

EXTENSIÓN AL CONSIGNATARIO DE LOS EFECTOS  
DE UNA CLÁUSULA DE ELECCIÓN DE FORO PREVISTA  
EN UN CONOCIMIENTO DE EMBARQUE. COMENTARIO  
AL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA  
NO. 62/2020, DE 24 DE ABRIL DE 2020

EXTENSION TO THE CONSIGNEE OF THE EFFECTS  
OF A FORUM CHOICE CLAUSE ISSUED IN A BILL OF LADING.  
COMMENTARY ON THE ORDER OF THE BARCELONA  
PROVINCIAL COURT NO. 62/2020, OF APRIL 24, 2020

MARTA CASADO ABARQUERO  
*Profesora Contratada Doctora*  
*Universidad de Deusto*  
ORCID: 0000-0002-7228-4044

Recibido: 16.11.2020 / Aceptado: 18.12.20200

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5989>

**Resumen:** En el presente auto la Audiencia Provincial de Barcelona resuelve de forma poca acertada el recurrente problema de extender al consignatario los efectos de un acuerdo de elección de foro recogido en el dorso de un conocimiento de embarque. Más allá de consideraciones de política legislativa, lo cierto es que en la resolución analizada el órgano jurisdiccional se equivoca al identificar la norma aplicable (Convenio de Lugano, en lugar del Reglamento Bruselas I bis) y al fijar el valor normativo de los usos y costumbres en el ámbito marítimo.

**Palabras clave:** conocimiento de embarque, consentimiento, acuerdo de elección de foro, usos y costumbres, hábitos entre las partes.

**Abstract:** In this ruling, the Barcelona Provincial Court faces the recurring problem of extending to the consignee the effects of a choice of court agreement written down in the back of a bill of lading. Beyond legislative policy considerations, in the analyzed resolution the court is wrong when identifying the applicable legal instrument (Lugano Convention, instead of the Regulation Brussels I bis) and when setting the normative value of the uses and customs in the maritime field.

**Keywords:** bill of lading, consent, forum choice agreement, uses and custom, practices between the parties.

**Sumario:** I. Introducción. II. Hechos. III. Consideraciones preliminares. III.1 Bloques normativos. III.2 El régimen jurídico de los acuerdos de elección de foro en el RBI bis y en el Convenio de Lugano. III.3 El régimen jurídico de los acuerdos de elección de foro en la LNM. IV. Primer error: Incorrecta determinación del instrumento jurídico aplicable. V. Segundo error: Omisión de los hábitos que las partes tenían establecidos entre ellas. VI. Tercer error: Aplicación del Derecho nacional del foro para enjuiciar la validez material del acuerdo de elección de foro. VII. Conclusiones.

## I. Introducción

1. En la práctica del comercio marítimo no ha sido infrecuente que los porteadores hayan intentado sustraerse a la jurisdicción de determinados tribunales que, bien por la legislación aplicable, bien por su doctrina jurisprudencial mantenida sobre determinados aspectos, pudieran ser contrarios a sus intereses. En este sentido las cláusulas de jurisdicción eran el mecanismo que permitía a estos operadores marítimos imponer un fuero amigo al resto de las partes implicadas en la operación de transporte (cargadores, consignatarios...). Por ello este tipo de cláusulas cobraron especial protagonismo, hasta el punto que en ocasiones la elección de un tribunal podía ser más importante que el resto de las estipulaciones del contrato.

2. En este contexto es evidente que los acuerdos de elección de foro han suscitado reticencias en algunos ordenamientos jurídicos del entorno, e incluso en los convenios internacionales aplicables en la materia. Así, por ejemplo, en el Convenio de Bruselas de 1924 en materia de conocimiento de embarque no se hacía referencia alguna a las cláusulas de jurisdicción (si bien para aprobar el convenio algunos países incorporaron disposiciones especiales en virtud de las cuales tales cláusulas se consideraban nulas)<sup>1</sup>, el artículo 67 del Convenio UNCITRAL sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Reglas de Rotterdam) los admite con condicionantes, y el artículo 21 del Convenio de Hamburgo de 1978 sobre transporte marítimo de mercancías (Reglas de Hamburgo) impide al porteador imponer su elección de foro<sup>2</sup>.

3. Por lo que al ordenamiento jurídico español respecta, la actual Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima<sup>3</sup> (LNM) condiciona la validez de este tipo de acuerdos al hecho de que hayan sido negociados de forma individual y separada por las partes.

4. El problema de soluciones tan inflexibles como la española es que impiden la autotutela jurisdiccional de las partes, quienes voluntaria y conscientemente podrían acordar someter sus disputas a tribunales especializados o a los órganos jurisdiccionales que estimen más adecuados para la defensa de sus intereses. En este sentido, en el ordenamiento jurídico comunitario se ha optado por admitir los acuerdos de elección de foro siempre y cuando exista un consentimiento sobre los mismos y éste se manifieste en alguna de las formas legalmente previstas por estos instrumentos europeos. En definitiva, una solución técnicamente mucho más respetuosa con la autonomía de la voluntad de las partes y más acorde a los usos y costumbres comerciales vigentes en el sector<sup>4</sup>. Sin embargo, la articulación de los diferentes bloques interpretativos no siempre ha sido correctamente entendida, dando lugar a resoluciones como la que nos ocupa<sup>5</sup>.

## II. Hechos

5. Los hechos que dan lugar a la resolución analizada se remontan a 2017. LA HORMIGA NARANJA EXPORTADORA, S.L. (LA HORMIGA NARANJA), con domicilio en Rafelbuñol (Valencia) concluyó un contrato de compraventa de una partida de 60.370 kilogramos de carbón vegetal con

<sup>1</sup> *Conocimiento de embarque*, Informe de la secretaría de la UNCTAD, Naciones Unidas, Nueva York 1971, p. 51.

<sup>2</sup> Al respecto, *vid.* J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Entre La Haya, Hamburgo y Rotterdam: la compleja opción legislativa interna ante las cuestiones de jurisdicción y arbitraje en el Derecho marítimo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Nº 17, 2017, pp. 597-646.

<sup>3</sup> BOE núm. 180, de 25 julio 2014.

<sup>4</sup> J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Una acertada orientación jurisprudencial en relación a la validez y alcance de la cláusula sumisoria a favor de tribunal extranjero contenida en un conocimiento de embarque. Comentario al Auto de 13 de febrero de 2019 de la AAP de Barcelona (Sección 15)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 11, Nº 2, pp. 388-401.

<sup>5</sup> Respecto a la pluralidad de bloques normativos, *vid.* el interesante trabajo de U. BELINTXON MARTÍN, “La confluencia de los distintos bloques normativos aplicables en materia de transporte internacional: divergencias y efecto distorsionador”, en M.V. PETIT LAVALL, F. MARTÍNEZ SANZ, Y A. RECALDE CASTELLS, (Dirs.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 15-20.

CHACO EXPORT, S.L. La mercancía debía ser transportada en tres contenedores vía marítima desde el puerto de Fénix (Paraguay) hasta Barcelona, y llegaría a su destino el 16 de noviembre de 2017, con 28 días de retraso respecto a la fecha acordada. El transporte se efectuó en régimen de conocimiento de embarque emitido por la naviera MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY (MSC) y figuraba como cargador la parte vendedora, esto es, la mercantil CHACO EXPORT S.L. Esto no obstante, en el conocimiento de embarque se recogía la indicación de que lo hacía “*en nombre de*” LA HORMIGA NARANJA, destinataria de la mercancía.

6. La mercancía llegó dañada a su destino y LA HORMIGA NARANJA decidió interponer ante los tribunales españoles una demanda contra la naviera MSC en reclamación de los daños y perjuicios sufridos por la mercancía. Ante esta circunstancia la naviera demandada planteó una declinatoria<sup>6</sup> de jurisdicción de los órganos jurisdiccionales españoles por considerar que la controversia debía ventilarse ante los tribunales londinenses a los que, según ella, la parte actora se había sometido. Para ello alegaba que en el reverso del conocimiento de embarque se había incluido un acuerdo de elección de foro a favor los Tribunales de Londres, y un acuerdo de elección de la ley inglesa. Concretamente, los términos de la cláusula eran los siguientes: “*Jurisdicción. Por la presente se acuerda de manera expresa que las demandas entabladas por el Comerciante y -con la salvedad de los que adicionalmente se dispone más adelante-, se someterán al fuero del Tribunal Superior de Justicia de Londres y será de exclusiva aplicación la legislación británica (...). El Comerciante acuerda no entablar demanda alguna ante ningún otro juzgado o Tribunal y se compromete a abonar las costas legales razonables del Transportista para cancelar cualquier demanda interpuesta en otro foro. El Comerciante renuncia a oponer su jurisdicción personal sobre los foros pactados anteriormente*”.

7. El Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona estimó la declinatoria por falta de jurisdicción para conocer de las pretensiones deducidas por LA HORMIGA NARANJA y dispuso que carecía de jurisdicción para conocer de la demanda interpuesta por la demandante contra la naviera.

8. La resolución es recurrida y da lugar al auto 62/2020, de 24 de abril de 2020 ahora analizado, auto en el que se revierte la solución alcanzada por el juzgado de lo mercantil y en el que la Audiencia Provincial de Barcelona, al desestimar la declinatoria de jurisdicción, incurre en importantes errores en una materia compleja, complejidad que se ha intensificado especialmente tras la entrada en vigor de la Ley de Navegación Marítima. Tras la reflexión sobre una serie de cuestiones preliminares que pueden ayudarnos a comprender el distorsionado discurso argumental de la Audiencia Provincial de Barcelona, el presente análisis jurídico se centrará en el estudio de los tres errores en los que incurre el órgano judicial: (i) La incorrecta aplicación del Reglamento Bruselas I bis; (ii) La errónea calificación del consignatario como tercero eventualmente subrogado en la posición del cargador y la omisión de los hábitos que las partes tenían establecidos entre ellas; (iii) La aplicación del Derecho nacional del foro para enjuiciar la validez material del acuerdo de elección de tribunal.

### III. Consideraciones preliminares

#### 1. Bloques normativos

9. El marco jurídico de aplicación en materia de transporte marítimo internacional viene delimitado por tres bloques de diferente fuente y rango normativo<sup>7</sup>. En primer lugar, el conjunto normativo de

<sup>6</sup> Sobre la declinatoria internacional y la posición mantenida al respecto por nuestro Tribunal Supremo, E. FERNÁNDEZ MASIÁ, “Declinatoria internacional ante los Tribunales españoles. La posición del tribunal supremo” en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, Colección Derecho y Letras, N°1, Murcia, 2019, pp.115-136

<sup>7</sup> En relación con los principios para resolver los conflictos normativos, *vid.* J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Las reglas de especificidad

fuerza institucional derivado de los Reglamentos de la Unión Europea<sup>8</sup>. En segundo lugar el bloque convencional integrado por convenios internacionales especializados, principalmente el Convenio de Bruselas de 1924 en materia de conocimiento<sup>9</sup>, enmendado por el Protocolo de Bruselas de 23 de febrero de 1968 y el Protocolo de Bruselas de 1979 (sistema de “Las Reglas de La Haya” y “La Haya Visby”), el Convenio de Hamburgo de 1978 sobre transporte marítimo de mercancías (Reglas de Hamburgo) y las disposiciones normativas del Convenio UNCITRAL sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Reglas de Rotterdam). Y, finalmente, el bloque integrado por las fuentes de producción interna (en el caso español, la Ley de Navegación Marítima anteriormente mencionada).

**10.** El principio de jerarquía normativa no deja lugar a dudas respecto a la primacía jerárquica del Derecho de la Unión Europea y de los convenios internacionales. O dicho en otros términos, respecto a la prevalencia de lo dispuesto por las normas de origen comunitario y/o convencional sobre las normas de origen interno o nacional<sup>10</sup>.

## 2. El régimen jurídico de los acuerdos de elección de foro en el RBI bis y en el Convenio de Lugano

**11.** El artículo 25 del Reglamento 1215, así como el artículo 23 del Convenio de Lugano reconocen validez a los acuerdos de elección de foro aunque los mismos no hayan sido negociados individualmente. Ambos condicionan la validez del acuerdo atributivo de jurisdicción a que haya sido celebrado: a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas, o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. Es precisamente esta referencia a los usos y costumbres del sector o, incluso, a los usos mantenidos entre las partes la base jurídica para interpretar que, en la materia que nos ocupa, el consignatario ha prestado su consentimiento al acuerdo de elección de foro recogido en un conocimiento de embarque inicialmente firmado por el porteador y el cargador.

**12.** En este sentido se ha manifestado en varias ocasiones el TJUE<sup>11</sup>, llegando incluso a establecer que *“A este respecto, existe un uso en un sector del comercio internacional cuando, en particular, las partes contratantes que operan en dicho sector siguen generalmente un comportamiento determinado al celebrar cierta clase de contratos. El conocimiento de dicho uso por las partes contratantes queda acreditado cuando, en particular, hubieren entablado con anterioridad relaciones comerciales entre ellas o con otras partes que operen en el sector comercial de que se trate o cuando, en dicho sector, se siga un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos, de modo que pueda considerarse como una práctica consolidada”*. De hecho, en el ámbito marítimo internacio-

---

como cauce para superar los conflictos normativos entre el Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales”, *La Ley*, 29 de octubre de 2010, pp. 1-6.

<sup>8</sup> En la actualidad integrado por el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del parlamento europeo y del consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOUE* L 351/1, de 20 diciembre 2012); y por el Convenio de Lugano, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOUE* L 339, de 21 diciembre 2007).

<sup>9</sup> *Gaceta* núm. 212, de 31 julio 1930.

<sup>10</sup> Sobre el orden de prelación de fuente, véase J.M. RUIZ SOROA, “El Derecho Uniforme en la Ley de Navegación Marítima”, en A. EMPARANZA SOBEJANO y J.M. MARTÍN OSANTE (dirs), *Comentarios sobre la ley de navegación marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 49-60

<sup>11</sup> STJUE de 20 febrero 1997, *Mainschiffahrts-Genossenschaft (MSG) contra Les Gravières Rhénanes SARL*, Asunto C-106/95 (ECLI:EU:C:1997:70); STJUE de 16 marzo 1999, *Trasporti Castelletti SpA contra Hugo Trumpy SpA*, Asunto C-159/97 (ECLI:EU:C:1999:142). Sobre la interpretación del TJUE sobre las cláusulas de foro insertas en un conocimiento de embarque y los usos del comercio internacional, *vid.* E. TORRALBA MENDIOLA, “Las «especialidades procesales» de la Ley de Navegación Marítima: cláusulas de jurisdicción y arbitraje”, *Revista de Derecho del Transporte*, N° 16, 2015, pp. 121-131.

nal la elección de los tribunales ingleses suele ser consecuencia de su indiscutible especialización, y no de la imposición de las condiciones contractuales de las empresas de mayor tamaño sobre las empresas más pequeñas, o de la influencia que pudieran tener las grandes compañías navieras como redactoras habituales de las cláusulas<sup>12</sup>. Junto a los tribunales ingleses, en la mayoría de las cláusulas de jurisdicción contenidas en los conocimientos de embarque se designan a tribunales franceses o neerlandeses<sup>13</sup>.

13. Pues bien, este es el régimen jurídico aplicable en los supuestos en que las partes han sometido sus controversias a un órgano jurisdiccional radicado en el territorio de la Unión Europea<sup>14</sup>.

### 3. El régimen jurídico de los acuerdos de elección de foro en la LNM

14. Cuando el acuerdo de sumisión lo es a un juzgado o tribunal ajeno a la Unión Europea, la norma de aplicación es la LNM. Sin embargo, la filosofía inspiradora de la regulación de los acuerdos de elección de foro de esta norma difiere de la flexibilidad que la remisión a los usos y costumbre le confiere en las normas de origen comunitario. Así, ya en el Preámbulo de la misma se perfila claramente su objetivo, que no es otro que tratar de evitar los abusos detectados frecuentemente en el tráfico marítimo, haciéndose eco de los abusos sufridos en ocasiones por terceros poseedores de conocimientos de embarque que se ven obligados a someterse a tribunales extranjeros o a arbitrajes internacionales cuando en realidad no han negociado tales cláusulas o incluso las podían desconocer. No obstante, pese a este loable objetivo, el legislador nacional no debiera desconocer que la especialidad del foro elegido podría enmendar en ocasiones esta carencia de conexión, por lo que el hecho de que resulte más costoso o incómodo litigar en el extranjero no sería razón suficiente para obviar el efecto derogatorio de la cláusula sobre la competencia de los tribunales españoles<sup>15</sup>.

15. La LNM regula los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión a determinados foros contenidas en los documentos y contratos de transporte marítimo (generalmente, los conocimientos de embarque y las pólizas de fletamento) en el artículo 468. Concretamente, condiciona su validez a que hayan sido negociadas individual y separadamente, sin que la mera inserción de una cláusula de jurisdicción en el condicionado impreso de un contrato sea, por sí sola, prueba de su validez y del consentimiento de las partes. Y para evitar el menor margen de duda sobre esta exigencia de negociación separada e individual de los acuerdos de elección de foro, en su artículo 251 regula la eficacia traslativa de la transmisión del conocimiento de embarque. En este sentido el legislador interno establece que la transmisión del conocimiento de embarque producirá los mismos efectos que la entrega de las mercancías representadas, y que el adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, pero excepciona de los mismo los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje que, vuelve a subrayar, requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el artículo 468<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, Vol. 10, Nº 2, pp. 339.

<sup>13</sup> F.B. LANGELAAN OSSET, “Estudio jurisprudencial sobre el régimen jurídico-procesal de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque: situación actual y futuro proyectado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, Nº 1, 2019, p. 420.

<sup>14</sup> Es importante puntualizar que tanto en el momento en que sucedieron los hechos, como en el momento en que se redacta esta Nota de Jurisprudencia, el Brexit no está jurídicamente operativo. Sobre las consecuencias del Brexit *vid.* R. ARENAS GARCÍA, “Consecuencias del Brexit para el Derecho Internacional privado europeo”, *Retos para la acción exterior de la Unión europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 249-276; I. HEREDIA CERVANTES, “Brexit y derecho internacional privado: algunas previsiones sobre lo imprevisible”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Nº 38, 2017, pp. 495-506.

<sup>15</sup> N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de un tribunal extranjero incluidos en un conocimiento de embarque: los usos y la libertad contractual en el sector marítimo. Comentario al auto de 5 de julio de 2019 de La AAP de Madrid (Sección 28)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, Vol. 12, Nº 1, p. 622.

<sup>16</sup> Una visión favorable a la solución alcanzada por la LNM puede encontrarse, en I. ARROYO MARTÍN, “Protección de la parte débil frente a las cláusulas de jurisdicción internacional en el transporte marítimo”, *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol.

16. Para concluir, el 469 LNM fija los criterios de atribución de competencia judicial internacional para las controversias que surjan en relación con los contratos de utilización de buque, permitiendo al demandante elegir entre los tribunales del domicilio del demandado, del lugar de celebración del contrato o del puerto de carga o de descarga.

#### IV. Primer error: Incorrecta determinación del instrumento jurídico aplicable.

17. Como no podía ser de otra manera, la sentencia analizada reconoce la primacía de la normativa europea y, en concreto, del artículo 25 del Reglamento 1215/2012 puesto que la normativa de origen interno únicamente es de aplicación “*sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea*”.

18. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona incurre en un error palmario al aplicar el Reglamento Bruselas I bis, en lugar del Convenio de Lugano de 2007. Efectivamente, en su Fundamento de Derecho Tercero la sentencia analizada informa que MSC, naviera demandada, tiene su domicilio en Suiza. Es cierto que el domicilio del demandado en Suiza no obsta a que pueda defenderse la aplicación del Reglamento 1215 por existir un acuerdo de sumisión válido a favor de un Estado miembro, puesto que por todos es sabido que la validez de estos acuerdos de elección no queda condicionada por el domicilio de las partes en territorio comunitario. En definitiva, se trata de un asunto en el que concurren dos instrumentos jurídicos aplicables, esto es, el RBI bis y el Convenio de Lugano de 2007. Esta concurrencia normativa nos obliga a analizar las normas de compatibilidad de ambos. Así, el artículo 73 RBI bis dispone que este reglamento comunitario “*no afectará a la aplicación del Convenio de Lugano de 2007*”. Por lo tanto, efectúa una remisión al Convenio de Lugano y, en concreto, a su artículo 64.2 a), precepto que dispone que en materia de competencia judicial internacional se aplicará el Convenio de Lugano, y no el Reglamento comunitario, cuando el demandado tenga su domicilio en Noruega, Islandia o Suiza.

19. En cualquier caso, este error no abocaría necesariamente a un resultado material diferente al alcanzado por la Audiencia Provincial de Barcelona puesto que por todos es sabido que el Convenio de Lugano es una extensión a los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Cambio del sistema instaurado en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil por el antiguo Convenio de Bruselas de 1968, posteriormente Reglamento 44/2001, y en la actualidad, Reglamento 1215/2012. De hecho, el artículo 23 del Convenio de Lugano es prácticamente una copia literal del actual artículo 25 RBI bis (con la salvedad que se analizará en el apartado VI).

#### V. Segundo error: Omisión de los hábitos que las partes tenían establecidos entre ellas

20. La sentencia incurre en un segundo error de entidad a la hora de enjuiciar la validez de la sumisión a los tribunales británicos. Y es que centra su debate argumental en la consideración de la consignataria española como un tercero completamente ajeno a la relación derivada del conocimiento de embarque que no ha prestado su consentimiento a la cláusula de jurisdicción.

21. En este sentido, la sentencia se esfuerza en traer a colación la jurisprudencia del TJUE en el asunto Coreck relativa a la oponibilidad de las cláusulas de elección de foro a terceros originariamente

---

XXX, 2013 pp. 23-95. En contra, por el contrario, U. BELINTXON. MARTÍN, “Derecho internacional privado y Derecho marítimo internacional: competencia judicial internacional y acuerdos atributivos de jurisdicción en la LNM”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2020, Vol. 12, Nº 2, p. 134; J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “La nueva Ley de Navegación Marítima desde la perspectiva del Derecho internacional”, A. EMPARANZA SOBEJANO Y J.M. MARTÍN OSANTE (Dir.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 807-831; M. GÓMEZ GENE, “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva ley de navegación marítima”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, Nº 2, pp. 112-129; J. GONZÁLEZ PELLICER, “Sobre el artículo 468 del Proyecto de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque”, *La Ley*, nº 8354, Sección Doctrina, 15 de julio de 2014, Año XXXV.

no firmantes del conocimiento de embarque<sup>17</sup>. Sin embargo, una lectura detallada de la sentencia del tribunal europeo pone de manifiesto la interpretación interesada que la Audiencia Provincial de Barcelona realiza. Concretamente, en esta sentencia el TJUE se preguntaba si una cláusula atributiva de competencia acordada entre un porteador y un cargador (en el caso que nos ocupa, entre MSC y CHACO EXPORT) e incluida en un conocimiento de embarque producía efectos frente a cualquier tercero tenedor del conocimiento de embarque o bien sólo frente al tercero tenedor del conocimiento de embarque que, al adquirir éste, haya sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones<sup>18</sup>.

22. El TJUE concluyó que corresponde al Derecho nacional aplicable determinar si el tercero contra el que se haya invocado una cláusula atributiva de competencia (en el caso que nos ocupa, LA HORMIGA NARANJA) ha sucedido en sus derechos y obligaciones a una de las partes originarias. Y, si así fuera, no sería necesario verificar si este tercero otorgó o no su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia concluida en el contrato inicial. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona omite que el TJUE en este mismo fallo expresamente afirmó que si este tercero había prestado su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia no sería necesaria esa remisión al derecho aplicable. En definitiva, bastaría con que el tribunal analizara si LA HORMIGA NARANJA había prestado su consentimiento de conformidad con las exigencias enumeradas por el artículo 25 RBI bis (23 del Convenio de Lugano) para reconocer validez al acuerdo atributivo de jurisdicción que deroga la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles<sup>19</sup>. Y si esto fuera así, sería absolutamente irrelevante que LA HORMIGA NARANJA se hubiera subrogado o no en la posición del cargador.

23. Pues bien, es en este punto donde la resolución analizada no es fiel a la realidad, ya que en su Fundamento Jurídico Primero expresamente menciona que LA HORMIGA NARANJA había designado a una empresa denominada DATISA como su representante para todos los embarques anteriores al 31 de diciembre de 2017, “*manifestando expresamente que conocía las condiciones generales de la contratación de MSC*”. Por tanto, ya no estamos discutiendo si existe un uso “*que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado*”. Es decir, no estamos analizando si es una práctica habitual en el sector del transporte marítimo internacional el conferir competencia a los tribunales ingleses, tribunales conocidos por su especialización en la materia. Y tampoco estaríamos discutiendo si los efectos de un acuerdo atributivo de competencia son extensibles a terceros originariamente no firmantes del conocimiento de embarque. Estaríamos sencillamente analizando si existe una práctica habitual entre LA HORMIGA NARANJA y MSC de someter sus discrepancias a los tribunales británicos y a la legislación inglesa (algo que, como la propia sentencia analizada indica, constaba expresamente en las condiciones generales de la contratación de MSC que la demandante dice conocer)<sup>20</sup>.

## VI. Tercer error: Aplicación del Derecho nacional del foro para enjuiciar la validez material del acuerdo de elección de foro.

24. Como se ha expuesto en el apartado anterior, la Audiencia Provincial de Barcelona obvia que LA HORMIGA NARANJA ha prestado su conformidad con el pacto por el que se acuerda someter las controversias derivadas del transporte de la mercancía a los tribunales británicos y a la legislación inglesa.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 noviembre 2000, Coreck Maritime GmbH contra Handelsveem BV y otros, Asunto C-387/98 (ECLI:EU:C:2000:606).

<sup>18</sup> Pár. 23.

<sup>19</sup> Par. 26.

<sup>20</sup> Sobre las cláusulas de jurisdicción, el conocimiento de embarque y su relación con la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, *vid.* “Consideraciones normativas sobre las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque a la luz de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2019, N° 39, pp. 163-189.

25. Esta conformidad se deduce del artículo 25.1 b) RBI bis (artículo 23.1 b) del Convenio de Lugano), puesto que es conforme con *“una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas”*. Insistimos en el hecho de que LA HORMIGA NARANJA había declarado expresamente conocer las condiciones generales de la contratación de MSC, entre las que se incluía el acuerdo de jurisdicción y el acuerdo de elección de ley.

26. Y esta conformidad se deduciría igualmente del artículo 25.2 RBI bis (artículo 23.2 del Convenio de Lugano), puesto que la elección de los tribunales ingleses, órganos jurisdiccionales especializados en el Derecho del transporte marítimo internacional y con una larga trayectoria internacional al respecto se pueden incardinar en el concepto de *“usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado”*.

27. Este acuerdo de sumisión satisface, por lo tanto, las exigencias legales del Convenio de Lugano, cuyo artículo 23 no hace mención alguna a las condiciones de validez material del mismo.

28. Si por el contrario la relación privada internacional analizada hubiera entrado dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1215 (en lugar de del Convenio de Lugano), el artículo 25 permitiría sustraerse a la eficacia derogatoria del acuerdo de jurisdicción si éste fuera nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho del Estado miembro designado como competente<sup>21</sup>. Esto es, hubiera sido necesario analizar si el Derecho inglés condiciona la validez de estos acuerdos de elección de foro a la existencia de una negociación previa individualizada y separada o, por el contrario, admite prestar el consentimiento a los mismos de una forma más flexible y ajustada a los hábitos existentes en el sector. Con esta redacción, el Reglamento 1215 introduce una regla armonizada de conflicto de leyes en materia de validez sustantiva de los acuerdos de elección de foro, garantizando así un resultado similar en esta cuestión sea cual sea el tribunal al que se somete el asunto, en clara correspondencia con la solución establecida por el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005<sup>22</sup>.

29. Pues bien, en clara contradicción con lo dispuesto por el legislador comunitario, la Audiencia Provincial se empeña en desconocer la existencia de un acuerdo de sumisión válidamente consentido por LA HORMIGA NARANJA y centra el nudo gordiano de su fallo en determinar si la demandante se ha subrogado o no en la posición de CHACO EXPORT. Para ello aplica las normas de conflicto españolas, no las inglesas, y vuelve a incurrir en una arbitrariedad orientada a conseguir la aplicación de la ley material española al calificar la relación jurídica entre LA HORMIGA NARANJA y MSC erróneamente como una relación relativa a la *“propiedad y posesión de los bienes muebles”*. Y decimos que la calificación de la relación jurídica es errónea puesto que la posesión y/o propiedad de la mercancía no se discute en la demanda entre LA HORMIGA NARANJA y la naviera. Lo que está en entredicho es la responsabilidad de MSC por los daños causados a la mercancía durante el transporte de la misma. En este sentido, debemos recordar que el conocimiento de embarque despliega una triple función y, por ello, puede describirse de tres formas diferentes: (i) Como un recibo expedido al cargador y firmado por el porteador o una persona que actúa en representación del mismo, en el que se reconoce que las mercancías que en el

---

<sup>21</sup> El tenor literal del artículo 25 del Reglamento 1215 dispone que *“Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro”*. Por su parte, el artículo 23 del Convenio de Lugano únicamente menciona que *“Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado vinculado por el presente Convenio, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado vinculado por el presente Convenio fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes”*.

<sup>22</sup> COM (2010) 748, p. 9. Sobre esta norma de incuestionable valor científico, *vid.* R. ARENAS GARCÍA, “La aprobación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos”, *La Ley*, N° 22, enero de 2015, pp. 35-45.

mismo se describen han sido embarcas en un determinado buque y con un concreto destino; (ii) Como un memorando de las condiciones y modalidades del contrato de transporte que en realidad habría sido frecuentemente celebrado mucho antes de la firma del documento; (iii) Como un título representativo de las mercancías que concede al consignatario el derecho a tomar posesión de las mismas en el lugar de destino o a disponer de ellas endosando el conocimiento y haciendo entrega de él<sup>23</sup>.

**30.** La aplicación de la norma de conflicto prevista en el artículo 10.1 del Código Civil, relativa a la propiedad y posesión de las cosas muebles, tiene su sentido si asimilamos el conocimiento de embarque al apartado (iii). Algo que sería perfectamente factible si la controversia versara sobre algún punto relativo a la toma de posesión de las mercancías. Sin embargo, en el asunto de autos el conflicto entre las partes deriva, en la modesta opinión de quien firma este artículo, de la concepción del conocimiento de embarque como prueba la existencia de un contrato de transporte, cuyas condiciones figuraban en dorso del mismo. Por lo tanto, debería ser de aplicación la norma de conflicto relativa a las obligaciones contractuales y, en concreto, el artículo 5 del Reglamento CE 593/2008<sup>24</sup> cuyo tenor literal dispone que será aplicable la ley elegida por las partes, esto es, el Derecho inglés.

**31.** Es cierto que LA HORMIGA NARANJA hubiera podido sustraerse a la aplicación de la ley inglesa esgrimiendo que no había prestado su conformidad con la misma. Si eso fuera así, el artículo 10 del Reglamento Roma I dispone que *“La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Reglamento si el contrato o la disposición fueran válidos. (...) para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado anterior”*. Desde un punto de vista técnico jurídico, considero que para justificar la nulidad del acuerdo de elección de foro, habría sido más adecuado sustentar la aplicación de la LNM a través de este párrafo segundo del artículo 10 del Reglamento Roma I. Desde luego parece mucho más acertado que las piruetas jurídicas que realiza la resolución analizada con la aplicación de las normas de conflicto relativas a la propiedad y posesión de bienes muebles, o relativas a títulos valores.

**32.** Sin embargo, teniendo en cuenta el circuito documental que sigue el conocimiento de embarque, en este caso seguimos pensando que no parece adecuado sostener que el demandante no prestó su consentimiento al acuerdo de sumisión a los tribunales ingleses. Piénsese que el conocimiento de embarque es enviado por el cargador al comprador o consignatario para que éste o su agente de aduanas puedan retirar las mercancías. Y que si éste muestra su conformidad con el contenido del mismo, consiente igualmente el acuerdo de elección de ley plasmado en el reverso del mismo. Por otro lado, en el asunto de autos el consignatario manifiesta expresamente haber tenido relaciones contractuales previas con MSC y declara conocer sus condiciones generales, entre las que se encuentra el acuerdo de elección de foro y el acuerdo de elección de ley. En definitiva, la ley aplicable para saber si el consignatario se había o no subrogado en la posición del cargador debiera haber sido el Derecho inglés, y una solución contraria a ello sólo pone en evidencia la intención clara y manifiesta de aplicar la LNM a un asunto que sin lugar a dudas está fuera de su ámbito de aplicación<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> *Conocimiento de embarque*, Informe de la secretaría de la UNCTAD, Naciones Unidas, Nueva York 1971, p. 5.

<sup>24</sup> 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). *DOUE* L 177, de 4 julio 2008.

<sup>25</sup> En todo caso, un interesante y actual estudio sobre la forma en la que nuestras audiencias provinciales están articulando la coexistencia de los artículos 25 RBI bis y 468 LNM, lo podemos encontrar en U. BELINTXON. MARTÍN, “Derecho internacional privado y Derecho marítimo internacional: competencia judicial internacional y acuerdos atributivos de jurisdicción en la LNM”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2020, Vol. 12, N° 2, pp. 112-135.

## VII. Conclusiones

**33.** El TJUE se ha basado en la noción de los usos y prácticas comerciales marítimas para iniciar un proceso hacia la flexibilización interpretativa de las cláusulas de elección de foro utilizadas frecuentemente en los litigios de naturaleza marítima. En este sentido, el Derecho marítimo internacional se ha caracterizado por el protagonismo que tradicionalmente han tenido estos usos y prácticas en el tráfico marítimo internacional.

**34.** No obstante, la plena aceptación de estos usos como una manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes y su articulación como foro de competencia judicial internacional debe ser matizada, para atender y proteger los respectivos intereses en presencia. Así pues, parece necesario indagar en la capacidad de discernimiento y en la libertad de las partes (incluidos los terceros inicialmente no signatarios del conocimiento de embarque) al pactar tales cláusulas de elección de foro en favor de determinados órganos judiciales. De lo contrario, estos terceros podrían ver vulnerados sus intereses al verse obligados a litigar en un país cuya jurisdicción difícilmente podían haber conocido previamente y, por lo tanto, difícilmente podían haber aceptado.

**35.** Esta necesidad de articular correctamente el equilibrio entre la autonomía de la voluntad basada en los usos y costumbre existentes en el tráfico marítimo internacional y la adecuada protección de los intereses de las partes en presencia (en nuestro caso el consignatario), obliga a analizar caso por caso la validez de los acuerdos de sumisión basados en los usos y costumbres, y en todo caso desde una perspectiva objetiva que atienda al proceso objetivo de formación de esa autonomía de la voluntad.

**36.** Un análisis desde la perspectiva del imperialismo jurídico haría que, como sucede con la resolución analizada, se incurra en errores palmarios que suponen una merma de la seguridad jurídica necesaria en el tráfico internacional o la posibilidad de alcanzar resoluciones claudicantes.