

LOS ACUERDOS ATRIBUTIVOS DE JURISDICCIÓN EN DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL ESPAÑOL

FEDERICO F. GARAU SOBRINO

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de las Illes Balears*

Recibido: 07.07.2010 / Aceptado: 27.07.2010

Resumen: Si bien los acuerdos de jurisdicción tienen naturaleza procesal, no podemos dejar de lado sus elementos civiles. Por ello, su análisis desde la perspectiva del Derecho Procesal Civil Internacional debe fragmentar los diferentes aspectos que integran el acuerdo. De este modo, las cuestiones civiles, como la existencia y validez del acuerdo se regirán por el ordenamiento jurídico designado por las normas de conflicto en materia de obligaciones contractuales. Por otro lado, a sus aspectos puramente procesales (admisibilidad, forma y efectos) les será de aplicación la *lex fori*. Con el objeto de tener una visión lo más completa posible de la regulación de los acuerdos en el ordenamiento español, este trabajo realiza un estudio de su regulación tanto en las normas de origen comunitario (Reglamento Bruselas I y Convenio de Lugano) como de las normas de origen interno (Ley Orgánica del Poder Judicial y normativa con incidencia en esta materia). Todo ello se ve complementado con el estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que interpreta las disposiciones comunitarias, y de los tribunales españoles.

Palabras clave: Derecho Procesal Civil Internacional, acuerdos de jurisdicción, competencia judicial internacional, Derecho de la UE.

Abstract: Jurisdiction agreements are contracts on procedural relationships. Therefore, their analysis from the perspective of the International Civil Procedural Law requires the fragmentation of each one of the elements that makes up the agreement. Thus, civil matters, so as the existence and validity of the agreement, will be governed by the law designated by the conflict of laws rules on contractual obligations. On the other hand, purely procedural aspects (eligibility, form and effects) shall be complied with the *lex fori*. In order to develop a detailed landscape of the agreement's regulation in the Spanish Legal System, this paper analyses the European Union rules (Brussels I Regulation and Lugano Convention) and the internal ones (Judiciary Act and some other Spanish legislation related to this subject). All this is complemented with the study of case-law of the Court of Justice of the European Union on Community Legislation, so as these of the Spanish courts.

Key words: International Civil Procedural Law, Jurisdiction Agreements, International Jurisdiction, European Union Law.

Sumario: I. Los acuerdos atributivos de jurisdicción. 1. *Prorogatio fori* y *derogatio fori* como objeto de los acuerdos de jurisdicción. 2. Acuerdos de jurisdicción y ley aplicable. 3. Acuerdos de jurisdicción y reconocimiento de resoluciones extranjeras. 4. Naturaleza jurídica de los acuerdos de jurisdicción. II. Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el DPCI español de origen no interno. 1. Ámbito de aplicación del artículo 23 del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano. A) Ámbito *ratione materiae*. B) Ámbito temporal. C) Domicilio de una de las partes en un Estado miembro. D) Designación por las partes del tribunal de un Estado Miembro. E) ¿Vinculación de alguno de los elementos del proceso con otro Estado? El denominado «carácter internacional» del litigio. 2. Interpretación del concepto «convenio atributivo de competencia». 3. La atribución de jurisdicción mediante el documento constitutivo de un *trust*. 4. Limitaciones a la conclusión de acuerdos

atributivos de jurisdicción. A) Las competencias exclusivas. B) Protección de la parte jurídicamente débil. a) Materia de seguros. b) Contratos celebrados por consumidores. c) Contratos individuales de trabajo. 5. Forma de los acuerdos atributivos de jurisdicción. A) Acuerdos concluidos por escrito. B) Acuerdos concluidos verbalmente. C) Acuerdos concluidos en una forma que se ajuste a los hábitos establecidos entre las partes. D) Acuerdos concluidos en una forma conforme a los usos del comercio internacional. 6. Efectos del acuerdo atributivo de jurisdicción válidamente concluido. A) Creación de una competencia exclusiva. a) Principio general. b) Los acuerdos contenidos en un documento constitutivo de un *trust*. c) Apreciación por los tribunales de la competencia exclusiva. a') Examen de la existencia del acuerdo. Control de oficio de las normas sobre jurisdicción. b') Examen de la validez del acuerdo. Los conflictos negativos de jurisdicción. B) Acuerdos atributivos de jurisdicción celebrados en favor de un sola parte. C) Efectos frente a terceros. D) Los acuerdos de jurisdicción y otros foros. a) Sumisión tácita de las partes. b) Designación por las partes en una obligación contractual del lugar de cumplimiento de la obligación. c) Compensación. d) Foros de vinculación procesal. III. Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el DPCI español de origen interno. 1. Ámbito de aplicación del foro de la sumisión expresa de la LOPJ. 2. Admisibilidad de los acuerdos de jurisdicción. A) Ley aplicable a la admisibilidad. B) Límites a la admisibilidad de la conclusión de acuerdos de jurisdicción. a) Límites comunes a la posibilidad de acordar y derogar la jurisdicción de los tribunales españoles. b) Límites específicos a la posibilidad de acordar la jurisdicción de los tribunales españoles. c) Límites específicos a la posibilidad de derogar la jurisdicción de los tribunales españoles. 3. Existencia y validez de fondo de los acuerdos de jurisdicción. A) Ley aplicable a la existencia y validez de fondo. a) Los acuerdos de jurisdicción incluidos en contratos. b) Los acuerdos de jurisdicción como objeto de un contrato. B) Ámbito de la ley aplicable a la existencia y validez de fondo. 4. La forma de los acuerdos de jurisdicción. 5. Efectos procesales de los acuerdos de jurisdicción. A) Ley aplicable. B) Carácter exclusivo del *forum prorogatum*. C) Efectos frente a terceros. D) La sumisión tácita.

I. Los acuerdos atributivos de jurisdicción

1. *Prorogatio fori* y *derogatio fori* como objeto de los acuerdos de jurisdicción

1. La voluntad de las partes puede ser un criterio relevante para designar los órganos jurisdiccionales territorialmente competentes de un Estado. Ahora bien, los acuerdos *inter partes* también pueden versar sobre la jurisdicción de los tribunales de un Estado. En este caso, y para el Derecho Procesal Civil Internacional (DPCI), estos acuerdos de voluntades pueden tener un doble objeto. Por un lado, puede establecerse *la prorrogación de la jurisdicción* a favor de los tribunales de un país que, en caso contrario, no serían competentes para conocer del asunto (*prorogatio fori*). De otro lado, las partes pueden convenir *la derogación de la competencia judicial internacional* de los tribunales de un Estado en principio competentes (*derogatio fori*)¹. Con carácter general, puede afirmarse que *prorogatio* y *derogatio* se hallan interconectados, representando las dos caras de una misma moneda, de manera que toda prórroga en favor de la jurisdicción de los tribunales de un Estado implicaría paralelamente la derogación de la competencia judicial internacional de los de otro u otros Estados. Ahora bien, ello no es siempre así, de manera que *prorrogación* y *derogación* no tienen que ir necesariamente unidos, siendo posibles los acuerdos en los que se contenga únicamente una *prorogatio* o una *derogatio fori*².

2. Los acuerdos atributivos de jurisdicción tienen por objeto normalmente la competencia internacional de los tribunales de un Estado, aunque también es posible que designen los órganos jurisdiccionales *territorialmente* competentes³. Así se prevé en el art. 23.1 del Reglamento 44/2001: «las partes

¹ R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4., neubearb. und erw. Aufl., Köln, Otto Schmidt, 2001 [cit. GEIMER, *IZPR*], NM 1652; J. KROPHOLLER, “Internationale Zuständigkeit”, en AA.VV., *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, vol. I, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1982, capítulo III [cit. J. KROPHOLLER, “Internationale Zuständigkeit”], NM 471.

² GEIMER, *IZPR*, NM 1653 y 1654; R. HAUSMANN, “Gerichtsstandsvereinbarungen”, en C. REITHMANN, D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 5. völlig überarb. u. wesentl. erw. Aufl., Köln, Otto Schmidt, 1996, NM 2085–2293 [cit. R. HAUSMANN, “Gerichtsstandsvereinbarungen”], NM 2087; J. KROPHOLLER, “Internationale Zuständigkeit”, NM 473 y 474. No es imprescindible que *prorogatio* y *derogatio* se contengan en el mismo acuerdo.

³ Si el acuerdo se refiere solamente a la competencia internacional, la territorial deberá determinarse de acuerdo con las

[...] hubieren acordado que *un tribunal o los tribunales de un Estado miembro* fueren competentes para conocer de cualquier litigio...» Sin embargo, no es posible que las partes convengan la *competencia funcional* de los tribunales de un Estado, debido a su finalidad –presuponen la determinación del juez objetiva y territorialmente competente– y a su taxativa determinación a través de normas de origen interno.

Cuando el acuerdo se refiera únicamente a la competencia internacional de los tribunales de un Estado, es posible que surja un posterior problema sobre la determinación de la competencia territorial, debido a la falta de concordancia entre la primera (derivada de un acuerdo entre las partes) y la segunda (fijada por normas de origen interno). Como no es posible afirmar que los tribunales de un Estado poseen competencia internacional para entender de un determinado asunto pero, a la vez, no existe un órgano jurisdiccional territorialmente competente, deberá determinarse en cada caso concreto y en cada país una solución acorde con sus propias normas de competencia territorial⁴.

2. Acuerdos de jurisdicción y ley aplicable

3. Aun cuando existe una clara diferencia entre la elección de la ley aplicable en virtud del principio de autonomía de la voluntad y la designación del tribunal competente en virtud del mismo principio, existe una estrecha relación entre ambas elecciones. Así, cuando las partes deciden acerca de la jurisdicción de los tribunales que van a conocer de un litigio, en última instancia su acuerdo también incide sobre las normas materiales que se aplicarán a la relación litigiosa, puesto que la elección, o la exclusión, por las partes de los tribunales de un país conlleva la aplicación, o la inaplicación, de su sistema conflictual y la consiguiente designación de un concreto ordenamiento jurídico⁵. Desde esta perspectiva, la relevancia de los acuerdos de jurisdicción trasciende el aspecto procesal, proyectándose en última instancia sobre la norma material aplicable a la relación jurídica.

4. Cuestión distinta, aunque relacionada con la anterior, es determinar si la designación del órgano jurisdiccional podría interpretarse como una elección del derecho aplicable. A mi entender, no parece posible establecer tal tipo de relación, puesto que nos situamos ante cuestiones que, aun existiendo entre ellas cierta vinculación, son totalmente distintas y representan aspectos diferentes de una misma relación jurídica. La existencia de un acuerdo entre las partes eligiendo la ley aplicable a una relación jurídica no puede ser interpretada como una derogación automática de la jurisdicción de los tribunales del foro. Del mismo modo, cuando no se haya convenido el Derecho aplicable pero exista sumisión expresa a los tribunales del foro, tampoco puede concluirse inexorablemente que la voluntad de las partes es aplicar la *lex fori*; todo lo más, puede considerarse un indicio de que las partes podían querer aplicar ese ordenamiento⁶.

3. Acuerdos de jurisdicción y reconocimiento de resoluciones extranjeras

5. Desde la óptica del reconocimiento, los acuerdos de jurisdicción plantean diversos problemas. El primero de ellos es que, habiéndose adoptado la resolución por un tribunal competente (bien sea el designado por las partes, bien cualquier otro distinto al excluido por aquéllas), el juez del exequátur puede considerar que el tribunal de origen carecía de competencia judicial internacional indirecta para

normas procesales del país cuyos órganos jurisdiccionales han sido declarados (internacionalmente) competentes.

⁴ F. GARAU, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Palma, UIB, 2008 [cit. F. GARAU, *Lecciones DPCI*], pp. 32 ss. Cabe la posibilidad de que, designado el órgano territorialmente competente, el ordenamiento del foro considere indisponible la competencia territorial (véase *infra* NM 58).

⁵ A. L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 73; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *R.des C.*, 1977–III, p. 267.

⁶ F. GARAU, *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Madrid, 2008 [cit. F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*], Madrid, Colex, 2008, NM. 12; igualmente, A-L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *CDT*, 2009, núm. 2, NM 24. La *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, presentada por la Comisión, establecía en su art. 3.1, p. 2º, una presunción de que la elección por las partes de los tribunales de un Estado miembro para conocer de los litigios derivados del contrato podía interpretarse como que las partes habían tenido la intención de elegir la ley de ese Estado en calidad de *lex contractus* [véase COM(2005) 650 final, p. 15].

conocer del asunto. Un segundo problema puede surgir porque la resolución haya sido dictada por un órgano jurisdiccional distinto al designado por las partes o, por contra, por el tribunal excluido expresamente por aquéllas. En estos casos, el juez del exequátur debe decidir si reconoce la resolución emanada de un tribunal incompetente según la voluntad de las partes. En definitiva, debe determinarse hasta qué punto la libre elección de las partes puede ser entendida como un criterio de control de la competencia judicial internacional indirecta del tribunal de origen⁷. Si partimos de la idea de que la voluntad de las partes puede ser utilizada para controlar la competencia del juez de origen, la respuesta a las cuestiones anteriores pasa porque el juez del exequátur considere que los acuerdos entre las partes son admisibles desde el punto de vista de su propio ordenamiento jurídico –incluyendo los textos convencionales que haya ratificado–, así como que aquellos hayan sido concluidos válidamente de conformidad con la ley bajo la cual deba apreciarse dicho extremo⁸.

4. Naturaleza jurídica de los acuerdos de jurisdicción

6. Cuestión fundamentalmente teórica, y auténtico caballo de batalla de los acuerdos de jurisdicción, es la discusión doctrinal acerca de su naturaleza jurídica. Los procesalistas vienen discutiendo desde hace tiempo sobre si se trata de un contrato de naturaleza material o procesal, incluso si conforma una especie intermedia en el que tienden a predominar bien los aspectos jurídicos materiales bien los jurídicoprocesales⁹. Para quienes sostienen que el convenio atributivo de jurisdicción es un contrato de naturaleza jurídica material, deben concluir que los elementos integrantes se rigen por las normas civiles. A favor de esta postura puede argumentarse que el acuerdo de las partes se halla normalmente incluido en un contrato, como una cláusula más del mismo, o que incluso puede ser objeto de un contrato autónomo, siéndole de aplicación las normas civiles relativas a la teoría general de los contratos –p. ej. su conclusión, forma y efectos se determinarían de acuerdo con el Derecho Civil–. Ahora bien, quienes defienden su naturaleza jurídicoprocesal deben afirmar, consecuentemente, que el acuerdo de jurisdicción queda sometido a las normas procesales, no siéndole de aplicación las normas civiles¹⁰.

7. Estas teorías obvian el análisis desde la perspectiva del DPCI, centrándose únicamente en el ámbito de la dimensión interna del fenómeno, en la sumisión expresa de las partes como criterio determinante de la competencia territorial en el proceso civil, lo que conduce a una visión sesgada del problema. Con toda razón se ha afirmado que la calificación de la naturaleza jurídica de los acuerdos

⁷ Sobre la cuestión, A. L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera*, pp. 73 ss. España es parte en un gran número de convenios bilaterales sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones extranjeras en los que la sumisión –en algunos casos únicamente la expresa, en otros también la tácita– es admitida, bajo determinadas condiciones, como un criterio de competencia indirecta: convenios con Francia (art. 7.5), Italia (art. 17.5), Alemania (arts. 7.3 y 7.4), Austria (arts. 7.1.3 y 7.1.4), Checoslovaquia (art. 19.1, e) –aplicable a la República Checa (confirmado por intercambio de notas de 21.3.1994 y 2.2.1995) y a Eslovaquia–, Israel (arts. 3, j y art. 3, k), México (art. 4.1, d), Brasil (art. 17.1, a), China (art. 21.I, aps. 3º y 4º), Uruguay (art. 5.1, letra a), Rumania (art. 12.2, e.r. con art. 6), El Salvador (art. 11, penúltimo párrafo, e.r. con art. 5), Argelia (art. 17, letra c) y Mauritania (art. 17, letra c). Lo mismo puede decirse de algunos tratados multilaterales sobre materias específicas: Convenio sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores, hecho en La Haya el 15.4.1958 (art. 3.3) y Convenio referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2.10.1973 (art. 7.3).

⁸ Así, A. L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera*, p. 74. Véase *infra* el apartado III núms. 2 y 3.

⁹ En la doctrina alemana, la que con diferencia más ha elaborado esta cuestión, véase R. HAUSMANN, “Gerichtsstandsvereinbarungen”, NM 2090 y 2091; ID., “Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen?”, en B. PFISTER, M.R. WILL (Hrsg.), *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1991, pp. 360–364; D. MARTINY, “vor Artikel 27”, en K. REBMAN, F.J. SÄCKER (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 7 (EGBGB), 2ª ed., München, C.H. Beck, 1990 [cit. D. MARTINY, “vor Artikel 27”], NM 50. En España, M. PELÁEZ DEL ROSAL, *La competencia territorial en el proceso civil. El acuerdo de sumisión expresa*, Barcelona, 1974, pp. 167 ss. Con carácter general, A. L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera*, pp. 74 ss.; A. QUIÑONES, “Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en Derecho español y comparado”, *R.J. Catalunya.*, 1987, pp. 660 ss.

¹⁰ Sobre ambas teorías, véase R. HAUSMANN, “Gerichtsstandsvereinbarungen”, NM 2089 y 2091; ID., “Einheitliche Anknüpfung”, pp. 360 y 361; M. PELÁEZ DEL ROSAL, *La competencia territorial*, p. 167. A favor de tratarlo como un «contrato material sobre relaciones procesales», aun reconociendo que se trata de una cuestión discutida, P. HARTMANN, “§ 38 ZPO”, en A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, 61ª ed., München, C.H. Beck, 2003, NM 5. La SJPI Ontinyent 5 marzo 2001 define el *forum prorrogatum* como «aquél convenio de *contenido estrictamente procesal* por virtud del cual las partes litigantes con carácter preventivo, antes de sufrir el conflicto, fijan la localidad a que debe pertenecer el Juzgado que sustancie que les enfrentará [sic.]» (*REDI*, 2003-1, núm. 2003-11-Pr, p. 436).

atributivos de jurisdicción no puede realizarse al margen del derecho conflictual, así como este tampoco puede sustituir la calificación jurídico-dogmática¹¹. Un análisis fructífero de la cuestión debe intentar interrelacionar ambos aspectos, lo que solamente se consigue desde la perspectiva del DPCI.

Las consecuencias que la calificación dogmática de los acuerdos atributivos de jurisdicción tiene sobre el DIPr. es clara. Si somos consecuentes con su naturaleza procesal, todos sus aspectos deberán ser resueltos por la *lex fori*, en tanto que ordenamiento aplicable a las cuestiones procesales; si nos inclinamos por su naturaleza contractual, habrá que acudir al ordenamiento designado por las normas de conflicto del foro sobre obligaciones contractuales. El estudio de la cuestión desde la óptica del DPCI muestra que no es posible aferrarse a una calificación jurídico-dogmática y llevarla hasta sus últimas consecuencias en el plano de la ley aplicable. Precisamente, la fragmentación de los distintos aspectos del convenio atributivo de jurisdicción acaba sometiéndolos a diferentes ordenamientos jurídicos¹².

A mi entender, es precisamente su inclusión en un contrato o, en ocasiones, su formulación autónoma mediante un acuerdo de voluntades lo que me inclina a sostener que el convenio atributivo de jurisdicción goza de *naturaleza procesal pero sin descartar que en él concurren elementos civiles*. Aunque sus efectos se produzcan estrictamente en el ámbito procesal, no se puede excluir totalmente la aplicación del Derecho civil a determinados aspectos¹³. Desde la vertiente del DPCI, debe procederse a una fragmentación del acuerdo de jurisdicción, de modo que sea posible someter a diferentes ordenamientos jurídicos sus distintos aspectos. De este modo, y en líneas generales, determinados aspectos del acuerdo (existencia y validez de fondo) se regirán por el ordenamiento jurídico designado por las normas de conflicto en materia de obligaciones contractuales –lo que no significa que las normas materiales que resulten aplicables deban coincidir con las que rigen el contrato en el que se contiene–; por contra, los aspectos estrictamente procesales del acuerdo (admisibilidad, forma y efectos procesales) deben acomodarse a la *lex fori*¹⁴.

II. Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el DPCI español de origen no interno

8. Del conjunto de normas de origen no interno que forman parte del ordenamiento español, solamente un pequeño número de ellas contiene una regulación sustantiva en materia de acuerdos atributivos de jurisdicción, haciendo innecesario el acudir a nuestro ordenamiento procesal para determinar las cuestiones en ellas reguladas, tales como su admisibilidad, forma y efectos. En el ámbito del Derecho comunitario nos encontramos precisamente con normas de estas características: el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [en adelante: *Reglamento 44/2001*] y el Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 30 de octubre de 2007 [en adelante: *C.Lugano*]. Estos textos regulan de manera idéntica la prórroga de competencia mediante acuerdos atributivos de jurisdicción, por lo que el análisis que ahora se inicia se centrará en estas dos normas.

¹¹ J. KROPHOLLER, “Internationale Zuständigkeit”, NM 479.

¹² La jurisprudencia alemana mayoritaria califica los acuerdos de jurisdicción como «un contrato material sobre relaciones procesales». Véase GEIMER, *IZPR*, NM 1678; R. HAUSMANN, “Gerichtsstandsvereinbarungen”, NM 2090; D. MARTINY, “vor Artikel 27”, NM 50, Nota núm. 100.

¹³ Así, P. BLANCO-MORALES, *El seguro español en el Derecho internacional privado. Derecho comunitario*, Madrid, Caser, 1989 [cit. BLANCO-MORALES, *El seguro español en el Derecho internacional privado*], pp. 230 ss.; R. BORK, “§ 38 ZPO”, en STEIN / JONAS, *Kommentar zum Zivilprozeßordnung*, vol. I, 21ª ed., Tübingen, 1993, J.C.B. Mohr, NM 45; GEIMER, *IZPR*, NM 1677; M. VIRGÓS, F.J. GARCIMARTÍN, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, 2ª edic., Navarra, Thomson-Civitas, 2007, NM 9.11; M. VOLLKOMMER, “§ 38 ZPO”, en R. ZÖLLER, *Zivilprozeßordnung*, 23. neubearb. Auf., Köln, Otto Schmidt, 2002, NM 4 y 5. Aunque no parece ser consciente de la trascendencia de sus afirmaciones, la SAP Valencia 24 noviembre 2000 (*JUR*, 2001/52424) afirma que «la sumisión expresa es un negocio jurídico extraprocesal y bilateral, modificador de las reglas de la competencia».

¹⁴ Sobre estas cuestiones en el ordenamiento español véase *infra* apartado III, núms. 2, 3, 4 y 5.

1. Ámbito de aplicación del artículo 23 del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano

A) Ámbito *ratione materiae*

9. Las partes –personas físicas o jurídicas– pueden transigir sobre la jurisdicción de los tribunales de un Estado cuando el objeto del pleito verse, en principio, sobre una materia civil o mercantil, siendo indiferente «la naturaleza del órgano jurisdiccional» (administrativo o propiamente judicial), así como el orden al que pertenezca (civil, penal o administrativo), siendo también indistinto que el proceso se sustancie a través de los trámites de la jurisdicción contenciosa o de la voluntaria¹⁵. El ámbito de aplicación por razón de la materia debe matizarse en un sentido positivo –contenido de la expresión «materia civil y mercantil»– y negativo –materias que, aunque puedan ser consideradas como tales, quedan excluidas expresamente del ámbito de estas normas.

El TJUE ha resuelto la primera precisión, inclinándose por una *interpretación autónoma* de los conceptos «civil» y «mercantil», no identificándola con el contenido concreto de tales términos en los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes. Son conceptos autónomos «que, por una parte, deben interpretarse de acuerdo con los objetivos y sistema del Convenio y, por otra, con los principios generales derivados del conjunto de los ordenamientos nacionales»¹⁶. En sentido negativo, el art. 1 excluye expresamente de su ámbito de aplicación las materias relativas al estado y capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, testamentos y sucesiones¹⁷, quiebra, convenios entre acreedores y quebrado y otros procedimientos análogos¹⁸, seguridad social y, finalmente, el arbitraje. Por lo que se refiere a las materias expresamente excluidas, el Tribunal comunitario ha realizado una labor de depuración para su exacta determinación. Así, en materia de estado y capacidad de las personas físicas, estos textos no son aplicables a las medidas provisionales y cautelares (art. 31 Reglamento 44/2001 y C.Lugano) que se refieran a determinados derechos relacionados con materias excluidas de su ámbito de aplicación¹⁹. Ahora bien, cuando estas medidas emanan de demandas accesorias derivadas de una principal que tiene por objeto una materia excluida de su ámbito de aplicación, podrá otorgarse su exequátur siempre que el objeto de las accesorias forme parte del ámbito de aplicación de estas normas²⁰. El Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado también a favor de una interpretación autónoma de los conceptos «regímenes matrimoniales»²¹, así como de las expresiones «quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos»²².

Finalmente, la exclusión del arbitraje es una cuestión que no ha sido pacífica, ni continua siéndolo aun después de los pronunciamientos del Tribunal comunitario²³. El Tribunal ha distinguido entre *procedimientos de aplicación* de un arbitraje (p.ej., la designación judicial de un árbitro), que estarían excluidos, y *procedimientos de apoyo de un arbitraje* (p.ej., la adopción de una medida cautelar que tenga por objeto una cuestión comprendida en el ámbito material de estos textos y que ha sido sometida a arbitraje), quedarían incluidos. Ni que decir tiene que la línea divisoria entre ambos tipos de procedimientos es

¹⁵ INFORME AL CONVENIO DE BRUSELAS EN LA VERSIÓN DE 1968 [cit. INFORME JENARD], *DOUE C* 189 de 28 julio 1990, pp. 130 y 131.

¹⁶ STJUE 14 octubre 1976, *LTU*, 29/76, *Rec.* 1976, p. 1541, ap. 3. Igualmente, SSTJUE 13 noviembre 1979, *Sanicentral*, 25/79, *Rec.* 1979, p. 3423; 16 diciembre 1980, *Países Bajos*, 814/79 *Rec.* 1980, p. 3807; 27 febrero 1997, *Van den Boogaard*, C-220/95, *Rec.* 1997, p. 1147; 14 noviembre 2002, *Steenbergen*, C-271/00, *Rec.* 2002, p. 10527; 15 mayo 2003, *Préservatrice foncière Tiard*, C-266/01, *Rec.* 2003, p. 4867.

¹⁷ Los procedimientos relativos al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, así como los referentes a la responsabilidad parental se rigen por el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

¹⁸ Los procedimientos de insolvencia –excluidos los relativos a empresas de seguros, entidades de crédito, empresas de inversión que posean fondos o valores negociables de terceros, así como los organismos de inversión colectiva– en los que el deudor tiene situado su centro de intereses principal en territorio comunitario se rigen por el Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

¹⁹ STJUE 27 marzo 1979, *De Cavel*, 143/78, *Rec.* 1979, p. 1055.

²⁰ STJUE 6 marzo 1980, *De Cavel*, 120/79, *Rec.* 1980, p. 731; las desavenencias del matrimonio De Cavel resultaron enriquecedoras para el TJUE, a la vez que no empobreció el matrimonio.

²¹ STJUE 27 marzo 1979, *De Cavel*, 143/78, *Rec.* 1979, p. 1055, ap. 8.

²² STJUE 22 febrero 1979, *Gourdián*, 133/78, *Rec.* 1979, p. 733, ap. 4.

²³ SSTJUE 25 julio 1991, *Rich*, C-190/89, *Rec.* 1991, p. 3855; 17 noviembre 1998, *Van Uden*, C-391/95, *Rec.* 1991, p. 7091; 10 febrero 2009, *Allianz*, C-185/07, *Rec.* 2009, p. 663.

muy fina y endeble –¿por qué la adopción de una medida cautelar relacionada con un arbitraje no puede ser considerada un «procedimiento de aplicación»?–, y deberá establecerse caso por caso.

10. Cuestión diferente, aunque relacionada con el ámbito material, es precisar *el objeto del acuerdo atributivo de jurisdicción*. Tal como se recoge expresamente («cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica»), Este debe tener un *objeto cierto*, siendo inadmisibles un objeto incierto o global (p.ej., que en el acuerdo se establezca la competencia internacional para todos los pleitos futuros que surjan entre las partes). No es imprescindible que la relación jurídica objeto del acuerdo exista en el momento de su conclusión, pudiendo nacer con posterioridad (relaciones jurídicas futuras), en cuyo caso el acuerdo debe contener referencias al tipo de relación y a su objeto, lo que permite su posterior determinación. Esto no quiere decir que el acuerdo deba tener por objeto una relación jurídica única. Puede perfectamente referirse a varias, en cuyo caso deben ser concretadas en el documento en el que se contenga el convenio de jurisdicción. El TJUE ha manifestado que la finalidad del art. 23.1 de estos textos es «limitar el alcance de un acuerdo atributivo de competencia tan sólo a las controversias que traigan causa de la relación jurídica con respecto a la cual se pacta dicho acuerdo»²⁴. Por tanto, siempre que exista vinculación entre el objeto del proceso y el objeto del acuerdo de jurisdicción, los efectos de la sumisión se extienden también a él, aun cuando las partes no se hayan referido expresamente en el acuerdo a dicha materia²⁵.

11. Las disposiciones sobre acuerdos de jurisdicción contenidas en el Reglamento 44/2001 y en el C. Lugano son aplicables también a las acciones que puedan ejercitarse al amparo de la normativa comunitaria en materia de propiedad industrial²⁶. En materia de competencia judicial internacional, estas normas contienen una remisión genérica bien al Reglamento 44/2001 bien al C. Lugano (Reglamento 2100/94), además de contener referencias concretas, según el tipo de acciones que se ejerciten, a los respectivos preceptos que regulan la sumisión expresa²⁷.

B) Ámbito temporal

12. Por lo que respecta a las disposiciones del Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial internacional directa, estas solamente son de aplicación a las *acciones ejercitadas con posterioridad a su entrada en vigor*; esto es, después del 1 de marzo de 2002 (art. 66.1 e. r. con art. 76). Por tanto, la regla general es su irretroactividad²⁸. Debido a que el art. 66.1 utiliza la expresión «acciones judiciales ejercitadas», deberemos acudir al ordenamiento jurídico del tribunal ante el que se plantee la acción para determinar cuándo se considera ejercitada²⁹. Cuando el foro se sitúe en España, y de conformidad con los arts. 399.1 y 437 LEC, ello sucederá con la *presentación bien de la demanda* (en el juicio ordinario) bien de la *demandación sucinta o del impreso normalizado* (juicio verbal), entendiendo estos escritos no sólo como el acto en el que el actor solicita su derecho a la tutela judicial efectiva, afirma la acción que ejercita y solicita una tutela jurisdiccional concreta, sino también, y lo que es más importante, como

²⁴ STJUE 10 marzo 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, *Rec.* 1992, p. 1745, ap. 31.

²⁵ STJUE 9 noviembre 1978, *Meeth*, 23/78, *Rec.* 1978, p. 2133, aps. 8 y 9. Corresponde al tribunal ante el que se invoca el acuerdo de jurisdicción interpretarlo con la finalidad de determinar qué litigios forman parte de su objeto: STJUE 10 marzo 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, *Rec.* 1992, p. 1745, ap. 36, STJUE 3 julio 1997, *Benincasa*, C-269/95, *Rec.* 1997, p. 3767, ap. 31.

²⁶ Reglamento (CE) n° 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios, Reglamento (CE) n° 2100/94 del Consejo, de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, Reglamento (CE) n° 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria (versión codificada). Igualmente la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre la patente comunitaria: COM(2000) 412 final.

²⁷ Véase art. 94 Reglamento 207/2009, art. 79 Reglamento 6/2002, arts. 101 y 102 Reglamento 2100/94, así como art. 47 Propuesta de Reglamento sobre patente comunitaria.

²⁸ En relación con las resoluciones dictadas después de esa fecha, pero que tienen su origen en procesos iniciados con anterioridad, podrán reconocerse y ejecutarse al amparo del capítulo III del Reglamento, si la acción se hubiese iniciado en el Estado miembro de origen tras la entrada en vigor del C.Lugano de 1988 y del C.Bruselas de 1968 en el Estado de origen y en el Estado requerido; en caso contrario, los foros de competencia directa deben ajustarse a los previstos en el capítulo II o en un convenio en vigor entre el Estado de origen y el requerido (véase art. 66.2)

²⁹ J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, “Artikel 66”, NM 2.

el acto procesal de parte mediante el que se inicia el proceso³⁰.

En el C. Lugano, las disposiciones de derecho transitorio se encuentran recogidas en el art. 63, en términos semejantes a los del art. 66 del Reglamento 44/2001³¹.

C) Domicilio de una de las partes en un Estado miembro

13. Mientras que, con carácter general, el ámbito de aplicación personal de las normas del título II del Reglamento 44/2001 y del C. Lugano exige que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro (véanse arts. 2 y 4), la norma sobre los acuerdos de jurisdicción tiene un ámbito personal específico³². Expresamente se establece que al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado contratante (art. 23.1)³³, siendo irrelevante la nacionalidad de las partes (art. 2.1). La determinación del domicilio de las partes se realizará de conformidad con las previsiones de los arts. 59 y 60 Reglamento 44/2001 y C. Lugano.

Cuestión vinculada con la domiciliación de una de las partes en un Estado miembro es la determinación del momento temporal en el que debe cumplimentarse ese requisito, problema que sólo se plantea cuando hay un cambio de domicilio entre el momento de la conclusión del acuerdo y el de la interposición de la demanda. La jurisprudencia del TJUE no contiene un pronunciamiento directo sobre esta cuestión, aunque sí podemos encontrar manifestaciones indirectas. En una ocasión se inclinó por el momento de interposición de la demanda³⁴, mientras que en otra se remitió a las relaciones entre las partes del contrato inicial³⁵. En mi opinión, y teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE y las razones procesales, me inclino por defender que al menos una de las partes debe estar domiciliada en un Estado miembro *en el momento de interponerse la demanda*. El art. 66 declara la aplicación de sus normas a las acciones ejercitadas con posterioridad a su entrada en vigor. Además, desde el punto de vista procesal, hay que tener en cuenta que el cumplimiento de los criterios de competencia internacional es examinado, incluso de oficio, por el tribunal en el momento de iniciarse el proceso³⁶.

D) Designación por las partes del tribunal de un Estado Miembro

14. El art. 23 exige expresamente que las partes hayan acordado la competencia de un tribunal, o de los tribunales, «de un Estado miembro» (Reglamento 44/2001) o «de un Estado vinculado por el presente Convenio» (C. Lugano), aplicándose solamente a los acuerdos atributivos de jurisdicción en los que el órgano jurisdiccional designado se halle sito en un país comunitario o parte en el C. Lugano³⁷.

³⁰ I. DÍEZ-PICAZO, “Iniciación del proceso”, en A. DE LA OLIVA, I. DÍEZ-PICAZO, J. VEGAS, *Derecho Procesal. Declaración*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999 [cit. DE LA OLIVA, DP, Proc. Declaración], § 35, NM 1. Sobre la incidencia de los aspectos de derecho transitorio en los acuerdos de jurisdicción, la STJUE 13 noviembre 1979, *Sanicentral*, 25/79, Rec. 1979, p. 3423, afirmó que las cláusulas de sumisión producen efectos en el momento de plantear la acción, por lo que le es de aplicación la norma vigente en ese momento (ap. 6).

³¹ El C. Lugano entró en vigor el 1.1.2010.

³² F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 28. La STJUE 13 julio 2000, *Group Josi*, C-412/98, Rec. 2000, p. 5925, ha acabado con la debatida cuestión de si el demandante también debía estar domiciliado en un Estado contratante: se aplica cuando el demandado tiene su domicilio en un Estado contratante y aunque el demandante lo tenga en un tercer país, excepto en aquellos casos en que se exige expresamente que el demandante tenga su domicilio en un Estado contratante –p.ej., art. 5.2, art. 9.1.b), art. 17– (véanse aps. 33 a 61).

³³ STJUE 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, Rec. 2000, p. 9337, aps. 16 ss. También, SAP Madrid 10 diciembre 2002 (*JUR* 2003/126808), AAP Cádiz 10 septiembre 2001 (*JUR* 2001/313581), SAP Pontevedra 14 enero 2002 (*AC* 2002/443). En contra, vinculando la aplicación del art. 17 C. Bruselas al domicilio del demandado en un Estado contratante, STS, Sala de lo Social, 12 junio 2003 (*RJ* 2003/4585). Al ser el objeto de un acuerdo atributivo de jurisdicción un eventual pleito futuro, no se puede establecer de antemano la posición procesal (demandante/demandado) que, llegado el momento, asumirá cada parte (A.–L. CALVO CARAVACA, “Artículo 17”, en A.–L. CALVO CARAVACA (Edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, reimp. de la 1ª edic., Madrid, BOE, 1995 [cit. A.–L. CALVO CARAVACA (Edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas*], NM 5).

³⁴ STJUE 13 noviembre 1979, *Sanicentral*, 25/79, Rec. 1979, p. 3423, ap. 6.

³⁵ STJUE 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, Rec. 2000, p. 9337, ap. 20.

³⁶ F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 29.

³⁷ STJUE 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, Rec. 2000, p. 9337, aps. 16 ss. Son indiferentes los motivos que han llevado a las partes a insertar dicha cláusula, siendo irrelevante cualquier consideración ajena a las exigencias contenidas

La designación de los tribunales de un Estado no comunitario o no vinculado por el C. Lugano plantea distintas cuestiones. El art. 23 no puede impedir a los órganos jurisdiccionales designados de terceros Estados conocer del asunto siempre que consideren válido el acuerdo³⁸. Tampoco se ocupa el art. 23 de determinar la validez de la *derogatio fori* de los tribunales de los Estados miembros o de los Estados vinculados por el C. Lugano cuando existen otros foros del Reglamento o del Convenio que les otorgan jurisdicción. En este caso, únicamente después de concluirse la invalidez del acuerdo de conformidad con la *lex causae* designada por las normas de conflicto del tribunal del Estado miembro, o del Estado parte, ante el que se incoa el procedimiento, podrán aplicarse los foros de competencia directa contenidos en el Reglamento o en el Convenio³⁹.

La designación realizada por las partes puede no referirse directamente a la competencia judicial internacional (p.ej., los tribunales españoles), sino centrarse en la competencia territorial (p.ej., los tribunales de Valencia), posibilidad prevista por el art. 23.1 cuando afirma que las partes hayan acordado que «un tribunal o los tribunales de un Estado miembro (un Estado vinculado por el presente Convenio)» fueren competentes. Designada la competencia territorial, debe entenderse que se establece implícitamente la competencia internacional de los tribunales de ese país. Si se acuerda solamente la jurisdicción de los tribunales de un Estado, la individualización del concreto órgano jurisdiccional competente se realizará conforme al ordenamiento de cada país. En España, mediante las normas procesales españolas sobre competencia territorial, sobre competencia objetiva (por razón de la materia y por razón de la cuantía), sobre jurisdicción por razón del objeto, así como, llegado el caso, sobre competencia funcional⁴⁰. En estos casos, deben tenerse en cuenta también los límites de cada ordenamiento jurídico a la posibilidad de convenir la competencia territorial, con el objeto de evitar la elusión de las normas imperativas del foro sobre disponibilidad de la competencia territorial.

El art. 23.1 no impide a las partes designar la jurisdicción de dos o más tribunales⁴¹. Esta designación tendría como efecto rechazar el carácter exclusivo de la competencia (art. 23.1, inciso segundo). No es necesario que la cláusula identifique plenamente el órgano jurisdiccional competente, sino que es suficiente con que identifique los elementos objetivos sobre los que las partes se han puesto de acuerdo para elegir el tribunal o tribunales a los que desean someter sus litigios presentes o futuros⁴².

E) ¿Vinculación de alguno de los elementos del proceso con otro Estado? El denominado «carácter internacional» del litigio

15. La reglamentación sustantiva sobre los acuerdos atributivos de jurisdicción contenida en el Reglamento 44/2001 y en el C. Lugano se aplica siempre que los acuerdos puedan ser incluidos en su ámbito material, temporal y personal de aplicación, siendo indiferente que en el litigio exista o no un elemento de internacionalidad⁴³. En relación con el Convenio de Bruselas de 1968, algunos autores habían sostenido que solamente podía aplicarse en litigios de naturaleza «internacional», afirmación que se basaba en una frase del párrafo cuarto de su Preámbulo («determinar la competencia de sus jurisdicciones en el orden internacional»)⁴⁴. Aun así, algunos autores han negado que la internacionalidad del litigio

en el art. 23, tales como el contenido de las disposiciones materiales que van a aplicarse por el tribunal designado por las partes (STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. 1597, aps. 49 a 51). En contra, exigiendo una relación entre el tribunal designado y la legislación que vaya a aplicar, SAP Zaragoza 3 abril 2001 (*JUR* 2001/171413).

³⁸ INFORME AL CONVENIO DE ADHESIÓN DE 1978 AL CONVENIO DE BRUSELAS [cit. INFORME SCHLOSSER], *DOUE* C 189 de 28 julio 1990, p. 232.

³⁹ INFORME SCHLOSSER, p. 232 (el texto no es un modelo de claridad); STJUE 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, *Rec.* 2000, p. 9337, ap. 19

⁴⁰ F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 32; SAP Pontevedra 14 enero 2002 (*AC* 2002/443).

⁴¹ El Tribunal comunitario ha admitido la designación recíproca de las partes de la jurisdicción de los tribunales del Estado del domicilio del demandado: STJUE 9 noviembre 1978, *Meeth*, 23/78, *Rec.* 1978, p. 2133, ap. 5.

⁴² STJUE 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, *Rec.* 2000, p. 9337, aps. 10 ss. Los elementos deben ser lo suficientemente precisos para permitir al juez que entiende del litigio determinar su propia competencia y, además, pueden ser concretados por las circunstancias propias de cada situación.

⁴³ R. GEIMER, R. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar*, 3. Aufl. München, C.H. Beck, 2010 [cit. GEIMER/SCHÜTZE, *EuZVR*], “A1 – Art. 2 EuGVVO”, NM 101.

⁴⁴ Así, A. L. CALVO CARAVACA, “Introducción general al Convenio de Bruselas”, en A.–L. CALVO CARAVACA (Edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas*, NM 7; H. LINKE, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Köln, Otto Schmidt, 1995, NM. 123;

haya constituido una condición de aplicabilidad del mencionado convenio, afirmando que sus normas de competencia se aplicaban también a supuestos puramente internos⁴⁵.

2. Interpretación del concepto «convenio atributivo de competencia»

16. El concepto «convenio atributivo de competencia» contenido en el art. 23 debe interpretarse de forma autónoma, esto es, no identificado con el concreto significado que recibe en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Lo contrario produciría «una multiplicación de los criterios de competencia con respecto a los litigios derivados de una misma relación jurídica y fáctica entre la sociedad y sus accionistas y quebrantaría el principio de seguridad jurídica»⁴⁶. Deberá procederse, por tanto, a una interpretación casuística del concepto, determinándose en cada caso la posible subsunción de los hechos en el supuesto del art. 23 Reglamento 44/2001 y en el art. 17 C. Lugano y C. Bruselas.

3. La atribución de jurisdicción mediante el documento constitutivo de un *trust*

17. El acuerdo atributivo de jurisdicción puede derivar no sólo de la conjunción de la voluntad de dos o más partes, sino que también puede tener su origen en la manifestación unilateral de una sola parte. Ello puede suceder en la institución anglosajona del *trust*, que no debe crearse necesariamente mediante un contrato sino que, con frecuencia, tiene su origen en un acto jurídico unilateral⁴⁷. El art. 23.4 prevé que en el documento constitutivo de un *trust* se contenga una cláusula, insertada unilateralmente, mediante la que se atribuye jurisdicción a los tribunales de un Estado miembro. En este caso, el objeto del proceso puede ser tanto las relaciones internas como las externas del *trust*, aunque se sobreentiende que la materia debatida en el litigio debe formar parte del ámbito de aplicación del Reglamento y del C. Lugano⁴⁸. Finalmente, este acuerdo de jurisdicción tiene como efecto constituir una competencia exclusiva, y sin que pueda excluirse esta exclusividad mediante pacto entre las partes cuando el documento de constitución haya sido otorgado unilateralmente.

4. Limitaciones a la conclusión de acuerdos atributivos de jurisdicción

A) Las competencias exclusivas

18. Con la finalidad de no convertir en ilusorios los foros exclusivos del art. 22 Reglamento 44/2001 y C. Lugano, se prevé que no puedan ser inaplicados mediante la utilización de acuerdos atributivos de jurisdicción. De este modo, el art. 23.5 prevé que un acuerdo de jurisdicción *stricto sensu*, o una disposición semejante contenida en el documento constitutivo de un *trust*, si bien puede ser válido en cuanto a la forma y al fondo, no surtirá efectos cuando modifiquen alguno de los foros exclusivos.

La relación entre el tribunal designado mediante un acuerdo amparado en el art. 23 y los foros exclusivos del art. 22 puede plantear diversas hipótesis, según se designen los tribunales de un Estado

H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2. Aufl., München, C.H. Beck, 1996, NM.241. En *obiter dicta*, SAP Barcelona 3 diciembre 1999 (*AEDIPr.*, 2001, núm. 2001/114).

⁴⁵ GEIMER / SCHÜTZE, *EuZVR*, “A1 – Art. 2 EuGVVO”, NM 103. Para una crítica al «elemento internacional» como condición de aplicabilidad del C. Bruselas, R. GEIMER, R. SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*, vol. I, parte primera (Das EWG–Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil– und Handelssachen. Systematischer Kommentar), München, C.H. Beck, 1983 [cit. GEIMER/SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*], pp. 220; ID., *EuZVR*, “A1 – Art. 2 EuGVVO”, NM 101 ss.; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 4., Neub. Aufl., Heidelberg, Verl. Recht und Wirtschaft, 1993, “vor Artikel 2”, NM 6 ss.

⁴⁶ STJUE 10 marzo 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, *Rec.* 1992, p. 1745, ap. 20. En este asunto se discutía si un convenio atributivo de jurisdicción contenido en los estatutos de una sociedad anónima constituía un acuerdo sumisión subsumible en el art. 17 C. Bruselas.

⁴⁷ Las relaciones jurídicas entre los *trustees* (relaciones internas) y entre éstos y los beneficiarios (relaciones externas) no tienen naturaleza contractual, y, en la mayoría de los casos, los *trustees* no tienen poder para concluir convenios atributivos de jurisdicción. Véase INFORME SCHLOSSER, pp. 215 y 232.

⁴⁸ INFORME SCHLOSSER, p. 215, que pone como ejemplo de exclusión que en el litigio se debatan las relaciones internas de un *trust* constituido a través de una disposición testamentaria, ya que la materia sucesoria se halla excluida del ámbito material del Reglamento 44/2001 y del C. Lugano.

miembro con carácter genérico o un concreto órgano jurisdiccional, y atendiendo a la coincidencia o no con los foros exclusivos y con los criterios contenidos en las normas internas de fijación de la competencia territorial. En primer lugar, cabe una *coincidencia en la competencia internacional*: las partes acuerdan la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, que, a su vez, coincide con la fijada por el art. 22. En este caso, al existir coincidencia, el acuerdo de jurisdicción también desplegaría efectos⁴⁹. Una segunda hipótesis vendría dada por la *coincidencia en la competencia internacional y en la territorial*: en el acuerdo se designa un concreto órgano jurisdiccional que coincide con el previsto en el art. 22 y también con el territorialmente competente de acuerdo con las normas de competencia interna del Estado. Al existir también una coincidencia del foro acordado por las partes con la competencia internacional y la territorial⁵⁰, el acuerdo de jurisdicción también desplegaría efectos. Una tercera posibilidad es que exista *coincidencia en la competencia internacional y divergencia en la competencia territorial*: la competencia internacional del tribunal designado coincide con el foro del art. 22 pero, de acuerdo con sus normas internas, no posee competencia territorial. Entonces, el convenio de jurisdicción produciría efectos en relación con la competencia internacional de los tribunales acordados, sin embargo carecería de efecto respecto de la competencia territorial, puesto que ha desconocido las normas internas que la regulan y a las que se remite el art. 22⁵¹. En este caso, sería territorialmente competente el tribunal designado por las normas internas del Estado en cuestión. Finalmente, la última hipótesis parte de una *divergencia en la competencia internacional*: el pacto de sumisión designa internacionalmente competentes los tribunales de un Estado distinto al previsto en los foros del art. 22. Al excluir los foros exclusivos, el acuerdo no es válido y no despliega efectos⁵².

B) Protección de la parte jurídicamente débil

Tanto en el Reglamento 44/2001 como en el C. Lugano se contienen ciertas limitaciones a la conclusión de acuerdos atributivos de jurisdicción basadas en la existencia de una parte débil en la relación jurídica. En estos casos se pretende evitar que la parte más fuerte pueda prevalerse de su posición para forzar la conclusión de acuerdos de jurisdicción claramente favorable a sus intereses y perjudiciales para la contraparte.

a) Materia de seguros

19. Si los foros sobre seguros contenidos en los arts. 9 a 14 pudieran ser modificados a través de acuerdos de jurisdicción celebrados al amparo de las disposiciones generales contenidas en el art. 23, su eficacia y finalidad podrían verse anuladas, o menguadas. Desde el momento en que la mayoría de contratos de seguros se contienen en formularios en los que existe una cláusula de jurisdicción, se hace necesario dictar disposiciones que garanticen el consentimiento de ambos contratantes y la protección de sus intereses. Por esta razón, el art. 13 contiene las *condiciones de admisibilidad* de los pactos de sumisión, que constituyen una fase previa a la aplicación el art. 23⁵³. Todas aquellas cuestiones no contempladas específicamente en el art. 13 continuarán rigiéndose por las reglas generales del art. 23, como es el caso, por ejemplo, de los requisitos formales del acuerdo. Veamos seguidamente las condiciones de admisibilidad del art. 13.

⁴⁹ Así, G.A.L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, Paris, Dalloz, 1972, NM 202.

⁵⁰ El art. 22 se remite implícitamente a las normas de cada Estado para fijar la competencia interna. Vid. J. CARRASCOSA, "Artículo 16", en A. L. CALVO CARAVACA (Edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas*, NM 7; INFORME JENARD, p. 153 (con lenguaje de escasa corrección técnica).

⁵¹ DROZ considera que no sería válido todo el acuerdo de sumisión (*Compétence*, NM 202).

⁵² Véase SAP Baleares 16 diciembre 2002 (*JUR* 2003/74389). Tampoco despliega efectos si se designa un concreto tribunal que no pertenece al Estado internacionalmente competente de acuerdo con el art. 22.

⁵³ F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 48. El art. 13 se refiere únicamente a los acuerdos de jurisdicción, excluyendo la sumisión tácita realizada conforme al art. 24. Ahora bien, frente a un acuerdo de jurisdicción válido conforme a los arts. 13 y 23, las partes pueden posteriormente someterse tácitamente *ex art. 24* a un tribunal o tribunales diferentes de los acordados (indirectamente, STJUE 14 julio 1983, *Gerling*, 201/82, *Rec.* 1983, p. 2503, ap. 21) —la sumisión tácita prevalece frente a los foros de los arts. 8 a 14 (STJUE 20 mayo 2010, *ČPP Vienna Insurance Group*, C-111/09, aps. 30 y 33).

En primer lugar, el convenio atributivo de jurisdicción *debe haberse concluido con posterioridad al nacimiento del litigio* (núm. 1) –este límite no rige para todos los supuestos de sumisión expresa contemplados en el art. 13, como es el caso de sus números 2 y 5–. A estos efectos, se considera que existe litigio cuando entre las partes se manifiesta «un desacuerdo sobre la interpretación, el desenvolvimiento, la conclusión o el cumplimiento del contrato, sin que sea necesario que se haya planteado un concreto procedimiento judicial»⁵⁴. En segundo lugar, el acuerdo de jurisdicción *puede ser concluido por la parte jurídicamente débil con el objeto de excluir los foros de los arts. 9 a 12* (núm. 2) –las partes pueden convenir la jurisdicción en el momento de celebrar el contrato, constituyendo una excepción a la exigencia de que sea con posterioridad al nacimiento del litigio–. Aunque el precepto mencione como sujetos al tomador, al asegurado y al beneficiario, la enumeración no es taxativa, siendo la *lex causae* la que determinará su ámbito subjetivo⁵⁵. En tercer lugar, si el acuerdo *se celebra entre partes contratantes con domicilio o residencia habitual en el mismo Estado miembro, pueden acordar la competencia de los tribunales de ese Estado* (núm. 3). Este acuerdo no puede ser invocado frente al asegurado beneficiario del contrato cuando este no haya aceptado expresamente la cláusula de sumisión y viva en un Estado contratante distinto de aquel en el que estén domiciliados el tomador de seguro y el asegurador⁵⁶. En relación con la exigencia de que la ley del domicilio o residencia de las partes no prohíba estos acuerdos, cabe decir que el ordenamiento español no los limita: el art. 22.2, inciso primero, LOPJ admite con carácter general la sumisión expresa a los tribunales españoles como foro en el que basar su competencia internacional; por su parte, el art. 24 de la Ley de Contrato de Seguro considera nulo cualquier pacto entre las partes por el que se modifique la *competencia territorial*, no afectando a la internacional⁵⁷. En cuarto lugar, también puede celebrarse un *acuerdo atributivo de jurisdicción con un tomador de seguros no domiciliado en un Estado contratante* (núm. 4). Ahora bien, la sumisión no será posible cuando se trate de seguros obligatorios o el contrato de seguro tenga por objeto un bien inmueble situado en un Estado miembro, siendo aplicables en estos casos los foros de los arts. 9 a 12. Finalmente, también es posible celebrar *convenios atributivos de jurisdicción en contratos de «grandes seguros»* (núm. 5). Para este tipo de seguros, enumerados en el art. 14, no rige la exigencia de la conclusión del acuerdo con posterioridad al nacimiento del litigio.

b) Contratos celebrados por consumidores

20. Otra materia en la que existe una parte jurídicamente débil a la que se debe proteger a la hora de concluir convenios atributivos de jurisdicción es la relativa a los contratos celebrados por consumidores. Estas disposiciones solamente son aplicables cuando se trate de consumidores finales privados que no participan en actividades comerciales o profesionales, lo que se determina de acuerdo con la posición de la persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y finalidad de dicho contrato⁵⁸. Los foros del art. 16 únicamente pueden ser alterados mediante un acuerdo de sumisión expresa que reúna los requisitos del art. 17, que contiene las condiciones de admisibilidad de los pactos y que deben ser examinadas con carácter previo a la aplicación el art. 23⁵⁹. Las cuestiones no reguladas en el art. 17 con-

⁵⁴ Para el C.Bruselas, P. BLANCO-MORALES, “Artículo 12”, en A. L. CALVO CARAVACA (Edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas*, NM 22. A favor de una interpretación amplia, GEIMER / SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*, p. 496. En relación con el Reglamento 44/2001, GEIMER / SCHÜTZE, *EuZVR*, “A1 – Art. 13 EuGVVO”, NM 5.

⁵⁵ En relación con el C.Bruselas, P. BLANCO-MORALES, “Artículo 12”, NM 26. El art. 13.2 permite que el tomador del seguro concluya un acuerdo en favor del asegurado y del beneficiario del seguro (STJUE 14 julio 1983, *Gerling*, 201/82, *Rec.* 1983, p. 2503, ap. 18). El art. 13.2 contiene un supuesto específico de acuerdo de jurisdicción celebrado en favor de una parte (sobre esta figura véase *infra* el NM 39).

⁵⁶ STJUE 12 mayo 2005, *SFIP*, C-112/03, *Rec.* 2005, p. 3707, aps. 37 ss..

⁵⁷ Así, P. BLANCO-MORALES, “Artículo 12”, NM 32; Id., *El seguro español en el Derecho internacional privado*, p. 228. En contra, M. AMORES, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ”, *REDI*, 1989-1, p. 141, nota núm. 85.

⁵⁸ La determinación no puede realizarse de acuerdo con la situación subjetiva de la persona, puesto que el mismo sujeto puede ser considerado consumidor respecto de ciertas operaciones y profesional respecto de otras: STJUE 21 junio 1978, *Ott*, 150/77, *Rec.* 1978, p. 1431, ap. 21; STJUE 19 enero 1993, *Shearson Lehman Hutton*, C-89/91, *Rec.* 1993, p. 139, ap. 22; STJUE 3 julio 1997, *Benincasa*, C-269/95, *Rec.* 1997, p. 3767, aps. 15, 16; SAP Barcelona 3 diciembre 1999 (*AEDIPr.*, 2001, núm. 2001/114).

⁵⁹ El tenor literal del art. 17 («acuerdos atributivos de competencia») excluye la sumisión tácita. Cuestión diferente es que,

tinuarán rigiéndose por lo dispuesto con carácter general en el art. 23 (p.ej., los requisitos de forma). El paralelismo entre los arts. 13 y 17 me dispensa de repetir nuevamente las consideraciones realizadas en el número anterior, que doy por reproducidas. Únicamente, en relación con la exigencia del art. 17.3, de que el ordenamiento del tribunal elegido por las partes no prohíba el acuerdo de sumisión, y por lo que respecta al ordenamiento español, cabe mencionar que la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (LGDCU) califica como abusiva la cláusula contractual en la que se contenga la sumisión de las partes a un órgano jurisdiccional distinto del correspondiente al del domicilio del consumidor, al del lugar de cumplimiento de la obligación o al del lugar de situación del bien inmueble, cuando el contrato verse sobre estos (art. 90.2). El carácter abusivo tiene como consecuencia que la propia Ley considere el acuerdo nulo de pleno derecho, teniéndolo por no puesto (art. 83.1)⁶⁰. A la vista de esta normativa, pueden concluirse cláusulas de sumisión en contratos celebrados por consumidores siempre que no puedan ser calificadas como abusivas: en las que se acuerde la jurisdicción de los tribunales del domicilio del consumidor, los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación o, en caso de litigios sobre inmuebles, los tribunales del lugar de situación de aquél. En relación con las condiciones del art. 17.3 Reglamento 44/2001 (consumidor y su cocontratante domiciliados o con residencia habitual en España), solamente cabrá la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales españoles en aquellos casos en los que ambas partes tengan en el momento de la celebración del contrato su domicilio o su residencia habitual en España y, o bien el consumidor esté domiciliado en España en el momento de presentación de la demanda, o bien el contrato deba cumplirse en territorio español o bien se trate de un contrato relativo a un bien inmueble sito en España⁶¹.

c) Contratos individuales de trabajo

21. Los convenios atributivos de jurisdicción contenidos en contratos individuales de trabajo son objeto del art. 21 Reglamento 44/2001 y C.Lugano. Este precepto otorga validez a los acuerdos siempre que sean posteriores al nacimiento del litigio o, en el caso de que sean anteriores, si los foros acordados por las partes son invocados por el trabajador («permitieran al trabajador formular demandas») (requisito personal), y que este lo haga ante tribunales distintos de los contemplados en el art. 19 (requisito objetivo)⁶². Si se cumplen estas dos condiciones y existe un acuerdo de jurisdicción concluido con anterioridad al nacimiento del litigio, el trabajador–demandante podrá elegir plantear su demanda bien ante el órgano jurisdiccional designado por las partes antes del nacimiento del litigio, bien ante alguno de los previstos en el art. 19. Cuando sea el empresario quien demande al trabajador ante los tribunales de su

existiendo un acuerdo de jurisdicción válido conforme al art. 23, las partes decidan posteriormente someterse tácitamente ex art. 24 a otro tribunal.

⁶⁰ Estas disposiciones de protección poseen carácter imperativo, aplicándose con independencia de la ley que rija el contrato, siempre que este último mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, considerándose que se cumple esta exigencia cuando el profesional ejerza sus actividades en uno o varios Estados miembros del EEE, o cuando por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades, o, en los contratos relativos a inmuebles, cuando estos se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro (art. 67.1). El origen de esta protección está en la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. La LGDCU va más allá de lo dispuesto por el art. 17 Reglamento 44/2001, planteándose el eterno problema del carácter de *mínimos* de la normativa comunitaria en esta materia (véase P. JIMÉNEZ BLANCO, “Alcance de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de agencia”, *AEDIPr.*, 2002, pp. 134-135).

⁶¹ Así, SJPI Ontinyent 5 marzo 2001 (*REDI*, 2003-1, núm. 2003-11-Pr). Las disposiciones de protección solamente pueden ser invocadas por quienes merezcan la consideración de consumidores: SAP Castellón 26 mayo 1997 (*AC* 1997/1343), SAP Valencia 21 septiembre 1999 (*AEDIPr.*, 2001, núm. 2001/4), SAP Madrid 10 julio 2000 (*AC* 2000/4363), AAP Cádiz 10 septiembre 2001 (*JUR* 2001/313581).

⁶² Estos foros se aplican sin perjuicio de la competencia de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado el trabajador para decidir sobre el cumplimiento de las condiciones de trabajo y empleo garantizadas por el *Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*: véase el art. 6 de la Directiva y el art. 16 de la Ley 45/1999 sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Sobre el tema véase COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial internacional, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Bruselas, 14.7.1999, COM(1999) 348 final [cit. COMISIÓN, *Propuesta de Reglamento Bruselas I*], comentario sección 5ª.

domicilio (del trabajador), este último no podrá invocar el acuerdo de sumisión concluido antes del nacimiento del litigio –aunque le sea más favorable–, puesto que no es la parte demandante (falta el requisito personal) y, además, es emplazada ante los tribunales de su domicilio (foro del art. 20.1, único previsto para demandar al trabajador). Nuevamente aquí, la expresión «nacimiento del litigio» debe interpretarse en un sentido amplio, no identificándose con el inicio de un proceso judicial, siendo suficiente con que exista un desacuerdo entre las partes sobre algún aspecto del contrato de trabajo: su interpretación, su desenvolvimiento, su conclusión o su cumplimiento⁶³.

5. Forma de los acuerdos atributivos de jurisdicción

Las exigencias formales previstas en el art. 23 tienen por finalidad garantizar que las partes que han convenido la jurisdicción de los tribunales de un Estado contratante han otorgado expresamente su consentimiento⁶⁴. Veamos a continuación los aspectos formales exigidos por el Reglamento 44/2001 y por el C. Lugano, así como su interpretación realizada por el Tribunal comunitario.

A) Acuerdos concluidos por escrito

22. La primera exigencia, y la más frecuente, es que el convenio atributivo de jurisdicción se concluya por escrito, reafirmando el principio de seguridad jurídica y facilitando en principio la prueba de que las partes han concluido un acuerdo⁶⁵. El cumplimiento de esta forma parece que no debería presentar mayores problemas, sin embargo la práctica analizada por la jurisprudencia del TJUE se ha encargado de precisar sus perfiles.

23. El primer ajuste se realizó en relación con los *acuerdos contenidos en el reverso de un contrato bajo la forma de condición general* prefijada por una de las partes. En ese caso, no se cumplen las exigencias del art. 23, puesto que no se garantiza que la contraparte haya prestado su efectivo consentimiento, de forma clara y precisa, al acuerdo de jurisdicción, salvo que en el contrato firmado por ambas partes se contenga una remisión expresa a las condiciones generales⁶⁶. Cuando en el contrato las partes se refieren a una oferta anterior («une lettre d'offre antérieure»), que, a su vez, se remite a las condiciones generales fijadas por una de las partes, entre las que se contiene un acuerdo atributivo de jurisdicción, se satisface la exigencia de forma escrita siempre que las partes realicen una remisión expresa que permite determinar si las condiciones generales contienen un acuerdo de jurisdicción y si fueron comunicadas a la otra parte mediante la oferta a la que se hace referencia. De este modo, no se cumple la exigencia formal cuando existan remisiones indirectas o implícitas a documentos anteriores, que no permiten determinar con certeza que la cláusula que contiene el acuerdo de sumisión formaba parte del objeto del contrato⁶⁷. Si el acuerdo se incluye entre las cláusulas impresas de un conocimiento de embarque firmado sólo por el transportista, su validez formal depende de que el cargador también haya manifestado por escrito su consentimiento al clausulado en el que figura el acuerdo de sumisión, pudiéndolo hacer en el propio documento o en un escrito aparte⁶⁸.

⁶³ En otras versiones oficiales de los arts. 13, 17 y 21 del Reglamento 44/2001 y del C. Lugano, los términos utilizados no se identifican con la vertiente procesal: «postérieure à la naissance du différend», «after the dispute has arisen» –cuando se hace referencia a un litigio se utilizan otros vocablos: «action/litige», «claim/proceeding». La versión oficial en lengua alemana utiliza una expresión amplia: «nach der Entstehung der Streitigkeit.» El acuerdo debe referirse únicamente a las relaciones individuales de trabajo, quedando excluidos los convenios colectivos concluidos entre los empresarios y los representantes de los trabajadores (F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 53).

⁶⁴ INFORME JENARD, p. 155. Igualmente, STJUE 14 diciembre 1976, *Estasis Salotti*, 24/76, *Rec.* 1976, p. 1831, ap. 7; STJUE 24 junio 1981, *Elefanten Schuh*, 150/80, *Rec.* 1981, p. 1671, ap. 25; STJUE 10 marzo 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, *Rec.* 1992, p. 1745, ap. 24. Los Estados no pueden exigir condiciones de forma diferentes de las recogidas en el Reglamento o en el Convenio: STJUE 24 junio 1981, *cit.*, ap. 26; STJUE 13 noviembre 1979, *Sanicentral*, 25/79, *Rec.* 1979, p. 3423, ap. 5.

⁶⁵ INFORME JENARD, p. 155.

⁶⁶ STJUE 14 diciembre 1976, *Estasis Salotti*, 24/76, *Rec.* 1976, p. 1831, ap. 10; STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. 1597, ap. 13.

⁶⁷ STJUE 14 diciembre 1976, *Estasis Salotti*, 24/76, *Rec.* 1976, p. 1831, ap. 12. Igualmente AAP Tarragona 10 junio 2004 (*JUR* 2004/204232).

⁶⁸ STJUE 19 junio 1984, *Tilly Russ*, 71/83, *Rec.* 1984, p. 2412, ap. 16. También, SAP Valencia 24 noviembre 2000 (*JUR*

24. Puede suceder que *el acuerdo de jurisdicción forme parte de un contrato expirado*, para cuya prórroga es preciso un acuerdo escrito no realizado, a pesar de lo cual las partes siguen utilizando dicho contrato como fundamento jurídico de sus relaciones obligacionales. Una cláusula incluida en un contrato de estas características cumple con los requisitos de forma del art. 23 siempre que la ley aplicable al contrato prevea que el contrato inicial se entiende válidamente prorrogado sin necesidad de hacerlo por escrito. Ahora bien, cuando la *lex contractus* exija la observancia de la forma escrita para su prórroga, la validez formal del acuerdo de sumisión exige que una de las partes confirme por escrito bien la cláusula de jurisdicción bien el conjunto de cláusulas tácitamente renovadas en las que se halla ínsita y, a la vez, la contraparte no oponga objeciones⁶⁹.

Ante la solución adoptada por el Tribunal comunitario cabe preguntarse si el ordenamiento jurídico español admite la prórroga tácita de las relaciones obligatorias sometidas a un término final. Como ejemplos de dicha posibilidad podemos citar los arts. 1.566 y 1.567 Cc, en relación con el contrato de arrendamiento, y el 1.702 Cc, referido a la sociedad civil. Aunque en principio la prórroga puede ser expresa, no debe descartarse la posibilidad contraria, de tal manera que «una tácita continuación en la ejecución de las prestaciones previstas puede considerarse como una prórroga tácita»⁷⁰. Es, por tanto, admisible con carácter general la prórroga tácita de las obligaciones, excepto en aquellos casos en que la forma escrita es un requisito esencial para que se produzca, o que exista una disposición específica que obligue a prorrogar expresamente una determinada relación obligacional. Este es el caso, por ejemplo, de lo previsto con carácter general para las sociedades mercantiles en el art. 223 C.de c., y de forma más específica en los arts. 261 LSA y 107 LSRL.

25. Los *estatutos de una sociedad anónima* pueden contener una cláusula atributiva de jurisdicción relativa a los litigios que surjan entre la sociedad y sus accionistas. En estos casos, el Tribunal comunitario considera que una cláusula de tales características conforma un acuerdo de jurisdicción en el sentido del art. 23, y para que cumpla con sus requisitos de forma es suficiente con que la cláusula de sumisión se contenga en los estatutos sociales y que, además, éstos se hallen depositados en un lugar al que pueda tener acceso un accionista para su examen (p.ej., el domicilio social) o se hallen inscritos en un registro público⁷¹.

26. ¿Puede considerarse inválido, desde el punto de vista de la forma, un acuerdo de jurisdicción por el hecho de *hallarse redactado en un idioma distinto al exigido por el ordenamiento jurídico del Estado en el que radica el tribunal* ante el que es invocado? En otras palabras, ¿permite el art. 23 supeditar la validez de un convenio de jurisdicción al cumplimiento de determinados requisitos idiomáticos? Para el TJUE, los Estados carecen de libertad para añadir nuevas exigencias de forma a las ya previstas en el art. 23, por lo que exigir que el acuerdo de jurisdicción se halle redactado en un determinado idioma iría contra tal prohibición. Además, contravendría los objetivos del art. 23, que es permitir a las partes elegir libremente la jurisdicción de los tribunales de un Estado miembro que, por esa razón, resultarían incompetentes –elección que debe ser respetada por los tribunales de los demás Estados miembros–. En definitiva, la normativa interna de un Estado contratante no puede negar validez a un acuerdo atributivo de jurisdicción por el único motivo de que se halle redactado en un idioma distinto al exigido en ella⁷².

2001/52424), STS 8 febrero 2007 (RJ 2007/558).

⁶⁹ STJUE 11 noviembre 1986, *Iveco Fiat*, 313/85, *Rec.* 1986, p. 3337, ap. 10, basada en STJUE 19 junio 1984, *Tilly Russ*, 71/83, *Rec.* 1984, p. 2412, ap. 18, y en STJUE 11 julio 1985, *Berghoefer*, 221/84, *Rec.* 1985, p. 2699, ap. 15.

⁷⁰ L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6ª ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2008, p. 372.

⁷¹ STJUE de 10 marzo 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, *Rec.* 1992, p. 1745, aps. 6 ss. y 26 ss.

⁷² STJUE 24 junio 1981, *Elefanten Schuh*, 150/80, *Rec.* 1981, p. 1671, aps. 26 ss. La validez formal de una cláusula atributiva de competencia contenida en un uso que las partes conocieren o debieren conocer en el comercio internacional solamente puede depender del cumplimiento de requisitos formales específicos que guarden relación con las exigencias del art. 23; por ello, el juez nacional debe remitirse a los usos del sector del comercio internacional de que se trata para determinar si el idioma de redacción es conforme a dichos usos (STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. 1597, ap. 36). En la jurisprudencia española, AAP Cantabria 24 noviembre 1999 (*AEDIPr.*, 2001, núm. 2001/113); SAP Madrid 4 enero 2001, que negó validez a una cláusula de sumisión por no aportarse en el juicio una traducción del documento en el que se contenía (*AC* 2001/1985).

27. En el art. 23.2 se introduce una referencia a las nuevas técnicas de comunicación, permitiéndose que la exigencia de que el acuerdo sea concluido por «escrito» o también «verbalmente con confirmación escrita» se cumpla igualmente en aquellas cláusulas de elección de foro contenidas en contratos electrónicos siempre que se proporcione un registro duradero del acuerdo⁷³. Esta exigencia debe ponerse en relación con los requisitos que la Directiva 2000/31/CE pone para las cláusulas de elección de foro incluidas en condiciones generales, en el sentido de que deben estar disponibles con el objeto de que el destinatario pueda almacenarlas y reproducirlas (art. 10.3). Desde la perspectiva del ordenamiento español y en consonancia con estos requisitos, el art. 23.3 de la *Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* establece que «siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico». Por su parte, su art. 27.4 exige que el prestador de servicios ponga a disposición del destinatario las condiciones generales a las que se somete el contrato, de manera que este último pueda almacenarlas y reproducirlas.

B) Acuerdos concluidos verbalmente

28. También prevé el art. 23 la posibilidad de concluir un acuerdo de jurisdicción «verbalmente con confirmación escrita» [ap. 1º, letra a), inciso segundo]. Aunque inicialmente haya un acuerdo oral, el principio de seguridad jurídica aconseja que exista una prueba de que entre ambas partes ha existido un verdadero acuerdo, previa propuesta y consiguiente aceptación. En el ámbito de la contratación electrónica, se considera que se cumple con esta exigencia cuando la confirmación de la cláusula de elección de foro se transmite por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo (art. 23.2).

A la luz de los casos que surgidos en la práctica, la jurisprudencia del Tribunal comunitario ha matizado los requisitos de validez de los acuerdos atributivos de jurisdicción concluidos verbalmente. Veamos a continuación estos criterios de interpretación.

29. En un contrato de compraventa concluido verbalmente, se cumplen las exigencias del art. 23.1 únicamente si el comprador acepta por escrito las condiciones generales de venta –entre las que figura el acuerdo de jurisdicción– que previamente le ha remitido el vendedor junto con la confirmación escrita del contrato⁷⁴. Cuando la cláusula de sumisión se haya acordado verbalmente y posteriormente se incluye entre las condiciones impresas en el reverso de un conocimiento de embarque, para el TJUE la firma del conocimiento de embarque por el transportista puede ser considerada como su confirmación escrita, incluso si el cargador no ha firmado el documento⁷⁵.

Cuando *no existen relaciones comerciales corrientes entre las partes*, y siempre que la cláusula de jurisdicción no forme parte del objeto del contrato verbal de compraventa concluido previamente, la ausencia de objeciones (el silencio) de una de las partes no puede interpretarse como una aceptación (tácita) del acuerdo de sumisión⁷⁶. Sin embargo, el silencio sí debe ser entendido como la confirmación de un acuerdo verbal previo sobre la jurisdicción de los tribunales cuando una de las partes confirma a la otra por escrito el convenio de sumisión, guardando esta última silencio a pesar de haber recibido la mencionada ratificación –sería contrario al principio de buena fe que la parte que ha guardado silencio alegara posteriormente la invalidez del acuerdo verbal⁷⁷. Ahora bien, estas precisiones cambian cuando existen *relaciones comerciales corrientes entre las partes*. En este caso, la ausencia de objeciones por una de las partes puede interpretarse como una confirmación (tácita) de la cláusula atributiva de juris-

⁷³ COMISIÓN, *Propuesta de Reglamento Bruselas I*, comentario art. 23. Sobre las exigencias para la celebración de los contratos por vía electrónica véanse los arts. 9 a 11 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

⁷⁴ STJUE 14 diciembre 1976, *Segoura*, 25/76, *Rec.* 1976, p. 1851, aps. 8 ss. A ello no se opone que el vendedor le haya confirmado por escrito el contrato, adjuntándole las condiciones de venta.

⁷⁵ Sentencia de 19 junio 1984, *Tilly Russ*, 71/83, *Rec.* 1984, p. 2412, ap. 17. En la jurisprudencia española AAP Barcelona 7 julio 1999 (*AEDIPr.*, 2001, núm. 2001/111).

⁷⁶ Véase STJUE 14 diciembre 1976, *Segoura*, 25/76, *Rec.* 1976, p. 1851, aps. 11 y 12.

⁷⁷ STJUE 11 julio 1985, *Berghoefers*, 221/84, *Rec.* 1985, p. 2699, ap. 15.

dicción, siempre que las relaciones comerciales se rijan por unas condiciones generales –entre las que figura la cláusula de sumisión expresa– conocidas por ambas partes⁷⁸.

C) Acuerdos concluidos en una forma que se ajuste a los hábitos establecidos entre las partes

30. Los convenios atributivos de jurisdicción pueden celebrarse también «en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas» (art. 23.1, letra *b*). El origen de la cuestión está en la jurisprudencia del Tribunal comunitario, que entendió que, en ocasiones, la ausencia de objeciones por parte del comprador a la confirmación unilateral del contrato realizada por el vendedor podía ser tomada como una aceptación de la cláusula de sumisión. Esto sucede cuando el acuerdo verbal puede ser incardinado en el marco de las relaciones comerciales corrientes entre ambas partes, que se rigen por las condiciones generales establecidas por una de ellas⁷⁹.

D) Acuerdos concluidos en una forma conforme a los usos del comercio internacional

31. Como quiera que la forma escrita plantea problemas en el ámbito del comercio internacional, donde no es frecuente tal práctica, en el art. 23 se prevé que el acuerdo atributivo de jurisdicción pueda celebrarse en una forma de amplio conocimiento y regular observancia por las partes en el concreto sector del comercio internacional en el que se incardine el contrato. El Tribunal comunitario entiende que se presume que las partes han dado su consentimiento a la cláusula cuando su comportamiento corresponde a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan y que conocen, o debieran conocer⁸⁰. El término «usos» del comercio internacional debe interpretarse de forma autónoma, jugando un papel destacado la jurisprudencia del TJUE, la Convención de Viena y los ordenamientos jurídicos nacionales de los países comunitarios⁸¹. En este sentido, el TJUE considera que «la existencia de un uso no debe determinarse mediante referencia a la Ley de uno de los Estados contratantes»⁸².

32. Veamos las condiciones que deben concurrir para que un acuerdo de jurisdicción concluido al amparo de un «uso» pueda considerarse formalmente válido. En primer lugar, el acuerdo debe contenerse en usos aplicables al *comercio internacional*; esto es, en las operaciones comerciales entre sujetos situados en diferentes Estados. No es imprescindible que el uso tenga carácter universal, pudiendo ser regional o, incluso, regir en un solo Estado (p.ej., si este es productor mundial de un bien o en él radica el principal centro de negociación del mismo)⁸³. Además, los usos deben ser *ampliamente conocidos y regularmente observados* por las partes en contratos del mismo tipo que se celebren en un determinado sector comercial. Esta exigencia impide que una parte pueda ser válidamente emplazada ante un tribunal de un Estado miembro en virtud de cláusulas de sumisión que, con carácter general, no se introducen en el mismo tipo de contratos o cuya inclusión es poco frecuente. Corresponde al juez nacional determinar si el contrato en el que se contiene la cláusula se encuadra en el marco del comercio internacional, así

⁷⁸ STJUE 14 diciembre 1976, *Segoura*, 25/76, *Rec.* 1976, p. 1851, ap. 11, STJUE 19 junio 1984, *Tilly Russ*, 71/83, *Rec.* 1984, p. 2412, ap. 18. Negar la existencia o la validez del acuerdo supondría una contravención del principio de buena fe que debe presidir las relaciones comerciales.

⁷⁹ SSTJUE 14 diciembre 1976, *Segoura*, 25/76, *Rec.* 1976, p. 1851, ap. 11, y 19 junio 1984, *Tilly Russ*, 71/83, *Rec.* 1984, p. 2412, ap. 18. En la jurisprudencia española, SAP Jaén 6 julio 2001 (*JUR* 2001/268443), SAP Santa Cruz de Tenerife 10 septiembre 2001 (*AC* 2002/356); obviando la existencia de relaciones corrientes entre las partes, SAP Girona 20 julio 2005 (*JUR* 2006/210539).

⁸⁰ STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. 1597, aps. 17 ss. La redacción del art. 23 Reglamento 44/2001 y C.Lugano deriva del C.Bruselas y este del C.Lugano de 1988, el cual, a su vez, tomó como modelo el art. 9.2 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980.

⁸¹ J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, “Artikel 23”, NM 53.

⁸² STJUE 20 febrero 1997, *MSG*, C-106/95, *Rec.* 1997, p. 911, ap. 23. Igualmente, STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. 1597, ap. 25.

⁸³ En relación con el Convenio de Viena véase A. L. CALVO CARAVACA, “La Convención de Viena de 1980 sobre venta internacional: algunos problemas de aplicación”, en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura Tuells*, tomo I, Madrid, La Ley, 1994, p. 392; ID., “Artículo 9”, en L. DIEZ-PICAZO (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, p. 142.

como comprobar la existencia de un uso en el concreto sector del comercio internacional en el que las partes operan. Para el TJUE, existe un uso en un sector comercial cuando sus operadores siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos⁸⁴. Para acreditar la existencia de un uso no cabe exigir una forma de publicidad específica, aunque esta puede contribuir a facilitar su prueba⁸⁵. En cuanto al cumplimiento de los requisitos formales de la cláusula, corresponde al juez nacional comprobar si, de acuerdo con los usos del sector del comercio internacional en cuestión y sin tener en cuenta las exigencias particulares de las disposiciones nacionales, aquella se ajusta a las formas conformes a dichos usos (idioma de redacción de la cláusula, su inclusión en un formulario preestablecido, falta de firma de las partes que no han participado en su elaboración,...)⁸⁶. Por último, compete también al juez nacional verificar el conocimiento efectivo o presunto del mencionado uso por las partes, lo que se acredita de manera especial siempre que estas hubieran entablado con anterioridad relaciones comerciales entre ellas o con otras partes del mismo sector considerado, o cuando en ese sector un comportamiento determinado es suficientemente conocido para que pueda considerarse una práctica consolidada, debido a que se observa de modo general y regular siempre que se celebran cierta clase de contratos⁸⁷.

6. Efectos del acuerdo atributivo de jurisdicción válidamente concluido

Cuando un acuerdo de jurisdicción se ha concluido válidamente de acuerdo con las prescripciones del art. 23 Reglamento 44/2001 y C.Lugano, tanto por lo que respecta a la forma como a las limitaciones a la hora de transigir sobre determinadas materias (competencias exclusivas, relaciones con la existencia de una parte jurídicamente débil), despliega los efectos establecidos en el propio precepto y a los que me refiero seguidamente.

A) Creación de una competencia exclusiva

a) Principio general

33. El art. 23 determina que la competencia del tribunal acordado por las partes será exclusiva, salvo que estas acuerden lo contrario. De este modo, existe una presunción favorable a la creación de un foro exclusivo, que exige para su destrucción una clara voluntad de las partes de excluir tal posibilidad, lo que sucedería si las partes acordasen la competencia de varios tribunales⁸⁸. El art. 23 no restringe la posibilidad de acordar la jurisdicción de dos o más tribunales, de manera que las partes de un contrato domiciliadas en Estados distintos pueden acordar que, en caso de litigio, solamente puedan ser demandadas ante los tribunales del Estado de su domicilio⁸⁹. El principio de autonomía de la voluntad, fundamento de todo acuerdo de sumisión, permite igualmente que las partes puedan modificar el órgano jurisdiccional designado mediante el mecanismo de la sumisión tácita *ex art. 24*.

El órgano jurisdiccional designado por las partes tiene también competencia para conocer de aquellos procesos cuyo objeto es, entre otros, declarar la nulidad del contrato en el que se contiene dicha

⁸⁴ STJUE 20 febrero 1997, *MSG*, C-106/95, *Rec.* 1997, p. 911, aps. 21 y 23; STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. 1597, ap. 27.

⁸⁵ P.ej., la publicidad en asociaciones o en organismos especializados de formularios impresos en los que se incluyen cláusulas atributivas de competencia. Véase STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. 1597, ap. 28. La impugnación ante los tribunales de un comportamiento que reúne los elementos para ser considerado un uso, no es suficiente para hacerle perder la condición de uso, mientras se acredite que corresponde a una práctica seguida de modo general y regular en el sector económico al que corresponde el contrato (STJUE 16 marzo 1999, ap. 29).

⁸⁶ STJUE de 16 marzo 1999, aps. 35 a 37.

⁸⁷ STJUE 20 febrero 1997, *MSG*, C-106/95, *Rec.* 1997, p. 911, aps. 21 a 25. El conocimiento del uso debe apreciarse en relación con las partes originarias del acuerdo; el momento temporal en el que las partes «conocen o deben conocer» los usos será el de la conclusión del convenio atributivo de jurisdicción (véase S. O'MALLEY, A. LAYTON, *European Civil Practice*, London, Sweet & Maxwell, 1989 [cit. O'MALLEY / LAYTON, *European*], p. 596).

⁸⁸ J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, "Artikel 23", NM 92.

⁸⁹ STJUE 9 noviembre 1978, *Meeth*, 23/78, *Rec.* 1978, p. 2133, aps. 5 y 6. A pesar de que el Tribunal se ciñe al caso planteado (designación recíproca por las partes del tribunal del domicilio del demandado), en su fundamentación no pone límites a la designación de foros (véase ap. 5).

cláusula. No puede perderse de vista la independencia de la cláusula de competencia, de finalidad procesal, de las estipulaciones materiales del contrato en el que se contiene la cláusula. Mientras la primera se rige por el Reglamento 44/2001 y por el C. Lugano, la validez de las segundas se determina a través de la *lex contractus* designada por las normas de DIPr. del foro. Si se negara validez al acuerdo siempre que se solicitase la nulidad del contrato en el que se contiene la cláusula de sumisión, se estaría dejando en manos de una de las partes la inaplicación de dicho precepto mediante el sencillo expediente de alegar la nulidad de todo el contrato⁹⁰.

b) Los acuerdos contenidos en un documento constitutivo de un *trust*

34. Cuando el documento por el que se constituye un *trust* contenga una cláusula por la que se declara unilateralmente la jurisdicción de un tribunal o de los tribunales de un Estado miembro, estos poseerán *competencia exclusiva* para conocer de los pleitos relativos tanto a sus relaciones internas (entre los *trustees*) como las externas (entre los *trustees* y los beneficiarios) (véase art. 23.4). En estos casos no se puede convertir en facultativo (no exclusivo) el foro designado, puesto para que ello se produzca es preciso que exista un «pacto en contrario *entre las partes*», circunstancia inexistente en un acuerdo de sumisión basado en la *manifestación unilateral* de una de las partes. En todo caso, la materia objeto del litigio relativo al *trust* debe formar parte del ámbito de aplicación del Reglamento y de los textos convencionales.

c) Apreciación por los tribunales de la competencia exclusiva

La creación de un foro exclusivo mediante un acuerdo atributivo de jurisdicción plantea a los tribunales dos tipos de cuestiones. Las primeras giran en torno al examen de *la existencia* del convenio de jurisdicción, lo que deriva en el problema procesal de cómo hacer valer ante los tribunales de los Estados miembros el acuerdo de jurisdicción y si pueden los tribunales examinar de oficio su jurisdicción. El segundo grupo de cuestiones se centra en el examen de *la validez* del acuerdo, lo que puede dar lugar a conflictos negativos de jurisdicción.

a') Examen de la existencia del acuerdo. Control de oficio de las normas sobre jurisdicción

35. Manifestación concreta de la aplicación de oficio de las normas sobre jurisdicción contenidas en el Reglamento 44/2001 y en el C. Lugano son los arts. 25 y 26.¹⁹¹ El primero referido a las competencias exclusivas del art. 22 y el segundo a la incomparecencia de una persona domiciliada en un Estado miembro que es emplazada ante los tribunales de otro Estado, que carecen de jurisdicción en virtud del resto de foros del Reglamento o del Convenio. Existiendo un acuerdo atributivo de jurisdicción en favor de los tribunales de un Estado miembro (p.ej., el Reino Unido) y presentada una demanda ante los tribunales de otro Estado (p.ej., España), la parte demandada posee varias vías de actuación. La primera, comparecer y no impugnar la competencia de los tribunales españoles, quedando así sometida tácitamente a estos (art. 24). La segunda, comparecer e impugnar la jurisdicción de los tribunales españoles, no produciéndose sumisión tácita (véase art. 24). En tercer lugar, podría no comparecer⁹². En este

⁹⁰ Véase STJUE 3 julio 1997, *Benincasa*, C-269/95, *Rec.* 1997, p. 3767, aps. 21 ss.; corresponde al juez nacional determinar si la cláusula atributiva de competencia le permite conocer del litigio relativo a la validez del contrato (ap. 31). En la jurisprudencia española, SAP Barcelona 11 febrero 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/127), AAP Cádiz 22 diciembre 2003 (*JUR* 2004/110057).

⁹¹ Para el ordenamiento español, la regulación sustantiva se contiene en textos comunitarios o convencionales ratificados por nuestro país y que, por tanto, han pasado a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico y deben ser aplicadas de oficio (arts. 96.1 CE y 1.5 Cc), rigiendo para ellas el principio *iura novit curia*. Al ser la jurisdicción (la competencia internacional) el principal presupuesto del proceso, todo lo actuado sin ella deviene nulo (art. 238.1 LOPJ, art. 225.1º LEC), por esta razón deberá ser controlada por el tribunal, de oficio o a instancia de parte, a lo largo del proceso.

⁹² Para el Derecho español, el demandado puede adoptar dos posturas: bien *no comparecer en el proceso*, dando lugar a que se le declare en rebeldía (arts. 496.1 LEC), bien *comparecer en el proceso y contestar o no a la demanda*, aunque lo normal es que sí lo haga. El demandado puede comparecer, sin que sea declarado rebelde, en el *juicio ordinario* dentro del plazo de 20 días fijado para contestar la demanda (arts. 404, 414.3 y 496.1 LEC) y en el *juicio verbal* hasta el acto de la vista (art. 443 LEC). La comparecencia del demandado sin contestar la demanda no produce su sumisión tácita –es necesario que *además* de personarse realice cualquier gestión procesal distinta a la de proponer la declinatoria–, salvo que lo haga una vez haya precluido la facultad

último caso, y solamente si está domiciliada en otro Estado miembro que no sea España, los tribunales españoles deben examinar de oficio su jurisdicción *ex art. 26*, declarándose de oficio incompetentes al no estar su competencia «fundamentada en las disposiciones del presente Reglamento» («en las disposiciones del presente Convenio»)⁹³. La ventaja que otorga el art. 26 es que el demandado queda liberado de la obligación de comparecer ante el tribunal que ha sido emplazado con la finalidad de denunciar su falta de jurisdicción⁹⁴. Ahora bien, en la práctica se plantea el problema de la dificultad del tribunal para conocer la existencia del acuerdo atributivo de jurisdicción: la parte demandante es difícil que lo ponga en su conocimiento y la parte demandada no puede hacerlo debido a su incomparecencia. Por otro lado, esta inactividad de la parte demandada también le perjudica si lo que en realidad quiere es obviar la jurisdicción del tribunal acordado con la contraparte –si lo que realmente desean ambas partes es cambiar de órgano jurisdiccional, lo que deben hacer es someterse tácitamente.

Como acabamos de ver, el art. 26 exige que el demandado haya sido emplazado ante los tribunales de un Estado miembro distinto al de su domicilio y que la parte demandada esté domiciliada en un Estado miembro. Al fallar cualquiera de estas dos condiciones –demandado emplazado ante los tribunales de su domicilio, o parte domiciliada en un Estado no miembro y demandada ante los tribunales de un Estado miembro distinto del acordado– no se aplicará el art. 26, en cuyo caso el examen de oficio de la jurisdicción se basará en el ordenamiento procesal del Estado en el que radique el tribunal ante el que se ha emplazado al demandado.

36. Admitida la necesidad de realizar el control de oficio, debemos ver ahora cómo hacerlo. Siempre que el control se realice al amparo del art. 26 y al no hallarse específicamente regulado en el Reglamento 44/2001 y en el C.Lugano el cauce a través del que realizar el control de oficio de la jurisdicción y ser esta una cuestión estrictamente procesal, el *modus operandi* deberá adecuarse al ordenamiento jurídico del Estado contratante donde radique el tribunal ante el que se ha emplazado al demandado. En relación con España, el art. 38 LEC establece el control de oficio de la competencia judicial internacional cuando el órgano jurisdiccional aprecie la existencia de alguna de las situaciones contempladas en el art. 36 LEC. Cuando el tribunal aprecie de oficio la concurrencia de alguna de esas circunstancias, dará audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, tras lo cual, y si considera que efectivamente no existe competencia internacional, emitirá un auto declarando su abstención (art. 38 e.r. con art. 206.1, regla 2ª, LEC)⁹⁵. El órgano jurisdiccional podrá solicitar a las partes que le acrediten o prueben determinados extremos para formar su opinión acerca de su propia jurisdicción⁹⁶. Por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, y en relación con la tramitación de la declinatoria internacional, el art. 65.1 LEC establece que habrán de aportarse los documentos o principios de prueba en que ésta se funde. Aplicando esta exigencia al examen *ex officio* de la competencia internacional, bastaría con un principio de prueba de los hechos que fundamentan la jurisdicción de los tribunales españoles según los foros contenidos en los textos comunitarios y convencionales (p.ej., el domicilio del demandado en otro Estado miembro, la existencia de un acuerdo atributivo de jurisdicción entre las partes procesales declarando competentes los tribunales de otro Estado miembro, etc.).

Cuando no sea aplicable el art. 26 –la parte demandada se halla domiciliada en España y es emplazada ante los tribunales españoles, o se halla domiciliada en un Estado no miembro–, también se llevará a cabo el control de oficio de la competencia internacional por parte del órgano jurisdiccional siempre que concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 36 LEC. El control de oficio se basaría entonces en las normas procesales españolas: art. 38 LEC.

de proponer la declinatoria (art. 56.2 LEC).

⁹³ A favor del control, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 5ª edic., Madrid, Civitas, 2009, NM 60; J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, “Artikel 26”, NM 1.

⁹⁴ GEIMER / SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*, p. 327; ID., *EuZVR*, “A1 – Art. 26 EuGVVO”, NM 13, con matices; G. MÜLLER, “Artikel 20”, en A. BÜLOW, K.-H. BÖCKSTIEGEL, R. GEIMER, R. SCHÜTZE, *Der internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelsachen*, München, C.H. Beck, desde 1985 con puestas al día periódicas, apartado I.

⁹⁵ Sobre el control de oficio véase E. CASTELLANOS, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. De la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (arts. 36 a 39 LEC)”, *InDret*, 3/2006, pp. 16 ss.; F. GARAU, *Lecciones DPCI*, pp. 30 y 31.

⁹⁶ INFORME SCHLOSSER, p. 193.

37. Puede suceder que, existiendo un acuerdo de jurisdicción previo, las partes interpongan sus respectivas demandas ante órganos jurisdiccionales de diferentes Estados comunitarios y que la segunda demanda sea la presentada ante el foro acordado por las partes. En este caso, nos hallaríamos ante un supuesto de litispendencia regulado en el art. 27 Reglamento 44/2001 y C.Lugano, por lo que «el tribunal ante el que se formulare la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera». El segundo órgano jurisdiccional –el acordado por las partes–, competente de acuerdo con la cláusula de sumisión, debe limitarse a aplicar en sus propios términos el art. 27; esto es, suspender el procedimiento hasta tanto el tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda no se declare incompetente⁹⁷. Las normas de competencia son comunes a ambos tribunales, por lo que solamente al órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la primera demanda corresponde examinar la existencia y validez del acuerdo atributivo de competencia y, por tanto, determinar su competencia o incompetencia para conocer del litigio que se le ha planteado⁹⁸.

b') Examen de la validez del acuerdo. Los conflictos negativos de jurisdicción

38. Cuando existe un acuerdo atributivo de jurisdicción, los tribunales nacionales no se limitan solamente a examinar de oficio su existencia, con la finalidad de establecer su propia competencia internacional, sino que también deben examinar su validez. Es precisamente en este punto donde pueden surgir los conflictos negativos de jurisdicción. El tribunal designado por las partes (*forum prorogatum*) puede declararse incompetente para emitir una sentencia sobre el fondo, porque no considera válido el acuerdo de jurisdicción, mientras que posteriormente otro tribunal excluido por la voluntad de las partes (*forum derogatum*) se considera también incompetente por entender que el acuerdo de sumisión sí es válido. Ningún órgano jurisdiccional emitirá una sentencia sobre el fondo del asunto, por considerar que carecen de competencia judicial internacional⁹⁹.

Si el tribunal designado considera inválido el acuerdo de sumisión y las partes presentan su demanda ante los tribunales de otro Estado miembro, ¿pueden declararse estos últimos incompetente por entender que el acuerdo sí es válido? Esta posibilidad parece quedar excluida por el Reglamento 44/2001 y por el C.Lugano, puesto que contienen normas sobre competencia judicial directa y permiten el reconocimiento de las resoluciones que declaran la inadmisibilidad de una acción¹⁰⁰. Una segunda hipótesis sería aquella en la que la demanda inicial se plantea ante tribunales distintos de los acordados por las partes. Centrando la cuestión en el examen de la validez del acuerdo de jurisdicción, los tribunales elegidos por las partes no pueden actuar hasta tanto los primeros no se pronuncien sobre la validez del acuerdo, en definitiva, sobre su jurisdicción. Si finalmente los tribunales ante los que se interpuso la primera demanda consideran válido el acuerdo de jurisdicción y se declaran incompetentes, entonces los tribunales del *forum prorogatum* quedan vinculados por este pronunciamiento acerca de la competencia internacional, pudiendo entrar en el fondo del asunto. Pero si los tribunales del *forum derogatum* declaran *inválido el acuerdo de sumisión*, pueden adoptar una resolución sobre el fondo, debiendo los tribunales elegidos por las partes inhibirse en favor de aquellos (art. 27.2), y la resolución sobre el fondo adoptada por los tribunales ante los que se planteó la demanda debe reconocerse en el resto de Estados al amparo de los arts. 32 y siguientes¹⁰¹.

⁹⁷ STJUE 9 diciembre 2003, *Gasser*, C-116/02, *Rec.* 2003, p. 14693, aps. 41 ss. La conclusión del Tribunal no se vería alterada siquiera por la existencia de una finalidad dilatoria en la actuación de la parte que interpone la demanda ante un tribunal que sabe incompetente (véase ap. 53).

⁹⁸ Véase STJUE 27 junio 1991, *Oversea Union*, C-351/89, *Rec.* 1991, p. 3317, ap. 23, y STJUE 9 diciembre 2003, *Gasser*, C-116/02, *Rec.* 2003, p. 14693, ap. 48.

⁹⁹ Véase R. GEIMER, “El derecho de acceso a los Tribunales con arreglo al Convenio de Bruselas”, en TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, Pamplona, Aranzadi, 1994, p. 53.

¹⁰⁰ Véase INFORME SCHLOSSER, p. 235; F. GARAU, *Los efectos de las resoluciones extranjeras. Sistemas general y convencional*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 41; R. GEIMER, “El derecho de acceso a los Tribunales”, p. 53. Cuestión distinta es si la resolución del *forum prorogatum* sobre su jurisdicción produce el efecto de cosa juzgada o se trata de una vinculación *sui generis*

¹⁰¹ Sobre las distintas hipótesis, R. GEIMER, “El derecho de acceso a los Tribunales”, pp. 53 y 54.

B) Acuerdos atributivos de jurisdicción celebrados en favor de una sola parte

39. Cuando en el art. 23.1, segunda frase, se reconoce a las partes la posibilidad de convenir la no exclusividad del foro previamente acordado, se les está otorgando la facultad de celebrar acuerdos en favor de una sola parte, de manera que la parte designada pueda así acudir a los tribunales designados o a otros previstos en los foros del Reglamento¹⁰². La cuestión radica en determinar cuándo un acuerdo de jurisdicción ha sido concluido en favor de una sola de las partes. Es difícil establecer criterios, por lo que su existencia deberá deducirse en cada caso de la voluntad de las partes en el momento de la celebración del contrato. De este modo, el Tribunal comunitario ha afirmado que «es necesario que la voluntad común de otorgar una ventaja a una de las partes resulte claramente de los términos de la cláusula, del conjunto de indicios hallados en el contrato o de las circunstancias que rodearon la celebración del mismo»¹⁰³. Un supuesto específico de acuerdo de jurisdicción celebrado en favor de una parte es el previsto en el art. 13, núm. 2, en materia de contrato de seguros, según el cual la parte jurídicamente débil en un contrato de seguro puede concluir –incluso antes del nacimiento del litigio– un acuerdo atributivo de jurisdicción que excluya los foros de los arts. 8 a 12. En virtud de esta regla, la parte en favor de la que se ha celebrado el acuerdo –parte jurídicamente débil– conserva siempre el derecho de acudir a cualquier otro tribunal con jurisdicción para conocer del asunto en virtud de los arts. 8 a 12¹⁰⁴.

C) Efectos frente a terceros

40. En principio, los efectos de los acuerdos atributivos de jurisdicción válidamente celebrados tienen un ámbito personal *inter partes*: crea entre las partes que lo han suscrito una competencia exclusiva de los tribunales designados. Ahora bien, ante determinadas relaciones jurídicas, los terceros pueden verse afectados por el convenio de sumisión. Este es el caso contemplado en el art. 23.4, en relación con el documento constitutivo de un trust, o la jurisprudencia del TJUE referida al contrato de transporte marítimo de mercancías y al contrato de seguro. En el primer caso, el art. 23.4 prevé la vinculación de los terceros frente a la designación (unilateral) de la jurisdicción contenida en el documento constitutivo de un *trust*, de manera que los terceros quedan vinculados por la prorrogación o la derogación de jurisdicción introducida por el creador del *trust* en el documento constitutivo, no siendo un obstáculo su ajenidad en la conclusión del acuerdo de sumisión.

41. Por lo que se refiere al transporte marítimo de mercancías, cabe determinar si un tercero tenedor del conocimiento de embarque queda vinculado por el acuerdo de jurisdicción válidamente concluido entre las partes del contrato de transporte, esto es, entre transportista y cargador. Para el Tribunal comunitario, el tercero tenedor queda vinculado por la cláusula atributiva de jurisdicción siempre que concurren dos condiciones. Primera, que en las relaciones entre las partes contratantes (entre cargador y transportista) la cláusula sea considerada válida de acuerdo con los requisitos del art. 23. Y, la segunda, que el tercero, al serle entregado el conocimiento de embarque, sea considerado por el «Derecho nacional aplicable» como persona que subroga al cargador en todos sus derechos y obligaciones¹⁰⁵. Ahora bien, si de acuerdo con el Derecho nacional aplicable el tercero no sucede a una de las partes originarias del contrato en sus derechos y obligaciones, debe verificarse que el tercero ha otorgado su consentimiento a la cláusula de acuerdo con las exigencias del art. 23.1, verificación que corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del litigio¹⁰⁶.

¹⁰² J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, “Artikel 23”, NM 93.

¹⁰³ STJUE 24 junio 1986, *Anterist*, 22/85, *Rec.* 1986, p. 1951, ap. 14. Así sucede cuando en la cláusula se indica expresamente la parte en favor de la cual se ha concluido o, también, cuando en ella se mencionan los tribunales ante los que cada parte puede demandar a la otra, otorgándole a una la facultad de elegir entre un número mayor de tribunales (véase ap. 15). Ahora bien, la designación por las partes de la jurisdicción de un tribunal del Estado contratante del domicilio de una de ellas no puede interpretarse como celebrado en favor de una sola parte, puesto que los motivos que subyacen en esta elección pueden ser muy variados, siendo imposible deducir de forma clara la voluntad de favorecer solamente a una de las partes (véase ap. 16).

¹⁰⁴ Véase *supra* NM 19.

¹⁰⁵ STJUE 19 junio 1984, *Tilly Russ*, 71/83, *Rec.* 1984, p. 2412, aps. 24 ss. Igualmente en la jurisprudencia española, SAP Pontevedra 30 julio 2002 (AC 2002/1542), STS 29 septiembre 2005 (RJ 2005/7156).

¹⁰⁶ STJUE 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, *Rec.* 2000, p. 9337, aps. 22 ss. El acuerdo no puede ser invocado por un litisconsorte ajeno al vínculo contractual entre las partes del acuerdo: SAP Barcelona 10 diciembre 1999 (AEDIPr.,

¿Qué significa «Derecho nacional aplicable» («en vertu du droit national applicable»)? Al poder considerarse una mera cuestión probatoria reconducible al ámbito procesal, ¿se estaría haciendo referencia al ordenamiento del foro? O, por contra, ¿debe entenderse hecha al ordenamiento aplicable al contrato de transporte? A mi entender, la determinación de quién se subroga al cargador de la mercancía en todos sus derechos y obligaciones es una cuestión íntimamente relacionada con el propio contrato, por lo que debe realizarse de conformidad con la *lex causae* aplicable al contrato¹⁰⁷. Cuando la *lex contractus* sea el ordenamiento español, se puede afirmar que el tenedor del conocimiento de embarque queda subrogado en todos los derechos y obligaciones del cargador por el simple hecho de serle transferido dicho documento. Ello se deriva de lo dispuesto en el art. 708 del Código de comercio, que no queda contradicho por la Ley de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, de 22 de diciembre de 1949¹⁰⁸.

Desde el momento que se prevé la posibilidad de concluir acuerdos de jurisdicción formalmente válidos conforme a los usos del comercio internacional (art. 23.1. letra c), la exigencia del tribunal comunitario de la subrogación del tercero sería superflua. El tercero tenedor del conocimiento de embarque puede considerarse vinculado por un acuerdo de jurisdicción incluido en una cláusula contenida en dicho documento desde el momento en que sea un uso que conozca o deba conocer y que, además, sea ampliamente conocido y observado por las partes en este tipo de contratos¹⁰⁹.

42. También en el contrato de seguro se plantea si la partes no contratantes pueden invocar la cláusula de sumisión concluida en su favor e introducida en el contrato por acuerdo entre el asegurador y el tomador del seguro. Para el Tribunal comunitario es posible que un tercero (asegurado y beneficiario¹¹⁰) pueda invocar un acuerdo atributivo de jurisdicción incluido en un contrato de seguro siempre que se cumplan dos requisitos: que las partes contratantes (asegurador y tomador del seguro) hayan respetado los requisitos de forma establecidos en el art. 23.1, y que el asegurador haya expresado de forma clara y precisa su consentimiento a dicho acuerdo¹¹¹.

D) Los acuerdos de jurisdicción y otros foros

En ocasiones, la jurisdicción de los tribunales de un Estado contratante basada en un acuerdo atributivo de jurisdicción puede concurrir con la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro fundada en otros foros del propio Reglamento 44/2001 o del C.Lugano. Ante ello cabe bien el desplazamiento de la competencia obtenida *ex art. 23* bien la prevalencia del acuerdo de jurisdicción sobre los otros foros.

a) Sumisión tácita de las partes

43. Si las partes han convenido la jurisdicción de los tribunales de un Estado miembro, ¿pueden con posterioridad a dicho acuerdo comparecer ante un tribunal distinto y someterse tácitamente a éste? La jurisprudencia del Tribunal comunitario tiene establecido que la voluntad de las partes sometándose

2001, núm. 2001/115).

¹⁰⁷ A favor de resolver la subrogación a través del derecho conflictual del foro, GEIMER / SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*, p. 928; J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, “Artikel 23”, NM 66. Para el TJUE la determinación de cuál es el «Derecho nacional aplicable» a los derechos y obligaciones del tercero tenedor de un conocimiento de embarque compete al órgano jurisdiccional nacional, para lo cual aplicará «las normas de su Derecho internacional privado» (STJUE 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, *Rec.* 2000, p. 9337, ap. 30).

¹⁰⁸ Véase SAP Valencia 18 octubre 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/117), SAP Pontevedra 14 enero 2002 (*AC* 2002/443), SAP Valencia 16 febrero 2004 (*JUR* 2004/163931), STS de 29 septiembre 2005 (*RJ* 2005/7156), AAP Las Palmas 13 enero 2006 (*AC* 2006/435), AAP Granada 23 febrero 2007 (*JUR* 2007/174520). En contra, SAP Vizcaya 28 noviembre 2003 (*JUR* 2004/36787).

¹⁰⁹ Así, J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, “Artikel 23”, NM 62 y 67.

¹¹⁰ No serán partes contractuales siempre que no concurren en la misma persona la condición de tomador y asegurado, tomador y beneficiario, así como la de tomador, asegurado y beneficiario.

¹¹¹ STJUE 14 julio 1983, *Gerling*, 201/82, *Rec.* 1983, p. 2503, aps. 14 a 19. Cuestión diferente es que la compañía aseguradora, satisfecha la indemnización, se subroga en la posición del asegurado para repetir el pago contra el autor del daño: SAP Barcelona 19 mayo 2000 (*JUR* 2000/223375).

tácitamente a un tribunal de un Estado contratante al amparo del art. 24 –el demandante presentando la demanda y, lo que es propiamente el objeto del art. 24, el demandado compareciendo sin impugnar su jurisdicción– prevalece sobre los acuerdos atributivos de jurisdicción concluidos al amparo del art. 23. En definitiva, el art. 24 es aplicable aun cuando las partes hayan designado un tribunal competente al amparo del art. 23, pues ambas figuras de la sumisión son expresión de la voluntad de las partes¹¹².

b) Designación por las partes en una obligación contractual del lugar de cumplimiento de la obligación

44. Cuando las partes acuerdan el lugar de cumplimiento de una obligación contractual –según el art. 5.1, las partes pueden convenir el lugar de cumplimiento, aplicándose únicamente las presunciones de la letra *b*) en defecto de pacto–, los tribunales de ese lugar poseen jurisdicción para conocer del asunto conforme al foro del art. 5.1, sin que tal acuerdo pueda ser considerado un convenio atributivo de jurisdicción incardinado en el art. 23. Este acuerdo *inter partes* debe ser válido conforme a la ley aplicable al contrato, no quedando sometido a las formalidades del art. 23 –la jurisdicción de los tribunales del lugar de cumplimiento se basa en el foro del art. 5.1 y no en el del art. 23–¹¹³. Sin embargo, queda sometido al art. 23 un acuerdo verbal entre las partes relativo al lugar de cumplimiento y cuya finalidad no es fijar el lugar en el que el deudor debe cumplir efectivamente su obligación sino solamente establecer un determinado foro¹¹⁴.

Cuando en el mismo contrato concurren una cláusula mediante la que se determine el lugar de cumplimiento de la obligación y un acuerdo atributivo de jurisdicción, serán competentes los tribunales designados en el acuerdo de sumisión *ex art. 23*, siempre que las partes no hayan pactado el carácter no exclusivo del tribunal designado. Si lo han pactado, el foro acordado pierde su carácter exclusivo, pudiendo interpretarse la designación de varios órganos jurisdiccionales como un indicio de que las partes han querido descartar el carácter exclusivo del foro designado en el acuerdo de sumisión¹¹⁵.

c) Compensación

45. Una cláusula atributiva de jurisdicción en la que se designen uno o más tribunales para conocer de un litigio permite a los órganos jurisdiccionales designados conocer de una compensación conexas con el asunto principal¹¹⁶. En ausencia de conexidad y si una de las partes del acuerdo de jurisdicción acepta debatir sobre la compensación ante un tribunal distinto del acordado, se entiende que se somete tácitamente al tribunal que entiende de la demanda de compensación, renunciando de este modo a la jurisdicción del tribunal previamente acordado, no pudiendo luego invocar el acuerdo de jurisdicción frente al objeto del pleito principal¹¹⁷. En la compensación conexas, la competencia internacional se fundamenta en el acuerdo *ex art. 23*, que extiende sus efectos tanto a la demanda inicial como a la de compensación, y no en el foro de vinculación procesal del art. 6.3. Este último será aplicable cuando la compensación

¹¹² STJUE 24 junio 1981, *Elefanten Schuh*, 150/80, *Rec.* 1981, p. 1671, aps. 8 ss. Igualmente, STJUE 7 marzo 1985, *Spitzley*, 48/84, *Rec.* 1985, p. 787, aps. 24 ss; STJUE 9 diciembre 2003, *Gasser*, C-116/02, *Rec.* 2003, p. 14693, ap. 49. El foro de la sumisión tácita del art. 24 no es aplicable cuando el demandado impugna la jurisdicción y además contesta la demanda, siempre que la impugnación de la jurisdicción, cuando no sea previa a toda defensa sobre el fondo del asunto, no se realice después del momento en que el ordenamiento procesal del foro considere tal actuación como la primera defensa sobre el fondo dirigida al juez al que se ha sometido (véanse aps. 16 y 17). El art. 24 permite al demandado contestar no solamente la competencia sino también presentar simultáneamente, y de forma subsidiaria, una defensa en cuanto al fondo (STJUE 22 octubre 1981, *Rohr*, 27/81, *Rec.* 1981, p. 2431, ap. 8).

¹¹³ STJUE 17 enero 1980, *Zelger*, 56/79, *Rec.* 1980, p. 89, ap. 4.

¹¹⁴ STJUE 20 febrero 1997, *MSG*, C-106/95, *Rec.* 1997, p. 911, aps. 27 ss. El art. 5.1 no permite a las partes fijar, con el único objeto de determinar un foro competente, un lugar de cumplimiento que carezca de vínculo efectivo con la realidad del contrato y en el que no pueden cumplirse las obligaciones derivadas del contrato con arreglo a los términos recogidos en éste.

¹¹⁵ F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 86.

¹¹⁶ STJUE 9 noviembre 1978, *Meeth*, 23/78, *Rec.* 1978, p. 2133, ap. 8. El inciso «con ocasión de una determinada relación jurídica», contenido en el art. 23.1, limita el objeto del acuerdo atributivo de jurisdicción a la relación jurídica respecto de la cual se ha pactado el acuerdo y también a todas las cuestiones litigiosas que de ella traen causa, aun cuando las partes no se hayan referido expresamente a ellas en el acuerdo; vid. STJUE 10 marzo 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, *Rec.* 1992, p. 1745, ap. 31.

¹¹⁷ STJUE 7 marzo 1985, *Spitzley*, 48/84, *Rec.* 1985, p. 787, aps. 19 y 27.

pueda plantearse procesalmente como un supuesto de reconvencción, tal como ocurre en Derecho español en el art. 408 LEC¹¹⁸.

d) Foros de vinculación procesal

46. Otros supuestos de posible colisión con los acuerdos de jurisdicción surgen en relación con foros de vinculación procesal: demandas reconvenzionales (art. 6.3), litisconsorcio (art. 6.1) y acumulación de acciones en materia contractual y en materia de derechos reales inmobiliarios (art. 6.4). Mediante un acuerdo atributivo de jurisdicción puede modificarse el foro del art. 6.3, por el que se atribuye competencia internacional para conocer de la demanda reconvenzional a los tribunales que conozcan de la demanda inicial; de esta manera, pasarán a conocer de la reconvencción los tribunales designados por las partes. Cuando el tribunal designado tiene competencia exclusiva, la reconvencción debe plantearse ante el órgano jurisdiccional acordado por las partes; en el caso de no ser exclusiva, puede también hacerse uso del foro del art. 6.3. Por otro lado, es posible concluir un acuerdo de jurisdicción con el objeto de fijar la competencia para una posible acción reconvenzional en materia de seguros y de contrato de consumidores (arts. 12.2 y 16.3), en cuyo caso el acuerdo debe cumplir con las condiciones fijadas en los arts. 13 y 17, respectivamente.

47. El foro del art. 6.1, referido al litisconsorcio pasivo y que permite presentar a demanda ante el tribunal del domicilio de cualquiera de los litisconsortes, puede modificarse mediante un acuerdo atributivo de jurisdicción en el que el tribunal designado por las partes posea carácter exclusivo¹¹⁹. Ahora bien, cabe precisar que el acuerdo concluido entre un litisconsorte y la parte demandante no despliega efectos para el resto de litisconsortes.

48. Cuando nos hallemos ante un proceso en el que puedan acumularse una acción en materia contractual con otra en materia de derechos reales inmobiliarios dirigidas contra el mismo demandado (art. 6.4), la competencia de los tribunales del Estado de situación del bien inmueble no puede verse alterada mediante acuerdos de jurisdicción. Una de las dos acciones acumuladas –la acción real– se refiere a la competencia exclusiva del art. 22.1, por lo que el foro no puede verse alterado mediante acuerdos atributivos de competencia (art. 23.5)¹²⁰.

III. Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el DPCI español de origen interno

1. Ámbito de aplicación del foro de la sumisión expresa de la LOPJ

49. El Reglamento 44/2001 y el C. Lugano inaplican la normativa de fuente estatal que coincida con su ámbito de aplicación. De este modo, las normas procesales de los Estados miembros –o de los Estados vinculados por el Convenio– sobre acuerdos atributivos de jurisdicción no se aplican a las materias incluidas en el ámbito de ambos textos. En este último caso, los pactos de sumisión se rigen por lo dispuesto en ambas normas, sin que puedan exigirse formalidades distintas a las previstas en el art. 23¹²¹.

En el ordenamiento español, el art. 22.2, inciso primero, LOPJ regula, de manera parca e insuficiente, los acuerdos de jurisdicción. Debido al carácter supletorio de la LOPJ frente a la normativa de origen no inter-

¹¹⁸ El art. 6.3 se refiere únicamente «a las pretensiones formuladas por los demandados con el objeto de obtener una condena distinta de la desestimación de la demanda. Dicha disposición no atañe a la situación en la que un demandado invoca, como simple medio de defensa, un crédito del que supuestamente es titular frente al demandante» (STJUE 13 julio 1995, *Danvaern*, C-341/93, *Rec.* 1995, p. 2053, ap. 18).

¹¹⁹ J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, “Artikel 6”, NM 17. En la jurisprudencia española, SAP Barcelona 20 diciembre 1999 (*AC* 1999/8149), SAP Vizcaya 16 abril 2002 (*JUR* 2002/176788), AAP Madrid 22 marzo 2004 (*JUR* 2004/260346), AAP Granada 23 febrero 2007 (*JUR* 2007/174520).

¹²⁰ Véase SAP Málaga 31 diciembre 1994 (*REDI*, 1996-1, núm. 1996-2-Pr).

¹²¹ J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, “Artikel 23”, NM 16; *Id.*, “Einleitung”, NM 11; “vor Artikel 2”, NM 16 ss. Igualmente, STJUE 13 noviembre 1979, *Sanicentral*, 25/79, *Rec.* 1979, p. 3423, ap. 5, y STJUE 24 junio 1981, *Elefanten Schuh*, 150/80, *Rec.* 1981, p. 1671, ap. 26.

no, la aplicación de aquella se determinará por exclusión de la segunda. Así, es suficiente con la no concurrencia de uno de los elementos que determinan la aplicación del art. 23 Reglamento 44/2001 y C. Lugano para que el acuerdo se rija por el art. 22.2 LOPJ. Ello sucederá siempre que el litigio tenga por objeto una materia excluida de su ámbito material, o que las partes del acuerdo se hallen domiciliadas en Estados no miembros, o que la acción se ejercite fuera del ámbito temporal de aplicación de estas normas¹²². Veámoslo brevemente.

50. Para la aplicación de la LOPJ es preciso que el litigio tenga por objeto bien alguna de las materias excluidas del ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001 y del C. Lugano, bien que la materia no pueda ser considerada civil o mercantil¹²³.

En segundo lugar, siempre que el domicilio de las partes se halle radicado en Estados no miembros –o no vinculados por el C. Lugano–, y se designen los tribunales españoles, su jurisdicción se fundará en principio en el art. 22.2 LOPJ¹²⁴. El Reglamento 44/2001 y el C. Lugano precisan que al menos una de las partes del acuerdo de sumisión esté domiciliada en un Estado miembro –o un Estado vinculado por el Convenio– (art. 23.1); cuando el domicilio de todas ellas se halle en Estados no miembros –o no vinculados–, estas normas se ocupan solamente de regular el efecto que el acuerdo tiene sobre la derogación de la jurisdicción de los otros Estados miembros, o vinculados por el Convenio (art. 23.3).

Finalmente, y en relación con el ámbito temporal, también se aplicará la LOPJ a todas aquellas acciones en materia civil o mercantil ejercitadas –esto es, que se haya presentado la demanda– con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 44/2001 (1.3.2002) o de la entrada en vigor para España del C. Lugano (1.1.2010), y que dichas acciones se basen en un acuerdo atributivo de jurisdicción. En nada se altera lo anterior si el acuerdo se ha concluido con anterioridad a dicho momento¹²⁵.

2. Admisibilidad de los acuerdos de jurisdicción

La primera cuestión a la que se enfrenta un tribunal ante el que se hace valer un acuerdo atributivo de jurisdicción –ya sea invocando su competencia ya sea impugnándola– es determinar si las partes podían concluirlo; esto es, si el acuerdo es o no admisible. Hablar de la admisibilidad del acuerdo es determinar los límites que cada ordenamiento jurídico establece a la posibilidad de someterse expresamente a sus tribunales o, por contra, de derogar su jurisdicción.

A) Ley aplicable a la admisibilidad

51. Como ya he indicado, los acuerdos atributivos de jurisdicción poseen naturaleza procesal, aunque en ellos concurren elementos civiles; ello tiene como consecuencia que sus diferentes aspectos queden sometidos a ordenamientos distintos. Por lo que respecta a la admisibilidad de concertar acuerdos de jurisdicción, al ser esta una cuestión estrictamente procesal –posibilidad de convenir o de derogar la jurisdicción de los tribunales de un Estado– se regirá por el ordenamiento del tribunal ante el

¹²² Véase *supra* NM 9 y ss.

¹²³ El art. 23 Reglamento 44/2001 se aplica también a materias no expresamente incluidas en su ámbito de aplicación, como es el caso de las acciones derivadas de la normativa comunitaria en materia de propiedad industrial: acuerdos atributivos de jurisdicción relativos a marcas comunitarias (art. 94 Reglamento 207/2009 sobre la marca comunitaria) y a dibujos y modelos comunitarios (art. 79 Reglamento 6/2002 sobre dibujos y modelos comunitarios) –igualmente los relativos a patentes comunitarias (art. 47 de la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre la patente comunitaria)–. El C. Lugano es aplicable a los acuerdos relativos a acciones derivadas de la normativa comunitaria en materia de obtenciones vegetales (art. 102.2 Reglamento 2100/94 sobre protección comunitaria de obtenciones vegetales).

¹²⁴ Esta regla general tiene sus excepciones en el ámbito de la normativa comunitaria sobre propiedad industrial. Así, cuando se concluyan acuerdos en materia de violación y validez de las marcas comunitarias (arts. 95 a 105 Reglamento 207/2009), de infracción y validez de dibujos y modelos comunitarios (arts. 80 a 92 Reglamento 6/2002) o de protección de las obtenciones vegetales (arts. 101 y 102 Reglamento 2100/94) es suficiente con que al menos una de las partes posea un establecimiento en un Estado miembro de la UE [art. 94.2, letra c), Reglamento 207/2009, art. 79.3, letra c), Reglamento 6/2002, art. 101.2 Reglamento 2100/94]. En todos estos casos también es posible que las partes sin domicilio ni establecimiento en un Estado miembro puedan acordar la jurisdicción de los tribunales de un Estado miembro [art. 97.4 Reglamento 207/2009, art. 82.3 Reglamento 6/2002, art. 101.2, letra c), e.r. con art. 102.2 Reglamento 2100/94].

¹²⁵ STJUE 13 noviembre 1979, *Sanicentral*, 25/79, *Rec.* 1979, p. 3423, aps. 6 y 7. Las cuestiones de competencia deben deducirse según los documentos y principios de prueba por escrito proporcionados por las partes en el momento de enjuiciar la cuestión: SAP Vizcaya 16 abril 2002 (*JUR* 2002/176788).

que se hace valer el acuerdo, esto es, la *lex fori*¹²⁶. Cuestión distinta de la admisibilidad son los efectos procesales que despliega un acuerdo de jurisdicción permitido por la *lex fori*. Este es un problema sobre el que volveré más adelante¹²⁷.

Cuando la demanda se presente ante los tribunales españoles, será el ordenamiento jurídico español el que determinará la posibilidad de concluir acuerdos de jurisdicción a favor de nuestros tribunales (*prorogatio fori*), así como a favor de tribunales extranjeros –derogando la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales españoles– (*derogatio fori*). En concreto, la admisibilidad se determinará conforme al art. 22.2 LOPJ y a los arts. 54 y 55 LEC, estos últimos sólo en ciertos aspectos y en la medida en que la falta de regulación específica de la sumisión expresa en el ámbito de la competencia internacional permite, en ocasiones, una aplicación analógica de las normas que regulan esa institución en relación con la competencia territorial¹²⁸.

B) Límites a la admisibilidad de la conclusión de acuerdos de jurisdicción

52. El tenor literal del art. 22.2 LOPJ permite una gran laxitud a la hora de admitir la *prorogatio fori* a favor de los tribunales españoles, que tendrán jurisdicción siempre que «las partes se hayan sometido expresa[mente]». Si bien la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de celebrar acuerdos de jurisdicción a favor de los tribunales españoles tomando como fundamento el foro general del art. 22.2 LOPJ¹²⁹, le costó tiempo y esfuerzo admitir la *derogatio fori* de los órganos jurisdiccionales españoles con fundamento en el mismo precepto. Ahora bien, la jurisprudencia reciente viene admitiendo, a veces con matizaciones y argumentos diversos, la validez de acuerdos de sumisión a favor de tribunales extranjeros¹³⁰. Tanto nuestro ordenamiento jurídico como la jurisprudencia reciente admiten una facultad *limitada* de concertar acuerdos atributivos de jurisdicción. Estos límites se basan tanto en otras normas del ordenamiento español como en la propia coherencia interna de nuestro sistema.

a) Límites comunes a la posibilidad de acordar y derogar la jurisdicción de los tribunales españoles

53. El primer límite lo constituye la *determinación del objeto del acuerdo*, que no podrá ser general sino que debe tener por objeto una concreta relación jurídica sobre la que las partes hayan decidido convenir la competencia internacional. De este modo, no es posible acordar la jurisdicción de los tribunales bien españoles bien de otro Estado para que entiendan de todos los pleitos que traigan causa del conjunto de relaciones jurídicas que en el futuro afecten a ambas partes. Un acuerdo de jurisdicción con un objeto incierto no sólo lo excluye la doctrina¹³¹ sino que también parece descartarlo implícitamente, en la competencia territorial, el art. 54.3 LEC, al afirmar que para que la sumisión sea válida y eficaz debe realizarse a tribunales con competencia objetiva «para conocer *del asunto de que se trate*», dando por supuesto que el objeto del acuerdo está perfectamente determinado. Una designación genérica podría burlar esta norma, porque permitiría designar un tribunal que carecería de competencia objetiva para conocer del litigio. Asimismo, podría acabar transgrediendo las normas imperativas de competencia territorial (véase art. 52 e.r. con art. 54, aps. 1º y 2º, LEC). Finalmente, un acuerdo con objeto incierto

¹²⁶ P. BLANCO-MORALES, *El seguro español en el Derecho internacional privado*, p. 230; GEIMER, *IZPR*, NM 1675; J. KROPHOLLER, “Internationale Zuständigkeit”, NM 480.

¹²⁷ Véase *supra* NM 76 y ss.

¹²⁸ Así, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La competencia judicial internacional de los juzgados y tribunales españoles”, en A.P. ABARCA (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, 4ª edic., Madrid, UNED, 2003 [cit. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La competencia judicial internacional de los juzgados y tribunales españoles”], p. 438.

¹²⁹ STS 30 abril 1991 (*RJ* 1991/3118).

¹³⁰ Solamente en la jurisprudencia más reciente, y a título de ejemplo, véase SAP Pontevedra 8 mayo 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/115), SAP Santander 9 junio 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/116), SAP Madrid 10 julio 2000 (*AC* 2000/4363), SAP Vizcaya 15 marzo 2002 (*JUR* 2002/140082), AAP Madrid 30 abril 2004 (*AC* 2004/1581), AAP Las Palmas 13 enero 2006 (*AC* 2006/435). Una relación de resoluciones favorables y contrarias en F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 98.

¹³¹ P. BLANCO-MORALES, *El seguro español en el Derecho internacional privado*, p. 231. A favor de este límite en la competencia territorial de la antigua LEC, M.A. FERNÁNDEZ, “La competencia territorial”, en DE LA OLIVA / FERNÁNDEZ, A. DE LA OLIVA, M.A. FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, 4ª edic., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, vol. I, § 13, NM 23.

podría conducir a la inobservancia de las competencias exclusivas de los tribunales españoles o, incluso, de otro Estado miembro de la UE, contenidas en normas comunitarias o convencionales.

54. A pesar de que la LOPJ no lo recoge expresamente, otro límite general a la admisibilidad de la derogación de la jurisdicción de los tribunales españoles lo constituyen *las competencias exclusivas* de los propios tribunales españoles¹³². Este límite adquiere relevancia procesal cuando, a pesar de la existencia del acuerdo, una de las partes decide interponer la demanda ante los tribunales españoles porque entiende que el acuerdo no es jurídicamente admisible.

El foro relativo al *contrato de trabajo* no se contiene en el art. 22 LOPJ, hallándose ubicado en el art. 25.1 LOPJ, que nada dice acerca de la sumisión como criterio atributivo de jurisdicción. El silencio debe interpretarse como la imposibilidad de acudir a este foro general basado en la voluntad de las partes. En ello abundaría que el art. 11 de la Ley de Procedimiento Laboral no contempla la sumisión como criterio a la hora de fijar la competencia territorial de los tribunales españoles¹³³. Con el Reglamento 44/2001 y el C. Lugano la cuestión ha perdido parte de su relevancia, ya que los mencionados textos contienen disposiciones específicas que permiten la sumisión bajo ciertas condiciones (véase art. 21)¹³⁴. Estos últimos textos relegan la aplicación del art. 25.1 LOPJ –y su prohibición general de concluir acuerdos de jurisdicción en materia de contrato de trabajo– a los litigios en los que las partes se hallen domiciliadas en Estados no miembros (art. 4). En definitiva, cuando la LOPJ sea aplicable, no será admisible la derogación de la jurisdicción de los tribunales españoles ni tampoco, en lógico paralelismo, la sumisión a ellos¹³⁵.

En el marco de los *procesos monitorios*, el art. 813 LEC no sólo configura la competencia objetiva y territorial sino que excluye cualquier posibilidad de sumisión expresa o tácita en el ámbito de la competencia territorial¹³⁶. Por su parte, el Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, no contiene normas sobre competencia internacional, remitiéndose con carácter general su art. 6.1 a los foros del Reglamento 44/2001. Ahora bien, teniendo en cuenta el objeto de este tipo de procesos, no parece que la sumisión expresa pueda encontrar una gran aplicación como criterio atributivo de jurisdicción para iniciar un proceso monitorio europeo del Reglamento 1896/2006.

55. Nada se dice tampoco en el art. 22.2 LOPJ sobre los *requisitos que debe reunir la designación del tribunal competente* para que el acuerdo de jurisdicción sea válido. Habrá que acudir, por tanto, a los criterios exigidos para la sumisión expresa en el ámbito de la competencia territorial. En el art. 55 LEC se exige a las partes que designen «con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se sometieren» –el art. 57 LEC abunda en esta idea, al exigir que la sumisión expresa «determinará la circunscripción cuyos tribunales hayan de conocer del asunto»–. De este modo, la exigencia de designar «con preci-

¹³² Tanto el texto del Proyecto de la LOPJ remitido por el Gobierno a las Cortes Generales como el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados sí limitaban la sumisión a los tribunales españoles cuando la materia objeto del proceso fuese competencia exclusiva de los tribunales españoles (véase art. 33.2, *in fine*, de ambos textos en *Documentación Jurídica*, núm. 47/48, julio-diciembre 1985, pp. 475 ss.). Según el art. 36.2, regla 2ª, LEC, la existencia de una competencia exclusiva de los tribunales de otro país solamente constituye un límite a la admisibilidad de concluir acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de los tribunales españoles en la medida en que el foro exclusivo se contenga en una norma de origen no interno, como el Reglamento 44/2001 o el C. Lugano.

¹³³ La doctrina laboralista excluye la admisión de pactos que alteren los criterios de la LPL en materia de competencia territorial, considerando que los criterios de sus arts. 10 y 11 constituyen «reglas imperativas» en el sentido del art. 58 LEC, y que el art. 54.1, *in fine*, LEC no admite la sumisión expresa ni la tácita en los asuntos que deben decidirse por el juicio verbal. Véase M. ALONSO OLEA, C. MIÑAMBRES PUIG, R.M. ALONSO GARCÍA, *Derecho Procesal del Trabajo*, 12ª edic. rev., Madrid, Civitas, 2002, p. 104; A. BAYLOS Y OTROS, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, 2ª ed. rev., Madrid, Trotta, 1995, p. 44. Véase STS (Sala Social) 16 febrero 2004 (RJ 2004/2038).

¹³⁴ Véase *supra* NM 21.

¹³⁵ Excepcionalmente, la *Ley 31/2006 sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas* prevé en su art. 34.1, como foro principal, la sumisión expresa o tácita a los tribunales españoles cuando se ejercite una acción derivada de dicha disposición legal. Este foro se aplicará únicamente a las materias incluidas en el ámbito de esta disposición legal.

¹³⁶ Este precepto ha sido utilizado por la jurisprudencia para negar la competencia internacional de los tribunales españoles cuando el deudor tiene su residencia fuera del territorio español: AAP Salamanca 16 junio 2003 (JUR 2003/194935), AAP Badajoz 4 noviembre 2003 (JUR 2004/49879).

sión» el órgano jurisdiccional al que se someten las partes, impide la conclusión de acuerdos en los que no se determine de forma expresa y con claridad el tribunal o tribunales competentes. En este sentido, será válida tanto la designación genérica –pero precisa– de los tribunales de un Estado¹³⁷ (p.ej, los tribunales italianos) como la indicación del concreto –y preciso– órgano jurisdiccional (p.ej., los tribunales de Milán). Por contra, no se admitirán los acuerdos en los que no se indique con precisión el órgano jurisdiccional competente (p.ej., los tribunales del lugar de residencia de la parte demandada), aunque éste pudiera ser determinable por referencia al resto del acuerdo¹³⁸.

56. La imposición por una de las partes de un acuerdo de sumisión iría en contra del principio de mutuo acuerdo entre ellas, intrínseco a todo convenio atributivo de jurisdicción –en relación con la competencia territorial, el art. 54.2 LEC declara inválidos los pactos de sumisión que no se basen en el acuerdo mutuo entre las partes–. Por ello, un límite a la conclusión de acuerdos mediante los que se prorrogue o derogue la jurisdicción de los tribunales españoles será la falta de concurrencia de la voluntad de ambas partes, siendo inadmisibles la imposición unilateral por una de ellas contra la voluntad de la otra¹³⁹. La vía normalmente utilizada por la parte fuerte para imponer el acuerdo es a través de las cláusulas generales de los contratos. En este caso, el control de las cláusulas de jurisdicción impuestas se realizará mediante la *Ley sobre condiciones generales de la contratación* y la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (LGDCU). Para la primera, son condiciones generales las cláusulas redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos y cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes (art. 1), considerando nulas las condiciones generales que, de conformidad con la LGDCU, sean abusivas y el contrato se haya celebrado con un consumidor (art. 8.2)¹⁴⁰. Por su parte, la LGDCU considera abusivas, entre otras, aquellas cláusulas de sumisión expresa a tribunales distintos de los del domicilio del consumidor y usuario, del lugar del cumplimiento de la obligación o del lugar de situación del bien inmueble, en el caso que este sea el objeto del contrato (art. 90.2), considerándolas nulas de pleno derecho y dándolas por no puestas (art. 83)¹⁴¹. Por tanto, la legislación específica de consumidores es más permisiva que el art. 54.2 LEC, dando por válidos los acuerdos de sumisión realizados a favor de los tribunales del domicilio del consumidor, del lugar de cumplimiento de la obligación o, en contratos sobre inmuebles, del lugar de situación de éstos. Ahora bien, cuando la cláusula pueda ser calificada de abusiva, habrá que concluir su nulidad, constituyendo un límite a la posibilidad de concluir acuerdos de prorrogación o de derogación de la competencia internacional de los tribunales españoles¹⁴². La jurisprudencia mayoritaria aplica este límite siempre que exista una parte jurí-

¹³⁷ Así, M.A. AMORES, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional”, p. 136. En relación con la *prorogatio fori*, V. CORTÉS, *Derecho Procesal Civil Internacional (Ordenamiento español)*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1981 [cit. V. CORTÉS, *DPCI*], p. 15. Véase STS 30 abril 1991 (*REDI*, 1991-2, núm. 1991-76-Pr).

¹³⁸ En contra de la admisión por el ordenamiento español de las «cláusulas flotantes de elección de fuero», bien totalmente indeterminadas bien determinadas pero determinables, M.A. AMORES, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional”, p. 137. Véase AAP Madrid 30 septiembre 2004 (*JUR* 2004/1909). La jurisprudencia no considera válida la sumisión realizada a favor de los tribunales del «país en el cual el transportista tiene su sede principal de negocios»: SAP Sevilla 20 septiembre 1990 (*REDI*, 1991-2, núm. 1991-73-Pr. Igualmente, SAP Pontevedra 6 marzo 2002 (*JUR* 2002/150354).

¹³⁹ Véase SAP Álava 31 enero 1996 (*AC* 1996/322), SAP Girona 20 julio 2005 (*JUR* 2006/210539). La STS 18 junio 1990 consideró que, *prima facie*, un acuerdo de sumisión no se ha realizado de forma clara, precisa, explícita y de modo bilateral cuando se contiene en un contrato de adhesión firmado por las dos partes y «tal cláusula figura en las condiciones generales unidas como anexo y a las que se refiere el contrato, pero que no aparecen firmadas por los interesados» (*RJ* 1990/4764). Implícitamente, exigiendo la firma por las partes de la *derogatio fori*, STS 10 julio 1990 (*RJ* 1990/5792), SAP Málaga 9 enero 1998 (*AC* 1998/8880).

¹⁴⁰ La remisión al art. 10 bis y a la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios del año 1984 debe entenderse referida, dada su derogación por el Real Decreto Legislativo 1/2007, a los arts. 82 ss. del Texto Refundido del año 2007 de la LGDCU.

¹⁴¹ De conformidad con su art. 67.1, estas disposiciones son imperativas, aplicándose con independencia de la *lex contractus*, cuando este mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del EEE, lo que sucede cuando el profesional ejerza sus actividades en uno o varios Estados miembros del EEE, o cuando por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades, o, en los contratos relativos a inmuebles, cuando estos se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.

¹⁴² Sobre la relación entre cláusulas abusivas y condiciones generales, SAP Santa Cruz de Tenerife 10 septiembre 2001 (*AC* 2002/356), SAP Madrid 10 diciembre 2002 (*JUR* 2003/126808), SAP Madrid 11 mayo 2005 (*AC* 2005/832). Para el TJUE, los

dicamente débil; esto es, que se trate de un consumidor. En caso contrario, considera en principio válidas las cláusulas de prorrogación o de derogación de la competencia de los tribunales españoles¹⁴³.

Los *contratos de agencia* han venido planteando el problema del alcance de la norma sobre competencia territorial, contenida en la disposición adicional de la *Ley 12/1992 sobre contrato de agencia*, lo que ha llevado a poner en duda la validez de los acuerdos de sumisión para este tipo de contratos. Siempre que sean aplicables el Reglamento 44/2001 y el C.Lugano no cabe admitir restricciones diferentes a las contenidas en sus respectivos arts. 23, entre las que no se menciona el contrato de agencia¹⁴⁴. Tampoco sería posible una ampliación de los límites a la conclusión de acuerdos de jurisdicción basada en el art. 67 Reglamento 44/2001 (prevalencia de las disposiciones específicas contenidas en actos comunitarios o en legislaciones nacionales armonizadas adoptadas en ejecución de los mismos), porque, si bien la Ley 12/1992 transpone la Directiva 86/653 del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, esta última norma no contiene disposición alguna sobre competencia judicial internacional, en general, ni sobre acuerdos de jurisdicción, en particular¹⁴⁵. En aquellos casos en los que la competencia internacional se determine a través del foro general del art. 22.2 LOPJ, tampoco creo posible establecer límites a la sumisión a favor de los tribunales españoles ni, fundamentalmente, a la derogación de su jurisdicción, alegando la disposición adicional de la Ley 12/1992. Este precepto contiene una norma de competencia territorial, que presupone la jurisdicción de los tribunales españoles, por lo que no puede ser utilizada como limitación a los acuerdos de competencia internacional¹⁴⁶. Si el acuerdo contenido en un contrato de agencia reúne los requisitos de validez (de forma y de fondo) exigidos por el ordenamiento español, no puede limitarse la facultad de las partes de elegir los órganos jurisdiccionales del país que estimen conveniente. Y ello con independencia de que la ley aplicable al contrato de agencia en cuestión sea o no la Ley 12/1992¹⁴⁷. En este sentido, no considero factible utilizar la vía de considerar abusivas las cláusulas de sumisión introducidas en los contratos de agencia y, por tanto, nulas de pleno derecho (art. 92.2 e.r. art. 83 LGDCU). La LGDCU es aplicable únicamente a contratos celebrados por consumidores, entre los que no se incluye el de agencia (vid. arts. 2 a 7 LGDCU)¹⁴⁸. Tampoco es posible apelar a la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, pues en las relaciones entre profesionales su aplicación se limita a determinados aspectos del contrato; esencialmente, la incorporación de la cláusula y su interpretación¹⁴⁹.

57. A diferencia de lo que sucedía en el antiguo art. 57 LEC de 1.881, en el art. 55 LEC no se exige que las partes renuncien al fuero propio, por lo que puede afirmarse que para la validez de los acuerdos atributivos de jurisdicción no es preciso que las partes formulen esta renuncia.

órganos jurisdiccionales nacionales pueden examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual cuando analicen la admisibilidad de una demanda planteada sobre el contrato en el que se inserta: STJUE 27 junio 2000, *Océano*, C-240/98, *Rec.* 2000, p. 4941, ap. 29.

¹⁴³ SAP Castellón 26 mayo 1997 (*AC* 1997/1343), AAP Cantabria 24 noviembre 1999 (*AEDIPr.*, 2001, núm. 2001/113), SAP Santander 9 junio 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/116), SAP Madrid 10 julio 2000 (*AC* 2000/4363), AAP Cádiz 3 octubre 2000 (*JUR* 2001/20247), SAP Cádiz 28 mayo 2001 (*AEDIPr.*, 2003, núm. 2003/93), AAP Cádiz 10 septiembre 2001 (*JUR* 2001/313581), AAP Lugo 16 enero 2004 (*JUR* 2004/69369). Sin embargo, aplican los criterios de la normativa sobre protección de consumidores a sujetos sin esta condición SAP Málaga 23 mayo 2001 (*JUR* 2001/235602), AAP Madrid 22 marzo 2004 (*JUR* 2004/260346), AAP Tarragona 10 junio 2004 (*JUR* 2004/204232), AJMer. Barcelona 11 octubre 2005 (*JUR* 2007/388553).

¹⁴⁴ STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. 1597, aps. 46 ss., STJUE 3 julio 1997, *Benincasa*, C-269/95, *Rec.* 1997, p. 3767, aps. 26 a 28. El TJUE se pronunció sobre la validez de un acuerdo relativo a un contrato de agencia sin establecer límites o condiciones de validez adicionales a los del art. 23: STJUE 11 julio 1985, *Berghoefer*, 221/84, *Rec.* 1985, p. 2699.

¹⁴⁵ Así, SAP Santa Cruz de Tenerife 10 septiembre 2001 (*AC* 2002/356); SAP Alicante 8 junio 2001 (*AC* 2002/31).

¹⁴⁶ Así, SAP Valencia 4 mayo 1999 (*AC* 1999/5520) y SAP Santa Cruz de Tenerife de 10 septiembre 2001 (*AC* 2002/356). Implícitamente, SAP Barcelona 7 febrero 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/82).

¹⁴⁷ A favor de limitar los acuerdos cuando se aplique el ordenamiento español SSAP Barcelona 7 febrero 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/82), de 28 marzo 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/83) y de 15 diciembre 2000 (*AC* 2001/1574).

¹⁴⁸ La Ley 12/1992 transpone al ordenamiento español la Directiva 93/13/CEE, yendo más allá de lo dispuesto en el núm. 1, letra q), de su Anexo, sobre cláusulas de sumisión. Véase P. JIMÉNEZ BLANCO, "Alcance de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de agencia", *AEDIPr.*, 2002, pp. 134-135.

¹⁴⁹ En la contratación entre profesionales, las cuestiones de fondo de la cláusula, su carácter abusivo y su consiguiente nulidad, no se regirán por el art. 8 LCGC, reservado a consumidores, sino por los arts. 1.255 y 1.258 Cc.

b) Límites específicos a la posibilidad de acordar la jurisdicción de los tribunales españoles

58. Nuestro ordenamiento jurídico admite la *prorogatio fori* a favor de tribunales españoles, lo que puede hacerse de forma bien genérica bien específica, designando un concreto órgano jurisdiccional. El único límite a la sumisión a un concreto órgano jurisdiccional tendría su origen en aquellas materias en las que el ordenamiento español establece la indisponibilidad de la competencia territorial. En estos casos, debe entenderse válida la designación de los tribunales españoles, realizándose la determinación del concreto órgano jurisdiccional competente de acuerdo con las normas españolas sobre jurisdicción (por razón del objeto) y competencia (objetiva por razón de la materia y de la cuantía, territorial y funcional)¹⁵⁰. El acuerdo será igualmente válido si el tribunal designado coincide con el que sería competente en aplicación de las correspondientes normas procesales.

La sumisión expresa genérica y específica a los tribunales españoles implica, a la vez, la aceptación de la competencia de los jerárquicamente superiores para entender de los pertinentes recursos derivados del proceso originario (art. 62.1 LEC). En el supuesto de designación genérica, la individualización del órgano jurisdiccional competente se realizará mediante las normas procesales españolas sobre jurisdicción y competencia¹⁵¹. Cuando se designe específicamente el órgano jurisdiccional, la determinación del competente –qué tribunal de entre los que tienen su sede en el lugar elegido entenderá del asunto– se realizará conforme a las normas procesales españolas sobre jurisdicción por razón del objeto y sobre competencia objetiva (por razón de la materia y de la cuantía) y funcional¹⁵².

59. En el plano doctrinal se ha planteado la cuestión de si la sumisión a los tribunales españoles precisaría, además de la voluntad de las partes, que *el litigio contenga algún elemento que lo vincule con el territorio español*. En mi opinión, la validez de la *prorogatio fori* no se puede condicionar a esta exigencia, totalmente ajena al fundamento de la sumisión –la autonomía de la voluntad de las partes–. La interdicción del *forum shopping* no es tampoco un argumento que pueda ser tenido en cuenta a la hora de establecer límites a la *prorogatio fori* de los tribunales españoles. ¿Con qué fundamento legal podemos indagar los motivos personales de las partes? Si la sumisión a los tribunales españoles les plantea ulteriores problemas (p.ej., la eventual denegación del reconocimiento de la resolución en otro Estado), es una cuestión que no afecta al examen de la validez de la sumisión a los tribunales españoles. El presunto límite de la vinculación del litigio con el foro no afecta a ningún interés susceptible de ser protegido directamente por nuestros tribunales, sino a eventuales intereses de los órganos jurisdiccionales de otros países. Por tanto, dejémosles a ellos la posibilidad –aunque sea *a posteriori*– de evaluar y, eventualmente, sancionar la sumisión a los tribunales españoles.

60. Para considerar válida la elección de los tribunales españoles, no es preciso que el órgano jurisdiccional español designado *compruebe que la resolución que vaya a dictar podrá ser ejecutada en España*. Los tribunales españoles pueden poseer jurisdicción en virtud de un acuerdo de sumisión y ello con independencia de las posibilidades que tenga la resolución que dicten de ser ejecutada en territorio español, en definitiva, de que el actor vea satisfecha su pretensión.

61. La admisibilidad de la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales españoles no se halla supeditada al *eventual reconocimiento en otros países de la resolución que dicten*. Y ello por la elemental razón de que en el momento de adoptar la resolución es imposible determinar en qué Estados se solicitará su reconocimiento. Lo mismo cabe afirmar cuando la materia objeto del litigio sometido a los tribunales españoles constituya para el ordenamiento del tribunal cuya jurisdicción se ha derogado una competencia exclusiva. El carácter exclusivo del foro derogado únicamente es relevante, constituyendo un auténtico límite a la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales españoles, cuando aquel se con-

¹⁵⁰ Así, E. CANO, “El régimen autónomo de competencia judicial internacional: la LOPJ”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2003 [cit. M. AGUILAR, *Lecciones DPCI*], p. 98. En contra de la eficacia del acuerdo, V. CORTÉS, *DPCI*, p. 15.

¹⁵¹ Vid. M.A. AMORES, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional”, p. 137; P. BLANCO-MORALES, *El seguro español en el Derecho internacional privado*, p. 232.

¹⁵² F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 107.

tiene en una norma de origen no interno incorporada al ordenamiento español: el Reglamento 44/2001 (art. 25) o el C. Lugano (art. 25)¹⁵³.

c) Límites específicos a la posibilidad de derogar la jurisdicción de los tribunales españoles

Cuando se plantea ante los tribunales españoles la validez de la derogación de su jurisdicción mediante un acuerdo de sumisión en favor de los órganos jurisdiccionales de otro país (*derogatio fori*), aquellos deben solventar la cuestión mediante el ordenamiento español. El problema surge cuando, a pesar del acuerdo a favor de tribunales extranjeros, una de las partes presenta demanda ante los tribunales españoles, basándose en un foro que les atribuye jurisdicción. En este caso, cuando la parte demandada alega el acuerdo de jurisdicción, el tribunal español analizará conforme a su propio ordenamiento jurídico si la *derogatio fori* es válida (admisible) o, en su caso, no lo es por haber transgredido alguno de los límites, que a continuación paso a analizar.

62. El primer límite a la admisibilidad de la derogación de la competencia internacional de los tribunales españoles mediante acuerdo entre las partes lo constituye la existencia de *foros que determinan su competencia con carácter exclusivo*¹⁵⁴. Las competencias exclusivas se contienen fundamentalmente, que no exclusivamente, en el art. 22.1 LOPJ y art. 22 Reglamento 44/2001 y C. Lugano. Ahora bien, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación de estos preceptos, los foros contenidos en la LOPJ no podrán invocarse como límite, actuando únicamente como tal los del Reglamento y del C. Lugano. La inoperancia de los criterios de atribución contenidos del art. 22.1 LOPJ para fundar la competencia judicial internacional directa de los tribunales españoles y para impedir la conclusión de acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros es consecuencia del solapamiento de foros en la LOPJ y en el Reglamento y el C. Lugano, derivado de la utilización de criterios atributivos de jurisdicción idénticos. En efecto, cuando no se cumple el criterio exigido por el art. 22 Reglamento 44/2001 y C. Lugano –p.ej., se litigue sobre la validez de una inscripción practicada en un registro público situado en un Estado no miembro–, no sólo no será aplicable dicho precepto sino tampoco el art. 22.1 LOPJ, puesto que no se cumple su supuesto normativo: que se trate de un registro español (situado en un Estado miembro). Con ello no quiere decirse que nuestros tribunales no puedan ser competentes, solo que la jurisdicción no podrá fundarse en dicho artículo sino en otros preceptos del Reglamento 44/2001 y C. Lugano o de la LOPJ¹⁵⁵.

63. No todas las competencias exclusivas de los tribunales españoles se contienen en el art. 22.1 LOPJ y en el art. 22 Reglamento 44/2001 y C. Lugano. La doctrina española considera que existen otras materias cuyo conocimiento está reservado exclusivamente a los tribunales españoles. Este es el caso, en primer lugar, de la adopción de medidas provisionales o de aseguramiento «respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España» (art. 22.5 LOPJ)¹⁵⁶. Si bien desde

¹⁵³ F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 111.

¹⁵⁴ Así, STS 11 febrero 2002 (RJ 2002/3107) –en este asunto, el litigio original se inició el año 1988, no siendo aún España parte en los Convenios de Bruselas y de Lugano–, SAT Palma de Mallorca 13 octubre 1988 (RGD, núms. 532–533, pp. 745 ss.), SAP Madrid 10 julio 2000 (AC 2000/4363). Implícitamente, STS 13 octubre 1993 (RJ 1993/7514) y SJPI Avilés 26 septiembre 1987 (REDI, 1989-1, núm. 1989-27-Pr).

¹⁵⁵ Art. 2 Reglamento y C. Lugano (domicilio del demandado en España), art. 23 Reglamento y C. Lugano (acuerdo atributivo de jurisdicción a favor de los tribunales españoles si al menos una de las partes tiene su domicilio en un Estado miembro), art. 24 Reglamento y C. Lugano (sumisión tácita de la parte demandada, siempre que el domicilio de una de las partes esté situado en un Estado miembro), art. 22.2, inciso primero, LOPJ (sumisión expresa o tácita a los tribunales españoles, siempre que las partes se hallen domiciliadas en Estados no miembros). Sobre la cuestión véase F. GARAU, *Lecciones DPCI*, pp. 46-47; *Id.*, *Los acuerdos internacionales*, NM 113.

¹⁵⁶ Sobre el tema, F. GARAU, *Lecciones DPCI*, p. 47; *Id.*, *Los acuerdos internacionales*, NM 114. El TJUE considera posible la *adopción*, mediante el Reglamento 44/2001 y el C. Lugano, de medidas previstas en el ordenamiento de un Estado miembro por parte los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, para posteriormente reconocerlas y declararlas ejecutivas en otro Estado miembro a través del procedimiento de exequátur regulado en los arts. 38 y siguientes de estas disposiciones. Para evitar que en el Estado requerido se deniegue el reconocimiento de la resolución en la que se adopta la medida cautelar, esta debe haberse adoptado en el Estado de origen a través de un procedimiento contradictorio (vid. STJUE 21 mayo 1980, *Denilauler*, 125/79, Rec. 1980, p. 1553, ap. 17) –el art. 733.1 LEC establece con carácter general la adopción de las medidas cautelares previa au-

un punto de vista teórico, y en tanto que competencia exclusiva, la adopción de medidas provisionales y cautelares se configura como un límite a la posibilidad de derogar la jurisdicción de los tribunales españoles, desde una perspectiva práctica vendrá a ser un límite inoperante, puesto que no tiene sentido que las partes acuerden la competencia internacional de los tribunales de un Estado para adoptar dicho tipo de medidas. Estas se adoptan con motivo de la existencia de un pleito presente o futuro (las medidas cautelares en prevención del art. 725 e.r. con art. 730.2 LEC), cuyo objeto sí puede ser objeto de un acuerdo de jurisdicción.

Igualmente se ha venido considerando que los procesos cuyo objeto es la determinación a título principal de la nacionalidad configuran una competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del país cuya nacionalidad se discute. De este modo, los tribunales españoles tendrán competencia judicial internacional exclusiva para entender de aquellos pleitos que tengan por objeto la atribución de la nacionalidad española¹⁵⁷, no siendo posible excluir la jurisdicción de los tribunales españoles mediante acuerdo entre las partes.

64. Además de las competencias exclusivas de los tribunales españoles, se ha afirmado que los *litigios sobre contratos de consumidores*, materia de competencia no exclusiva, también constituirían un límite a la derogación de la jurisdicción de nuestros tribunales. En otros casos, y aún siendo en principio admisible la *derogatio*, también se ha afirmado que si una de las partes planteara demanda ante los tribunales españoles, estos no podrían declinar su jurisdicción en favor de los tribunales acordados por las partes. Ello sucedería con las cuestiones relativas a la materia matrimonial y a los alimentos¹⁵⁸.

Por lo que respecta a estas cuestiones respecto de las cuales es posible concluir acuerdos derogando la jurisdicción de los tribunales españoles pero que no sería admisible que estos declinasen su jurisdicción, cabe afirmar que si las partes han convenido la competencia internacional de tribunales extranjeros para conocer del litigio, no es comprensible que los tribunales españoles examinen la validez del acuerdo de derogación concluyendo su admisibilidad, pero no declinen su competencia internacional a favor de la jurisdicción acordada. En relación con la inadmisión de la derogación en materia de contratos de consumidores, cabe afirmar, en primer lugar, la escasa relevancia actual de los foros de la LOPJ, al verse desplazados en la mayoría de casos por los contenidos en el Reglamento 44/2001 y en el C.Lugano. En segundo lugar, es obvio que los foros no pueden satisfacer todos los intereses existentes en una relación jurídica, siendo fundamental el correcto emplazamiento de todas las partes, con el objeto de que puedan optar por comparecer o no e impugnar la jurisdicción si así lo consideran oportuno. Otra cuestión a tener en cuenta es establecer una regulación adecuada de las condiciones de admisibilidad de los acuerdos de jurisdicción en materia de contratos de consumidores, de manera que se proteja convenientemente a la parte jurídicamente débil, exigiéndose, p. ej., que los pactos sean posteriores al nacimiento del litigio.

65. Mención aparte merece el tema de la sumisión expresa en litigios relacionados con la *material concursal*. En estos casos, la admisión de la derogación de la competencia de los tribunales españoles depende del objeto del litigio. Así, si este gira en torno a una cuestión estrechamente vinculada con el procedimiento de insolvencia –p.ej. una tercería de dominio sobre un bien integrado en la masa de la quiebra (entendiendo que se solicita el levantamiento del embargo judicial y la separación del derecho del actor respecto de la masa), la admisibilidad o el rango de un crédito–, operaría la *vis attractiva concursus*, no siendo válido el acuerdo de jurisdicción¹⁵⁹. Son acciones derivadas directamente del Derecho concursal y estrechamente relacionadas con un procedimiento de insolvencia.

diciencia del demandado–. En estos casos, *la ejecución* de la medida cautelar, adoptada por un órgano jurisdiccional extranjero, corresponde a los tribunales españoles.

¹⁵⁷ Véase M.A. AMORES, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional”, p. 127; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La competencia judicial internacional de los juzgados y tribunales españoles”, p. 337.

¹⁵⁸ Vid. M.A. AMORES, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional”, pp. 147 a 149. En relación con los contratos de consumidores, se alega que podría frustrarse la consecución de otros valores materiales al que el ordenamiento español intenta dar satisfacción: evitar que la parte débil se vea obligada a litigar en un país distinto al de su domicilio, o que pudiera obtener una resolución que nunca podría ser reconocida en el Estado del domicilio de la parte jurídicamente fuerte por haberse dictado allí una resolución anterior con la que entraría en contradicción (p. 147 e.r. con p. 143).

¹⁵⁹ Sin resolver la cuestión, SAP Valencia 6 febrero 2002 (*JUR* 2002/113160) y SJPI Ontinyent 5 marzo 2001 (*REDI*, 2003-1, núm. 2003-11-Pr).

Ahora bien, cuando el proceso tenga por objeto aspectos distintos del Derecho concursal, aunque se vean afectados por la apertura de un procedimiento de insolvencia –p.ej., la existencia o validez de un contrato–, cabría atender al pacto de sumisión. Con carácter general, en este último supuesto se incluirían aquellas acciones que el deudor pudiera ejercitar aunque no se hubiera abierto el procedimiento de insolvencia¹⁶⁰.

66. En relación con la *derogatio fori* de los tribunales españoles, la jurisprudencia ha echado mano de la figura del *abuso de Derecho*. Así, emplazado el demandado ante los tribunales españoles por hallarse domiciliado en territorio español –foro del art. 22.2, último inciso, LOPJ– y alegando aquel la falta de competencia internacional por existir entre las partes un acuerdo previo en favor de los tribunales de otro país, cierta jurisprudencia ha negado validez a la derogación tras analizar las eventuales razones que le asisten para oponerse a la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles. En estos casos, la falta de validez del acuerdo se basaría en un doble argumento: por un lado, en un eventual abuso de Derecho del demandado (art. 11.2 LOPJ), que pretendería de este modo dilatar el proceso; de otro, en que la «renuncia» del demandante al foro acordado no es contraria al orden público ni perjudica a terceros (arts. 6.2 y 7 Cc)¹⁶¹.

El abuso de Derecho precisa de la concurrencia de los siguientes elementos: *actuación del abutente* consistente en el ejercicio de un derecho externamente legal; *forma de actuación* en la que se sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho; *actuación abusiva* desde el punto de vista subjetivo u objetivo (intención del autor, objeto y circunstancias en las que se realiza la actuación); la actuación abusiva debe tener como *resultado un daño para un tercero*¹⁶². ¿Concurren todos y cada uno de estos elementos en la invocación por la parte demandada domiciliada en España de la cláusula atributiva de jurisdicción en favor de tribunales extranjeros? En mi opinión, podrían concurrir el primer y último elemento: el demandado utiliza su derecho a ser demandado ante los tribunales previamente acordados con la contraparte y ello produce un daño al tercero demandante que debe presentar su demanda ante tribunales extranjeros. Sin embargo, los requisitos segundo y tercero son de difícil apreciación y la simple presentación por el demandado de la declinatoria internacional no prueba por sí misma una actuación subjetiva y objetivamente abusiva que sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho¹⁶³. Por ello, no me parezca correcto que la sola invocación por la parte demandada de la declinatoria internacional pueda interpretarse sin más como un abuso de Derecho, puesto que equivaldría a negar toda validez a este tipo de cláusulas por el único motivo de que la parte demandada tuviera su domicilio en España y fuera emplazada ante tribunales españoles. El abuso de Derecho exige también la concurrencia de otros requisitos, por lo que en cada caso deberá deducirse de las circunstancias concurrentes si la parte demandada al plantear la declinatoria internacional ha sobrepasado manifiestamente los límites normales de su derecho a hacerlo y si su actuación es objetiva y subjetivamente abusiva¹⁶⁴.

67. Existe una relación manifiesta entre los acuerdos atributivos de jurisdicción y la ley aplicable al fondo del asunto, en el sentido de que las partes pueden decidir indirectamente sobre la ley que regirá la relación jurídica mediante la designación del tribunal competente. En la medida en que no exista una

¹⁶⁰ Sobre las acciones incluidas y excluidas en el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, M. VIRGÓS, E. SCHMIT, “Informe sobre el Convenio de Bruselas relativo a los procedimientos de insolvencia, de 23 de noviembre de 1995”, en *Derecho Procesal Civil Europeo*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 440 ss., NM 196.

¹⁶¹ Vid. SSAP Barcelona 15 febrero 1994 (RGD, núms. 598–599, pp. 8588 ss.) y 12 abril 1994 (RGD, núms. 601–602, pp. 11447 ss.), SAP Málaga 21 mayo 1994 (RGD, núms. 610–611, pp. 9420 ss.), SAP Barcelona 5 octubre 1998 (AC 1998/8973), SAP Gerona 13 junio 2000 (AEDIPr, 2002, núm. 2002/130), SAP Badajoz 23 marzo 2001 (AC 2001/2243), SAP Vizcaya 15 marzo 2002 (JUR 2002/140082), SAP Barcelona 30 julio 2002 (AC 2002/1673). En ocasiones se niega validez a la cláusula por estar el demandado domiciliado en España y ser emplazado ante los tribunales españoles: STS 20 julio 1992 (RJ 1992/6440), STS 10 noviembre 1993 (RJ 1993/8980). Una variante del abuso del Derecho es reconocer a la parte perjudicada el derecho a ser indemnizado por haber sido emplazado “culposamente y de mala fe” ante tribunales diferentes de los acordados en el pacto de sumisión: STS 12 enero 2009 (RJ 2009/544); sobre este tema véase M. REQUEJO, “Violación de acuerdos de elección de foro y derecho a indemnización: Estado de la cuestión”, REEI, 17 (2009).

¹⁶² J.L. LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil. I Parte General. Volumen tercero (Derecho Subjetivo. Negocio jurídico)*, 2ª edic., Madrid, Dykinson, 2000, pp. 112 ss.

¹⁶³ Igualmente, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota a la sentencia AP de Vizcaya de 15.3.2002”, REDI, 2003-1, p. 383.

¹⁶⁴ Sobre otros argumentos utilizados por la jurisprudencia, y su crítica, F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 118.

unificación de las normas de conflicto, la designación del tribunal competente permite que la ley aplicable pueda variar en función de los órganos jurisdiccionales designados, que aplicarán su propio sistema conflictual. De este modo, surge la cuestión de si se debe limitar la facultad de derogar la jurisdicción de los tribunales españoles cuando las partes utilicen el acuerdo con la pretendida finalidad de eludir normas imperativas de nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, las normas de carácter imperativo se autoprotegen en el foro mediante normas de conflicto unilaterales –de ahí su imperatividad–¹⁶⁵. Su aplicación se hace depender de la concurrencia de las circunstancias exigidas, no dependiendo de la voluntad de las partes. Cuando la imperatividad se refiera a normativa española del ámbito del Derecho público, su aplicación conduce a la competencia exclusiva de los tribunales españoles a través del criterio del *forum legis*, contenido en los arts. 24 y 25.2º y 3º LOPJ –en materia de contrato de trabajo (y siempre que sea aplicable el art. 25.1) no es posible prorrogar ni derogar la jurisdicción de los tribunales españoles–. Cuando se trate de relaciones pertenecientes al ámbito del Derecho privado, las normas imperativas con incidencia en ellas quedan igualmente protegidas en el foro. En este sentido, el *Reglamento (CE) n° 593/ 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)* prevé en su art. 3.3 la aplicación de las normas del país en el que se localicen los elementos pertinentes de la situación y cuya aplicación no puede excluirse mediante acuerdo. Desde otra perspectiva, esta disposición se complementa con el art. 9.2, que establece la aplicación en el foro de sus propias leyes de policía, y con el art. 9.3, que permite «dar efecto» a las leyes de policía del país en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal¹⁶⁶.

68. Al igual que en la *prorogatio fori*, los acuerdos atributivos de jurisdicción por los que se deroga la jurisdicción de los tribunales españoles no precisan de la existencia de una *vinculación de alguno de los elementos del litigio* con el Estado al que pertenecen los órganos jurisdiccionales en favor de los que se ha realizado la sumisión¹⁶⁷.

69. Del mismo modo, la admisibilidad de la *derogatio fori* de los tribunales españoles no se ve condicionada a un *eventual reconocimiento en España de la resolución* que dicten los tribunales extranjeros a los que las partes se han sometido. La admisión de un límite de tal naturaleza supondría la aplicación a un foro de competencia judicial internacional directa –que establece la jurisdicción de los tribunales de un Estado para conocer de un litigio– los mecanismos de la competencia indirecta –el examen desde la perspectiva del Estado requerido de la competencia del juez de origen a efectos del reconocimiento de la resolución–. Además, es imposible saber con certeza en el momento de analizar la admisibilidad del acuerdo de sumisión si la eventual resolución que dictará el *forum prorogatum* podrá ser ejecutada en España, planteándose un problema de inseguridad jurídica en el ámbito del tráfico comercial. La posibilidad de que las partes condicionen, expresa o tácitamente, la derogación de la jurisdicción de los tribunales españoles a que la resolución que dicte el *forum prorogatum* pueda ser posteriormente reconocida y declarada ejecutiva en España topa, en mi opinión, con idéntica indeterminación: en el momento del reconocimiento, la resolución ya ha sido dictada, lo que supone haber admitido la *derogatio fori* de los tribunales españoles.

3. Existencia y validez de fondo de los acuerdos de jurisdicción

70. Para que un contrato exista –se haya perfeccionado– es necesario, entre otros requisitos, que las partes hayan prestado efectivamente su consentimiento. Además, para que sea válido en cuanto al

¹⁶⁵ Pej., el art. 3 de la Ley 24/1988 del mercado de valores establece que dicha ley se aplicará «a todos los valores cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en el territorio nacional».

¹⁶⁶ Según el art. 9.1 del Reglamento Roma I, «una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento». Esta definición está tomada de la acuñada en el ámbito de las relaciones laborales por la STJUE 23 noviembre 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/99, *Rec.* 1999, p. 8453, ap. 30.

¹⁶⁷ Así, AAP Tarragona 30 mayo 2007 (*JUR* 2007/303000). En contra, SAP Zaragoza 3 abril 2001 (*JUR* 2001/171413).

fondo precisa que la voluntad contractual no se haya formado defectuosamente por la concurrencia de algún vicio del consentimiento. Hablar de la existencia y validez de fondo de los convenios atributivos de jurisdicción es hablar de los aspectos civiles del acuerdo. En DIPr., tanto la existencia como la validez de fondo de todo contrato forman parte del denominado estatuto contractual o ámbito de la ley rectora del contrato¹⁶⁸.

A) Ley aplicable a la existencia y validez de fondo

Un convenio atributivo de jurisdicción puede formar parte de un contrato, insertándose en él como una cláusula más, o también constituir un contrato independiente cuyo objeto es el propio acuerdo de sumisión. Desde la óptica del DPCI, la existencia y la validez de fondo del acuerdo pueden quedar sometidas a la ley que rige el contrato principal o, si se trata de un contrato autónomo, al ordenamiento designado por la norma de conflicto del foro aplicable a las obligaciones contractuales¹⁶⁹.

a) Los acuerdos de jurisdicción incluidos en contratos

71. En el ámbito de las obligaciones internacionales es frecuente incluir en un contrato una cláusula en la que las partes acuerdan someter las diferencias derivadas de él a los tribunales de un determinado Estado, o a un concreto órgano jurisdiccional de un país. En la medida que forma parte de otro contrato, la doctrina internacionalista mayoritaria ha entendido que la existencia y validez material deberán ser resueltas por el mismo ordenamiento jurídico que rige el contrato principal, quedando así sometidas al denominado estatuto contractual¹⁷⁰. En mi opinión, la cláusula que contiene el acuerdo de sumisión es independiente del contrato principal en el que se contiene –su objeto y finalidad son distintos–, por lo que las cuestiones relacionadas con su existencia y validez no deben regirse necesariamente por la ley aplicable al contrato principal¹⁷¹. Entonces es necesario determinar el ordenamiento jurídico por el que se regirán. Al representar dicha cláusula un acuerdo de voluntades (una obligación), parece lógico que el ordenamiento aplicable a su existencia y validez de fondo sea el que designe la norma de conflicto española prevista para designar la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Esto, que a primera vista no plantea mayores dificultades, debe ser precisado debido al ámbito *ratione materiae* de la norma española de origen no interno que rige esta materia.

El ordenamiento aplicable a las obligaciones contractuales se determina en España a través del *Reglamento (CE) núm. 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, que tiene un ámbito de aplicación universal, esto es, que la ley designada por sus normas de conflicto se aplicará aun cuando sea la ley de un Estado no miembro de la UE (art. 2). El Reglamento Roma I excluye expresamente de su ámbito material de aplicación «los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente» (art. 1.2.e). Entonces, si no se aplica el Reglamento Roma I, debemos buscar la norma de conflicto a través de la que podrá determinarse la ley aplicable a la existencia y validez de fondo del acuerdo. Como quiera que el

¹⁶⁸ M. VIRGÓS, “Obligaciones contractuales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed. revisada, Madrid, La Ley, 1995, pp. 188 ss. La STS 19 noviembre 1990 confunde las cuestiones de *admisibilidad* con las de *validez de fondo*, sometiendo las primeras a la ley rectora de las segundas (REDI, 1991-1, núm. 1991-7-Pr).

¹⁶⁹ INFORME SCHLOSSER, p. 232, INFORME AL CONVENIO DE LUGANO DE 1988 [INFORME JENARD/MÖLLER], DOUE C 189 de 28 julio 1990, p. 76.

¹⁷⁰ Vid. P. BLANCO-MORALES, *El seguro español en el Derecho internacional privado*, p. 230; R. HAUSMANN, “Gerichtsstandsvereinbarungen”, NM 2216 y 2222; J. KROPHOLLER, “Internationale Zuständigkeit”, NM 482; D. MARTINY, “vor Artikel 27”, NM 74. Indirectamente, M. VIRGÓS, “Obligaciones contractuales”, 6ª ed., p. 146. De forma implícita SAP Alicante 4 octubre 1995 (REDI, 1996-2, núm. 1996-41-Pr).

¹⁷¹ La finalidad del contrato es resolver un conflicto de intereses y el acuerdo representa el interés único de las partes en someter la controversia al que consideran el órgano jurisdiccional más adecuado. Vid. T. ASCARELLI, “Nullità del contratto e ‘prorogatio fori’”, en *Studi in tema di contratti*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 346; M. PELÁEZ DEL ROSAL, *La competencia territorial*, p. 180. A favor de la independencia de la *lex contractus*, AJMer. Barcelona 11 octubre 2005 (JUR 2007/388553). En relación con el Reglamento 44/2001, el TJUE ha declarado que «la cláusula atributiva de competencia, que responde a una finalidad procesal, se rige por lo dispuesto en el Convenio, cuyo objetivo es establecer reglas uniformes de competencia judicial internacional. En cambio, las estipulaciones materiales del contrato principal en el que se incluye la cláusula, así como cualquier controversia sobre la validez de éste, se rigen por la *lex causae*, que se determina según el Derecho internacional privado del Estado del foro» (STJUE 3 julio 1997, *Benincasa*, C-269/95, Rec. 1997, p. 3767, ap. 25).

sistema español de DIPr. no contiene una norma de conflicto específica para los acuerdos de jurisdicción, deberá acudir a la norma de conflicto de origen interno aplicable con carácter genérico a las obligaciones contractuales, esto es, el art. 10.5 Cc. Si bien este precepto está desplazado con carácter general por el Reglamento Roma I, puede continuar aplicándose a aquellas obligaciones contractuales excluidas del ámbito de la norma comunitaria, como es el caso de los acuerdos atributivos de jurisdicción. De este modo, la existencia y la validez de fondo del convenio atributivo de jurisdicción contenido en un contrato se determinarán de conformidad con la ley designada por el art. 10.5 Cc y que sería aplicable de haberse celebrado válidamente el acuerdo de sumisión (*lex hypothetici contractus*)¹⁷².

72. Cuestión distinta, e íntimamente relacionada con esta, es si el tribunal designado por las partes en el acuerdo es competente para conocer de la acción mediante la que se solicita la nulidad del contrato en el que se inserta la cláusula atributiva de jurisdicción. Debemos partir de la idea de que una cuestión es la cláusula atributiva de competencia y otra diferente las estipulaciones materiales del contrato en el que se contiene, constituyendo negocios jurídicos independientes, con objetos y finalidades distintos. Si mediante los acuerdos de jurisdicción se da relevancia a la voluntad de las partes para designar de forma clara y precisa el órgano jurisdiccional ante los que dirimir sus diferencias, no parece lógico que pueda reconocerse a una de ellas la posibilidad de alterar lo acordado mediante el mecanismo de alegar la nulidad de todo el contrato basada en motivos contenidos en la *lex contractus*. Por esta razón y a estos efectos, la cláusula de competencia debe considerarse válida, conociendo entonces del litigio sobre la eventual validez del contrato el órgano jurisdiccional acordado por las partes¹⁷³.

b) Los acuerdos de jurisdicción como objeto de un contrato

73. A la misma solución conflictual llegamos cuando el acuerdo constituya el objeto de un contrato independiente. Al no serle de aplicación el Reglamento Roma I y dado que en el DIPr. español no existe una norma de conflicto específica para los convenios atributivos de jurisdicción, el ordenamiento jurídico aplicable a la determinación de la existencia y validez de fondo del contrato en el que se conviene la sumisión a los órganos jurisdiccionales de un Estado se designará de acuerdo con el art. 10.5 Cc.

B) Ámbito de la ley aplicable a la existencia y validez de fondo

74. El ordenamiento jurídico que, en virtud del art. 10.5 Cc, resulte aplicable a la existencia y validez de fondo del acuerdo de jurisdicción regirá todas aquellas cuestiones relacionadas con ambos aspectos. De este modo, la incidencia de *vicios del consentimiento* y sus consecuencias jurídicas, así como su *nulidad* por contravención del ordenamiento jurídico o de la moral se resolverán conforme al ordenamiento jurídico designado por el art. 10.5 Cc¹⁷⁴.

No contempla el art. 10.5 Cc ninguna solución específica para determinar el valor del silencio de una de las partes ante una determinada oferta o ante la recepción de documentos que la contraparte le ha enviado y referidos a la conclusión de un acuerdo atributivo de jurisdicción. En principio, el silencio debería interpretarse conforme al ordenamiento aplicable a la existencia y validez del acuerdo de jurisdicción. Ahora bien, en ocasiones puede parecer desproporcionado atribuir efectos positivos al silencio conforme a la ley del acuerdo, cuando el ordenamiento jurídico del país en el que la parte que lo realiza tiene su centro de vida u operaciones no le atribuye consecuencia jurídica alguna. Por ello, el valor negativo del silencio en un acuerdo de sumisión entiendo que podría determinarse por el ordenamiento del país de la residencia habitual de la parte que ha guardado silencio, siempre que las circunstancias concurrentes en el caso hagan aconsejable la no aplicación de la ley que rige la existencia y validez del acuerdo. Sería esta una solución análoga a la prevista en el art. 10.2 del Reglamento Roma I¹⁷⁵.

¹⁷² F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 123. Vid. SAP Madrid 10 julio 2000 (AC 2000/4363). Sin resolver específicamente la cuestión STS 10 julio 1990 (RJ 1990/5792).

¹⁷³ En relación con el art. 23 Reglamento 44/2001, STJUE 3 julio 1997, *Benincasa*, C-269/95, *Rec.* 1997, p. 3767, aps. 21 ss.

¹⁷⁴ F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 126, M. VIRGÓS, "Obligaciones contractuales", 4ª ed., p. 245.

¹⁷⁵ Vid. F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 127.

Si una cláusula atributiva de jurisdicción se contiene en una condición general de un contrato, la determinación de si la parte jurídicamente débil ha prestado su consentimiento al acuerdo de sumisión será una cuestión que se regirá por la ley aplicable a la existencia y validez del acuerdo, designada por el art. 10.5 Cc¹⁷⁶. Como quiera que el art. 10.5 Cc tampoco regula específicamente este aspecto, creo que la parte a la que se le ha impuesto la condición general podrá alegar que no ha prestado su consentimiento si así se prevé en la ley del país de su residencia habitual, siempre que de las circunstancias del caso se desprenda que no sería razonable que a dicha parte se le aplicase la ley que rige la existencia y validez del acuerdo de sumisión. Puede parecer desproporcionado atribuir efectos jurídicos a dicha cláusula conforme a la ley del acuerdo cuando el ordenamiento jurídico del país en el que la parte tiene su centro de vida u operaciones no la considera vinculante¹⁷⁷.

4. La forma de los acuerdos de jurisdicción

75. La forma de los acuerdos atributivos de jurisdicción es una cuestión de admisibilidad procesal y no de perfeccionamiento material¹⁷⁸, lo que en el ámbito del DPCI tiene como consecuencia que la forma se rija por la *lex fori* –quien estime que la forma es un problema de existencia material del acuerdo, deberá concluir que aquella se regirá por la norma de conflicto del foro relativa a la forma.

Las normas procesales españolas no regulan específicamente las formalidades de los acuerdos atributivos de jurisdicción. Sin embargo, de los arts. 55 y 57 LEC cabe deducir que el acuerdo debe ser *expreso* y haberse formalizado *por escrito*, siendo suficiente con que figurase en una cláusula contractual o que constituyera un contrato independiente. En todo caso, y según la jurisprudencia, el acuerdo debe reunir las características de «claridad, precisión, bilateralidad y consentimiento expreso de las partes»¹⁷⁹. Estamos ante un incumplimiento de estas exigencias si la cláusula de sumisión se halla impresa en albaranes de entrega de la mercancía en el que figura una firma que no consta si corresponde al comprador o a quien recibió la mercancía¹⁸⁰; o cuando figura incorporada en letra pequeña en el encabezamiento de una factura que sirve también de albarán de entrega de la mercancía, sin que conste ni pueda siquiera presumirse que fue negociada por las partes¹⁸¹; o si figura en letra muy pequeña en partes de trabajo firmados por un empleado, sin que aparezca en el documento contractual previo a los trabajos¹⁸². Cuando hayan existido negociaciones verbales previas, basta que las partes confirmen posteriormente por escrito su acuerdo. Ahora bien, la sumisión debe aparecer firmada por los interesados¹⁸³. Cuestión vinculada con la forma escrita es el *idioma*. Nada impide que el acuerdo de competencia se halle redactado en un idioma extranjero. Ahora bien, cuando deba ser alegado ante los órganos jurisdiccionales españoles debe ser convenientemente traducido a una de las lenguas oficiales del Estado español (art. 144 LEC e.r. con art. 231.4 LOPJ)¹⁸⁴.

La parquedad de la regulación procesal española de origen interno no permite admitir sin más la validez de acuerdos celebrados conforme a hábitos comerciales establecidos entre las partes o conforme a usos admitidos en el comercio internacional. Ahora bien, la vía prevista en el Reglamento 44/2001 y en el C. Lugano –normas que regirán fundamentalmente este tipo de acuerdos– permiten defender la extensión de sus soluciones también a la regulación de origen interno.

¹⁷⁶ Otra cuestión es la posibilidad de convenir una cláusula de sumisión a través de la condición general de un contrato, problema que deberá resolver la *lex fori* en calidad de ley aplicable a la admisibilidad del acuerdo.

¹⁷⁷ Vid. F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 128.

¹⁷⁸ Así, P. BLANCO-MORALES, *El seguro español en el Derecho internacional privado*, p. 230; F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 129; J. KROPHOLLER, “Internationale Zuständigkeit”, NM 480; D. MARTINY, “Vof Artikel 27”, NM 78.

¹⁷⁹ STS 20 septiembre 1996 (*RJ* 1996/6728). No es necesaria la utilización de «fórmulas sacramentales», rechazadas reiteradamente por el TS en relación con los convenios arbitrales: SSTS 1 junio 1999 (*RJ* 1999/4284), 13 julio 2001 (*RJ* 2001/5222), 18 marzo 2002 (*RJ* 2002/2847) y 9 mayo 2003 (*RJ* 2003/3893).

¹⁸⁰ SSTS 20 septiembre 1996 (*RJ* 1996/6728) y 24 abril 1998 (*RJ* 1998/2989), SAP Pontevedra 6 marzo 2002 (*JUR* 2002/150354).

¹⁸¹ STS 21 febrero 1997 (*RJ* 1997/1157).

¹⁸² STS 23 mayo 2001 (*RJ* 2001/3374).

¹⁸³ STS 10 noviembre 1993 (*RJ* 1993/8980), SJPI Madrid 15 noviembre 1993 (*REDI*, 1994-2, núm. 1994-87-Pr), STS 23 mayo 2001 (*RJ* 2001/3374).

¹⁸⁴ SAP Santander 9 junio 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/116).

5. Efectos procesales de los acuerdos de jurisdicción

A) Ley aplicable

76. Como el propio enunciado indica, los efectos *procesales* que despliegan los acuerdos atributivos de jurisdicción es una cuestión de naturaleza estrictamente procesal, por lo que aquellos se regirán por la *lex fori*. De este modo, cuando se invoque el acuerdo ante órganos jurisdiccionales españoles, será el ordenamiento español el que determinará qué efectos procesales despliega.

B) Carácter exclusivo del *forum prorogatum*

77. Determinar si el órgano jurisdiccional designado por las partes en el acuerdo posee carácter exclusivo o no es una cuestión que se rige por el contenido del propio acuerdo. La voluntad de las partes es el primer dato a tener en cuenta para determinar si quisieron prorrogar la jurisdicción a favor de un único foro, excluyendo la competencia de cualquier otro órgano jurisdiccional, o si convinieron un foro concurrente con otros. A falta de pronunciamiento expreso de las partes en el acuerdo, el ordenamiento español no contiene presunción alguna ni a favor de la exclusividad ni a favor del carácter concurrente del *forum prorogatum*. En mi opinión, debe estarse a la voluntad de las partes, a lo que éstas quisieron establecer, para lo cual pueden hallarse *indicios* de sus deseos o intenciones en el texto del acuerdo de jurisdicción. De este modo, si el acuerdo contiene tanto la designación de los tribunales españoles como la renuncia a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, podría interpretarse que las partes quisieron otorgar una competencia exclusiva a los tribunales españoles; si las partes designan de forma muy general los tribunales de un Estado (p.ej., los tribunales del domicilio del demandado), puede entenderse como una indicación de que se quiso acordar un foro concurrente¹⁸⁵.

C) Efectos frente a terceros

78. Con carácter general, la jurisprudencia ha entendido que una cláusula de sumisión a unos tribunales contenida en un contrato obliga únicamente a quienes son parte en él¹⁸⁶. De este modo, ha declarado que un acuerdo de jurisdicción contenido en un contrato de fletamento obliga a fletador y a armador, pero no al receptor de la mercancía, que no queda vinculado por lo dispuesto en aquella¹⁸⁷. Sin embargo, si se contiene en un conocimiento de embarque, quien se subroga en la posición del receptor de la mercancía también queda obligado por la cláusula de sumisión expresa contenida en aquel¹⁸⁸. Por el contrario, no obligaría a la parte vendedora de la mercancía cuando ésta no ha suscrito el conocimiento de embarque¹⁸⁹. En el caso de subrogación contractual, la cláusula que contiene el acuerdo de jurisdicción obliga igualmente a quien ha sucedido al primitivo contratante¹⁹⁰.

¹⁸⁵ En la doctrina y jurisprudencia alemanas se consideran indicios a favor de la exclusividad del foro prorrogado el que una de las partes sea una empresa pública, el que junto al acuerdo de sumisión las partes acuerden el ordenamiento aplicable, o el que en la cláusula se establezca que «será competente para todos los litigios...»; en contra del carácter exclusivo podría entenderse la imposibilidad de reconocer en el foro la resolución dictada por el tribunal designado, o la cláusula «será tribunal competente el del país del demandante». Vid. R. HAUSMANN, “Gerichtsstandsvereinbarungen”, NM 2273–2275; J. KROPHOLLER, “Internationale Zuständigkeit”, NM 585.

¹⁸⁶ STS 18 junio 1990 (RJ 1990/4764).

¹⁸⁷ SAP Tarragona 30 noviembre 1996 (RGD, 1997, núm. 636, pp. 11797 ss.), SAP Tarragona 20 mayo 1998 (AC 1998/5711). En relación con la cláusula de sumisión a arbitraje contenida en una póliza de fletamento, SAP Valencia 21 mayo 1998 (AC 1998/1093).

¹⁸⁸ SAP Castellón 26 mayo 1997 (AC 1997/1343), AAP Cantabria 24 noviembre 1999 (AEDIPr., 2001, núm. 2001/113), SAP Santander 9 junio 2000 (AEDIPr., 2002, núm. 2002/116). En relación con las compañías aseguradoras en los contratos de transporte internacional, SAP Barcelona 15 febrero 1994 (RGD, núms. 598-599, pp. 8588 ss.), SAP Barcelona 19 mayo 2000 (JUR 2000/223375), AAP Cádiz 10 septiembre 2001 (JUR 2001/313581), SAP Vizcaya 15 marzo 2002 (JUR 2002/140082), SAP Vizcaya 16 abril 2002 (JUR 2002/176788), SAP Valencia 27 enero 2003 (JUR 2003/115264), SAP Valencia 16 febrero 2004 (JUR 2004/163931), SSAP Barcelona 2 junio 2004 (AC 2004/1099) y 15 septiembre 2004 (JUR 2004/292863), STS 29 septiembre 2005 (RJ 2005/7156), AAP Las Palmas 13 enero 2006 (AC 2006/435). En contra, SAP Vizcaya 28 noviembre 2003 (JUR 2004/36787).

¹⁸⁹ SAP Valencia 15 abril 1998 (AEDIPr., 2000, núm. 2000/47).

¹⁹⁰ SAP Santa Cruz de Tenerife 10 septiembre 2001 (AC 2002/356).

D) La sumisión tácita

79. Una vez las partes han concluido un acuerdo de jurisdicción a favor de los tribunales de un Estado, ¿pueden modificar la competencia internacional mediante el expediente de la *sumisión tácita*? Esta es una cuestión que se resuelve por las normas procesales de la *lex fori*. Este ordenamiento jurídico determina no sólo si ello es posible sino también, en caso afirmativo, las condiciones y efectos.

Cuando la *lex fori* sea el ordenamiento español, y ante la falta de regulación específica en la normativa de origen interno, se utilizarán los criterios por los que se rige la sumisión expresa y tácita en el ámbito de la competencia territorial. De este modo, es posible modificar a través del mecanismo de la sumisión tácita la jurisdicción previamente convenida mediante un acuerdo de sumisión, pues ambas son manifestación de la voluntad de las partes a la hora de elegir un órgano jurisdiccional ante el que plantear sus desavenencias¹⁹¹. Por lo que respecta a las condiciones, se producirá la sumisión tácita de las partes cuando el demandante interponga la demanda ante un determinado órgano jurisdiccional español y el demandado, tras personarse, realice «cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria» o cuando, habiendo sido emplazado convenientemente, comparezca una vez precluida la facultad de proponer la declinatoria (art. 56.2 LEC). No creo que en el ámbito de la competencia judicial internacional pueda considerarse que existe sumisión tácita a los tribunales españoles cuando el demandado ha sido emplazado convenientemente y no comparece (art. 56.2, segundo inciso). Esta disposición, que puede tener sentido en el ámbito de la competencia territorial para evitar dilaciones innecesarias, carece de sentido en la competencia internacional. Así, mientras en la primera nos hallamos ante un proceso en el que se presupone la competencia internacional de los tribunales españoles pero en el que existen dudas sobre el órgano territorialmente competente, en la segunda se está resolviendo la activación o no de la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer del asunto. Además, el demandado puede no comparecer, a pesar de haber sido emplazado correctamente, porque considera que los tribunales españoles no son internacionalmente competentes, por considerar válido el acuerdo en favor de los tribunales de otro país¹⁹². No existirá sumisión tácita a los tribunales españoles cuando la parte demandada, después de personarse e impugnar la jurisdicción de los tribunales españoles, conteste con carácter alternativo a las cuestiones de fondo¹⁹³. Parece, por tanto, indiferente que las partes anteriormente se hubieran sometido de manera expresa a los órganos jurisdiccionales de otro Estado; de haberse sometido expresamente a un concreto órgano jurisdiccional español distinto de aquél en cuyo favor se ha producido la sumisión tácita, se trataría de una cuestión de determinación de la competencia territorial, no viéndose afectada la competencia internacional.

Mediante la sumisión tácita, las partes pueden acordar la competencia internacional de los tribunales españoles en ámbitos a los que les está vedada la sumisión expresa, como por ejemplo en litigios relativos a contratos de consumidores. El art. 54.2 LEC excluye únicamente de este tipo de contratos los acuerdos de sumisión expresa, protegiéndose de este modo a la parte jurídicamente débil frente a los pactos anteriores al litigio, respecto de los que se halla en una posición de inferioridad frente a la contraparte jurídicamente fuerte para su negociación¹⁹⁴. Esta idea de protección a la parte débil con anterioridad al litigio se recoge en el Reglamento 44/2001 y en el C. Lugano, cuando en los arts. 13.1, 17.1 y 21.1 se permiten los acuerdos atributivos de competencia en relaciones jurídicas con una parte débil (contratos de seguros, de consumidores y de trabajo) siempre que sean posteriores al nacimiento del litigio.

¹⁹¹ Así A. DE LA OLIVA, “La competencia territorial, la declinatoria y el reparto”, en DE LA OLIVA, *DP*, Proc. Declaración, § 27, NM 16; E. CANO, “El régimen autónomo de competencia judicial internacional: la LOPJ”, en M. AGUILAR, *Lecciones DP*, p. 98. Véase STS 20 julio 1988 (*RJ* 1988/5996), SAP Alicante 4 octubre 1995 (*REDI*, 1996-2, núm. 1996-41-Pr), SAP Barcelona 12 mayo 2000 (*JUR* 2000/222483), SAP Bilbao 26 septiembre 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/163), SAP Pontevedra 12 mayo 2003 (*JUR* 2003/229121).

¹⁹² El art. 26.1 del Reglamento 44/2001 impone la cautela en estos casos, obligando al tribunal a examinar de oficio su competencia internacional cuando el demandado no esté domiciliado en el Estado del tribunal ante el que ha sido emplazado. No me parece conveniente privar al demandado a través de la normativa de origen interno de la ventaja que se le otorga de liberarle de la obligación de comparecer para denunciar la falta de competencia internacional (véase *supra* NM 35).

¹⁹³ SAP Madrid 20 enero 1998 (*AEDIPr.*, 2000, núm. 2000/42), SAP Madrid 4 noviembre 1999 (*AEDIPr.*, 2001, núm. 2001/126), SAP Málaga 21 mayo 1994, en *obiter dicta* (*RGD*, núms. 610-611, pp. 9420 ss.).

¹⁹⁴ Vid. A. DE LA OLIVA, “La competencia territorial, la declinatoria y el reparto”, NM. 15, quien admite también la sumisión tácita para los contratos de adhesión y para los contratos que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes.