

Algunas reflexiones sobre la autonomía jurisdiccional en el sistema autónomo español de competencia tras la reforma de la LOPJ

1. Este verano el legislador español ha sido especialmente prolífico en lo que a nuestra disciplina se refiere, adoptándose distintas normas –con diverso rango legal- que inciden significativamente en la reglamentación de los distintos sectores normativos del sistema autónomo español de Derecho internacional privado. De todas estas modificaciones legislativas he querido centrarme en la que la LO 7/2015 ha realizado en las reglas internas de competencia judicial internacional con la modificación de la LOPJ –con los nuevos artículos 22 a 22 *nonies*-; y, en particular, dentro de ésta, formular algunas reflexiones sobre cómo queda el juego de la autonomía de la voluntad de las partes en la concreción de la competencia de los tribunales españoles tras la reforma (art. 22 *bis* LOPJ). El objeto de estas reflexiones es concreta no sólo en poner de manifiesto las incoherencias, las deficiencias y cuestiones interpretativas que genera el texto revisado, sino tratar de ofrecer soluciones a todas estas cuestiones para que resulte una aplicación coherente de esta norma de competencia tanto en lo que respecta al sistema español como en relación con las normas supranacionales aplicables (europeas e internacionales).

2. Pese a que la trascendencia práctica de la norma de competencia de la autonomía jurisdiccional contenida en el art. 22 *bis* de la LOPJ (tras la modificación introducida por la LO 7/2015) es limitada, lo que justifica que parte de este estudio se centre en el análisis de su ámbito de aplicación, esto no quiere decir que este precepto sea inservible. El artículo 22 *bis* sigue siendo aplicable para fundamentar la competencia de los tribunales españoles para aquellas materias que caen fuera del ámbito de aplicación de los instrumentos europeos, esto es, del RBI *bis* (cuyas cláusulas de jurisdicción se aplican con total independencia del domicilio de las partes en virtud de los arts. 6.1 y 25.1), del RBII *bis* (arts. 4.1 a) IV y art. 12), del R4/2009 (arts. 4 y 5) y del R 650/2012 (art. 5), y de los convenios internacionales (en especial, el Convenio de la Haya sobre acuerdo de elección de foro, de 30 de junio de 2005, en vigor desde el pasado 1 de octubre, si bien con excasa aplicabilidad por su limitado alcance); respecto de los cuales el art. 22 *bis* jugará fundamentalmente como regla de competencia indirecta. Dentro de este contexto, una de las materias que está fuera de la reglamentación europea y de los textos internacionales son las relaciones patrimoniales entre cónyuges –si bien cabe referir otros ejemplos excluidos como las acciones relativas al establecimiento de la filiación, no obstante la libertad de elección de foro en esta materia está restringida por su naturaleza, tal y como se deriva del art. 22 quarter letra d)-. Para aquellas materias como ésta, no cubiertas por reglamentos o textos internacionales, tiene sentido que las partes puedan elegir el tribunal competente para conocer de las cuestiones que surjan entre ellas en ese ámbito, a estos efectos la posibilidad de otorgar capitulaciones entre los contrayentes o cónyuges para reglamentar el régimen económico matrimonial sería la sede natural para la incorporación de una cláusula de elección de foro. Asimismo, también cabría referir la eventual virtualidad de la norma de competencia del art. 22 *bis* como foro residual al amparo del artículo 7 del RBII *bis*. Finalmente, otra de las posibilidades en las que el art. 22 *bis* podría seguir siendo aplicable sería aquellos supuestos en los que aun estando dentro del ámbito patrimonial exista una sumisión tácita a los tribunales españoles en relación a demandados domiciliados en terceros Estados no miembros, si se entiende que el artículo 26 RBI *bis* no cubre estos casos (*vid.* F. J. Garcimartín Alferez, *Derecho internacional privado*, 2ª ed. Civitas, Madrid, 2014, p. 194; J.C. Fernández Rizas, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 8ªed. Civitas, Madrid, 2015, pp. 79-80).

Ahora bien, en todos estos supuestos con la versión revisada de la LOPJ quizá esta posibilidad de elección de los tribunales españoles se haya perdido para las partes a tenor del texto del art. 22 *bis*. La redacción de este precepto resulta ciertamente desafortunada. Son varios los motivos los que sustentan esta afirmación, pero la más significativa es la incorporación de una condición injustificada para su aplicación: que se trate de materias “*en que una norma expresamente lo permita*”, lo que no puede tener otro resultado que eliminar la utilidad que pudiera tener este artículo en el pequeño ámbito material que su aplicación residual le permitía. Dado que no existen tales normas, allí donde el art. 22 *bis* sigue siendo aplicable, esta exigencia -sin sentido- desactiva cualquier posibilidad de recurso a este precepto. De esta manera el sistema interno se aparta totalmente de la evolución del Derecho europeo en este sentido (RBI *bis*), en el que se permite la sumisión en todo aquello que no sea materia exclusiva y se matiza esta libertad para ciertas materias de necesaria tutela, optando por todo lo contrario: aquello que no esté expresamente permitido parece estar prohibido. La única conclusión a la que puede llegarse en lo que respecta a esta exigencia es a interpretarla únicamente como una advertencia, esto es, para llamar la atención al operador jurídico de la existencia de fueros indisponibles en determinadas materias (como son las competencias exclusivas y en materia de derecho de familia y persona) y las restricciones o condicionamientos para el ejercicio de la autonomía jurisdiccional en otras (como son sucesiones, consumo o seguros, y estos últimos no sin problemas en cuanto a la concreción de esos requisitos, dada la incoherencia entre el tenor del art. 22 *bis* núm 1 II y el art. 22 *quinquies in fine*). Esta aproximación sería resultado de la interpretación conjunta de todo el número 1 del art. 22. *bis*, incluido el inciso sobre los límites a la *prorrogatio fori* de nuestros tribunales –cuestión que se aborda en el siguiente párrafo-.

3. Precisamente otras cuestiones relevantes que surgen de la compleja y asistemática redacción y estructura de este precepto –y en general de la falta de coherencia entre sí de los nuevos artículos adicionados por la LO 7/2015-, se refiere a los límites impuestos al juego de la autonomía de la voluntad de las partes: los acuerdos contrarios a los arts. 22 *quater*, 22 *quinquies*, 22 *sexies* y 22 *septies* o competencias exclusivas (art. 22) carecerán de efectos prorrogatorios (art. 22 *bis* núm. 2 I). Este párrafo resulta del todo absurdo tal y como está planteado, al ser imposible en la práctica plantearse un supuesto en el que exista un acuerdo en favor de la jurisdicción española que sea contrario –porque excluya la competencia a los tribunales españoles, al menos en lo respecta a su dimensión positiva- a estas normas de competencia unilaterales que dan precisamente competencia a los tribunales españoles. Aunque esta aproximación pudiera tener cierta lógica por cuanto que alguno de estos artículos se refieren a materias que por su naturaleza son indisponibles por las partes (es el caso de de los foros referentes al derecho de la persona y la familia, art. 22 *quater*), lo que justificaría que se cerrara la posibilidad de la autonomía de la voluntad de las partes también en el ámbito interno en estas materias, la técnica utilizada por el legislador no parece la más adecuada. Se podría haber llegado al mismo resultado si se hubiera optado por recoger una regla general de libertad de elección y posteriormente catalogar las excepciones en las que esa libertad está restringida o simplemente no existe (derecho de familia y persona), y de esta forma no se caería en contradicciones absurdas, como determinar la falta de validez de cualquier acuerdo de elección a los tribunales españoles en materia de sucesiones cuando el propio art. 22 *quater* letra g) permite la sumisión a los tribunales españoles cuando el Derecho aplicable a la sucesión fuera la ley española. La misma o mayor incoherencia se

observa si se pone en relación el art. 22 *quinquies*, relativo a cuestiones sobre obligaciones contractuales, extracontractuales, explotación de sucursales, agencias o establecimientos mercantiles, consumo, seguros y derechos reales sobre bienes inmuebles –excluido expresamente del ámbito de la libertad de elección de las partes por el art. 22 *bis* núm.1 I- con el número 2 del propio artículo 22 *bis* del que se desprende que no existe duda alguna sobre la posibilidad de *prorrogatio* a elección de las partes de los tribunales españoles en estas materias.

Las contradicciones del texto normativo en este sentido surgen desde el punto de vista del aspecto positivo de los acuerdos de elección a los tribunales españoles (la *prorrogatio fori*), en el que se centra erróneamente el legislador de forma exclusiva, lo que complica enormemente la interpretación de este inciso al operador jurídico. Son dos las posibilidades que en principio pudieran considerarse para esta operación. Por un lado, si no se toma literalmente el texto cabría una interpretación más flexible, que pudiera centrarse en efecto negativo -la *derogatio*- del acuerdo de elección de foro, si bien, no respecto de los acuerdos a favor de la jurisdicción española sino de aquellos de los que resulte la atribución del conocimiento de estas materias a jurisdicciones extranjeras; pues solo en estos casos estos acuerdos atributivos de jurisdicción pueden resultar “contrarios” a estos foros a los efectos del art. 22 *bis* 1 I *in fine*. Desde esta perspectiva, este precepto podría interpretarse en el sentido de que dejando al margen aquellas materias que resulten indisponibles por las partes –entendido esto en *strictu sensu*, esto es, en tanto que no se admite autonomía de elección alguna-, en el resto de las materias referidas se permitiría la *prorrogatio* cuando las partes sometan sus controversias a los tribunales españoles, pero no sería admisible la *derogatio fori* de nuestros tribunales –por elección a jurisdicción extranjera- cuando en el supuesto se cumplan en España con los criterios de conexión o atribución previstos en el fuero correspondiente para reconocer competencia nuestros tribunales. Ahora bien, si se sigue el tenor literal del precepto esta posibilidad desaparece totalmente, al referirse exclusivamente a la *prorrogatio fori*. De la literalidad del precepto, tomando en consideración el primer requisito (“en aquellas materias en que una norma expresamente lo permita”) y las limitaciones materiales a la autonomía jurisdiccional por remisión, la interpretación que se deduce conduciría a entender que se admite la sumisión en todas las materias excepto en aquellas en las que los arts. 22 *quarter*, 22 *quinquies*, 22 *sexties* y 22 *septies*, lo prohíban o lo sujeten a condiciones. No obstante, esta aproximación hermenéutica tampoco estaría exenta de controversia (*vid.* J. M^a Espinar Vicente, “Los riesgos de la incorrecta adaptación de las normas de la Unión Europea. La sumisión de las partes a la jurisdicción española tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015”, *La Ley Unión Europea*, N^o 31, 30 de Noviembre de 2015, Año III, p. 3). Por un lado, ya que el art. 22 no recoge ninguna prohibición absoluta en estas materias sobre la sumisión, lo que se reafirma por el hecho de que se encabece la previsión de estos fueros con expresiones tales como “en defecto de los criterios precedentes” (art. 22 *quarter*), o referencias expresasa al juego de la autonomía de la voluntad “en defecto de sumisión expresa o tácita” (art. 22 *quinquies*). Por otro lado, aunque si bien es cierto que en ciertas materias se prevé restricciones a la autonomía jurisdiccional –sucesiones o consumo, 22 *quinquies* letras d) y e)- estas condiciones ya se prevén por el art. 22 *bis*, indicando los requisitos de validez para tales acuerdos en estos ámbitos materiales. En definitiva, a efectos prácticos de aplicabilidad de este precepto cabría concluir que la interpretación más plausible estaría en los términos ya referidos en el primer párrafo de estas reflexiones, en el sentido de una necesaria interpretación del artículo 22 *bis* número 1 en su conjunto. De tal manera que se entienda

que se permite en general la sumisión salvo ciertas excepciones, bien porque existen fueros indisponibles en determinadas materias (como son las competencias exclusivas y en materia de derecho de familia y persona), bien porque dicha sumisión está sujeta a ciertas restricciones o requisitos de validez para los acuerdos de jurisdicción.

4. Otras partes del artículo plantean igualmente cuestiones por su redacción pero por otros motivos. Este es el caso del número 2 párrafo I *in fine* donde se afirma que “*La competencia establecida por sumisión expresa se extenderá a la propia validez del acuerdo de sumisión*”. Obviamente no puede ser de otra forma, al ser una norma interna, que los tribunales españoles sean lo que valoren la validez y eficacia de los posibles acuerdos de sumisión a su favor (se trata de una cuestión procesal); pero el artículo queda incompleto, pues deja sin resolver una cuestión esencial: qué ley se aplica a la cuestión de su validez sustancial del acuerdo de elección (la respuesta más lógica sería seguir la solución prevista en el Derecho europeo a este respecto: la aplicación de la *lex fori*, tomando como referencia el considerado 20 del RBI bis). Continuando con esta línea, y partiendo de lo acertado que resulta que se regule expresamente en el articulado los efectos de los acuerdos jurisdiccionales a favor de España, el legislador nacional se queda a medias a este respecto, pues únicamente hace referencia al efecto positivo o prorrogatorio de la cláusula a favor de los tribunales españoles, dejando al margen posibles referencias al efecto o eficacia derogatoria del acuerdo. Esta omisión abre la posibilidad a dos interpretaciones por parte del juzgador: una interpretación por analogía, que sería la lógica y deseable, que supondría la apreciación de tal efecto por los propios tribunales españoles, o una nada deseable interpretación a *sensu contrario*.

En lo que respecta a las forma del acuerdo de elección nada nuevo se ofrece, pues el art. 22 *bis* núm. 2 sigue la estela del art. 25 números 1 y 2 del RBI *bis*; y solamente en aquello en lo que se aleja el precepto del instrumento europeo el legislador nacional vuelve a crear polémica. En este sentido, plantea ciertas cuestiones conceptuales como es la consideración de la existencia de una sumisión expresa como resultado del intercambio de escritos de demanda y contestación a la demanda, dejando vacío el supuesto típico de sumisión tácita en la práctica forense (art. 22 *bis* núm. 2 III); lo que por otro lado, por primera vez se define esta figura en el sistema autónomo (art. 22 *bis* número 3).

5. No obstante, también ha de reconocerse que la reforma cuenta con ciertas bondades en este ámbito, pues con ella se ha venido a suplir una laguna legal que desde hace tiempo venía reclamándose por la doctrina y jurisprudencia nacional: el efecto derogatorio de las cláusulas de elección de tribunales extranjeros. Ahora bien, pese a lo acertado de esta importante novedad acerca de las cláusulas de jurisdicción, se plantean significantes cuestiones a este respecto. En primer lugar, por su propia ubicación. El legislador decide deslocalizar esta regla del que sería su ámbito propio o natural: el art. 22 *bis* relativo a los fueros de autonomía de la voluntad, para concretarlo en el fuero general del domicilio del demandado en el art. 22. *ter* número 4. Esta redacción unida a la sistemática del texto revisado plantea consideraciones en cuanto a la aplicación de la *derogatio fori* de los tribunales españoles cuando la competencia de estos se sustente en otros fueros de competencia distintos del foro general del domicilio del demandado.

Por otro lado, en cuanto a la reglamentación del alcance de la *derogatio fori* de los tribunales españoles, el precepto refiere el efecto suspensivo del procedimiento en España

pero de forma abierta, sin establecer plazos para el ejercicio de la acción ante la jurisdicción extranjera elegida, lo que conduce necesariamente a una potencial suspensión *sine die* de la causa incoada ante la jurisdicción española, que podría chocar con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de aquella parte que aun saltándose el previo acuerdo de jurisdicción extranjera planteó el litigio ante los tribunales españoles, ya que para poder continuar se exige expresamente que el tribunal extranjero elegido haya declinado su competencia. En cualquier caso, con esta previsión el legislador echa por tierra una línea jurisprudencial amparada por el Tribunal Supremo español que indicaba que, si el demandante demandaba al demandado en su domicilio y éste impugnaba la competencia con base en un acuerdo de sumisión expresa a jurisdicción extranjera, había que entender que la declinatoria de competencia constituía un abuso procesal. De esta manera el sistema español supera esta doctrina que resultaba contraria a los intereses de los operadores económicos en el ámbito del comercio internacional, chocando con la evolución que en este sentido se ha observado en la aplicación de los instrumentos europeos y textos internacionales de aplicación en España.

6. Por último, las limitaciones a esa *derogatio* previstas en el número 5 del art. 22 *ter* se realizan mediante la remisión implícita al art. 22 *bis*, lo que obliga a una reconstrucción interpretativa de todo este artículo con los problemas que esto supone como ha quedado en evidencia en los párrafos anteriores (*vid.* F. J. Garcimartín Alferez, “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *La Ley*, nº 8614, 28 septiembre 2015, pp. 1-10, en esp. p. 5). Una aproximación a esta interpretación por remisión podría suponer que únicamente tendría ese efecto suspensivo la *derogatio* sobre los tribunales españoles cuando la jurisdicción extranjera sea competente en los mismos términos que lo sería la española para esos casos; esto es, no procede si la LOPJ no permitiera expresamente la sumisión expresa tampoco a tribunales españoles.

Dentro de este contexto, podría hacerse referencia a ciertas normas internas que en relación con el RBI *bis* quedan sin efecto en el ámbito internacional, circunscribiendo su alcance únicamente a la competencia interna, pero que podría plantearse su virtualidad sobre la competencia internacional para aquellos supuestos que queden fuera del instrumento europeo, y por lo tanto dentro del margen de aplicación del art. 22 *bis* LOPJ. Este sería el caso de la Disposición Adicional Segunda de la Ley sobre el Contrato de Agencia (12/1992, de 27 de mayo) por la que se establece que la competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia le corresponde únicamente al juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario. Cuando hipotéticamente un supuesto de esta naturaleza estuviera fuera del RBI *bis* se podría cuestionar el alcance de la *derogatio fori* de los tribunales españoles como domicilio del agente por la existencia de un acuerdo de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros. Otras limitaciones al juego de la autonomía de la voluntad jurisdiccional de las partes pueden encontrarse en la reciente Ley de Navegación Marítima (Ley 14/2014, de 24 de julio) en su art. 468 -aplicable en defecto de instrumento de la UE o convenio internacional con reglas sobre competencia-; no obstante, estas limitaciones se refieren a la forma en la que debe de llevarse a cabo la negociación de la cláusula de jurisdicción -o arbitraje-: de forma individual y separada del contrato de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación en la que se encuentre inserta, para que ésta resulte válida y despliegue todos sus efectos positivo (*prorogatio fori*) y negativo (*derogatio fori*), en caso contrario será considerada nula. De nuevo, para aquellos hipotéticos supuestos que cayeran fuera del ámbito de aplicación del RBI *bis* -en los que los requisitos formales de los acuerdos de sumisión en este sector comercial, generalmente recogidos en los

conocimiento de embarque, cumplen sin problema con lo previsto en la letra c) del número 1 del art. 25 RBI *bis*-, podría plantearse la necesaria verificación previa de los requisitos del art. 468 LNM por los tribunales españoles para declinar su competencia -o al menos suspender el procedimiento- al amparo del art. 22 *ter* núm. 4 LOPJ a favor de la jurisdicción extranjera elegida. En cualquier caso, los dos supuestos esgrimidos en este último párrafo no son más que un ejemplo de laboratorio, pues son dos materias que no se escapan de la órbita del RBI *bis* tras la ampliación del ámbito espacial de aplicación de este instrumento europeo en lo que respecta a la sumisión expresa: con independencia del domicilio de las partes.

Clara Isabel Cordero Álvarez
Prof^a Dra. Derecho internacional privado
Dept. D^o internacional público y D^o internacional privado
Facultad de Derecho
UCM