisión expresa: ejercitada la acción de responsabilidad extracontractual, no puede en principio alegarse tal sumisión, pues el contrato no integra la causa de pedir; no obstante, véase la SAP Madrid –Sección 14<sup>a</sup>– de 10 de julio de 2000 (AC 4363), que reconoce la eficacia de un pacto de sumisión expresa a los Tribunales de Estados Unidos

incluido en el contrato que ligaba a demandante y demandada, a pesar de haber proclamado previamente que la acción ejercitada en el proceso era la aquiliana, esto es, la de responsabilidad por culpa extracontractual...