

Sumisión tácita, control de la competencia y compabilidad entre instrumentos jurídicos en litigios de compensación a pasajeros por cancelación de vuelo contra aerolíneas: Comentario sobre el auto C- 9/2022 del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de la Coruña

Submission by appearance, examination as to jurisdiction and compatibility among legal instruments in compensation claims for cancellation of the flight to passengers against air companies: comments on the court order c 9/2022 of the spanish commercial court sec. 9 Of la coruña

DRA. ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN
*Lecturer in Law-Research Fellow. Abogada
Geneva Business School/UOC*

Recibido: 01.07.2022 / Aceptado: 19.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7240

Resumen: El entramado de varios instrumentos jurídicos para abordar la misma materia puede suscitar confusión en la práctica de cuál debe ser el de aplicación, así como también su posible aplicación simultánea. Esto sucede en la materia de contratos de transporte internacional de pasajeros por aire. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha establecido varios criterios para interpretar la compatibilidad de todos estos instrumentos jurídicos, en particular, sobre los posibles problemas procesales que el instrumento jurídico especial por razón de la materia aparentemente no regule y que los de corte general si regulan. En el Auto que se comenta, existen varias cuestiones importantes que merecen de análisis, como la falta o no de regulación de la sumisión tácita en los instrumentos especiales y el control de la competencia. Por otra parte, se discute la compatibilidad de los instrumentos especiales, cuando el pasajero-demandante invoca las acciones del Reglamento 261/2004 de forma simultánea a las comprendidas en el Convenio de Montreal 1999.

Palabras clave: competencia judicial, cancelación de vuelos, daños, indemnización, pasajeros, transportista, Reglamento 261/2004, Reglamento 1215/2012, Convenio de Montreal 1999, Convenio de Lugano 2007, control de la competencia, sumisión tácita, exclusivo, imperatividad.

Abstract: For certain subjects, there are several legal instruments which coexist together to deal with the same legal issues. This coexistence may lead to confusion for the legal operators which hesitate what is the proper instrument to be applied to the case. This situation usually occurs in air passengers' transportation claims as the operators have, at least, several instruments to seize the jurisdiction and to claim for compensation. Nevertheless, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has handled down a seminal case law on the subject, which interpret these relevant aspects relating to the compatibility among the general EU PIL instruments with special Conventions concerning the procedural problems that those have not regulated, such as the submission by appearance. This judicial resolution, subject to the analysis and decreed by a Spanish lower Court navigates on these problems.

Keywords: International jurisdiction, cancelation of flights, passengers, claims, air company, *ex officio*, Regulation 261/2004, Regulation 1215/2012, 1999 Montreal Convention, 2007 Lugano Convention, compatibility, submission by appearance, exclusive, imperative nature.

Sumario: I. Introducción; 1. Particularidades de los contratos de transporte aéreo de pasajeros con elemento extranjero; 2. El supuesto de hecho y el Auto en cuestión; II. La Competencia judicial internacional en reclamaciones por cancelación de vuelos a pasajeros y el instrumento jurídico aplicable al asunto; 1. Consideraciones básicas pero fundamentales para invocar un instrumento jurídico u otro; 2. “Cláusulas de compatibilidad” en los instrumentos jurídicos: los parámetros a tener en cuenta: 2.1. Los problemas de compatibilidad generales: 2.2. Los problemas de compatibilidad entre el Convenio de Montreal 1999 y Bruselas I bis/Lugano 2007; 3.El carácter imperativo de los foros del artículo 33 apartado 1º del Convenio de Montreal y los foros del sistema Bruselas I bis/Lugano 2007 para litigios de transporte aéreo de pasajeros; 4. El control de la competencia de los tribunales y las sumisiones del demandado: ¿foros alternativos?; 5. Foros exclusivos y foros imperativos-preclusivos; III. De la importancia sobre el fondo; IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. Particularidades de los contratos de transporte aéreo de pasajeros con elemento extranjero

1. La mayor parte de los contratos celebrados entre transportistas (compañías aéreas) y pasajeros, y las reclamaciones por incumplimiento contractual que realizan las compañías aéreas tienen un elemento extranjero, pudiendo denominarles contratos internacionales. Según lo dispuesto en el artículo 1 apartado 2º del del Convenio de Montreal 1999¹. El instrumento clave para sus Estados parte, entre los que se encuentran los Estados miembros.

2. Es habitual que las resoluciones que se comentan sobre los problemas de competencia judicial internacional que nacen de estas relaciones contractuales transfronterizas suelen ser los relativos a la determinación de los lugares donde se tenía que hacer efectiva la obligación (lugar de salida o lugar de llegada o el lugar de tránsito)², como los posibles foros de competencia judicial internacional para demandar al transportista.

Y al margen donde se encuentra su domicilio social. Cuando se aplica en estos supuestos, el Reglamento Bruselas I bis³, en vez del instrumento especial por razón de la materia, el Convenio de Montreal 1999⁴.

3. Así también se comentan por el debate que suscitan debido a la diferencia que existe del tratamiento del pasajero como consumidor en el ámbito del Derecho sustantivo de consumo de la UE y el que recibe, *a sensu contrario* en el ámbito de las normas del Derecho internacional privado patrimonial de la Unión Europea (DIPr patrimonial de la UE). A pesar de ser estos contratos, condiciones generales de la contratación (CGC) celebradas en masa entre los pasajeros como consumidores y las compañías aéreas como profesionales, otorgándoles la categoría de “contratos de consumo” que no tienen en el

¹ Artículo 1 apartado 2º Convenio de Montreal 1999: “Para los fines del presente Convenio, la expresión “transporte internacional” significa todo transporte en que, conforme a lo estipulado por las partes, el punto de partida y el de destino, haya o no interrupción en el transporte o transbordo, están situados, bien en el territorio de dos Estados parte, bien en el territorio de un solo Estado parte si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, aunque éste no sea un Estado parte (...).”

² Así en la jurisprudencia del TJUE; STJUE de 13 de febrero de 2020, *Flightright GmbH*, C-606/19 (ECLI:EU:C:2020:101; STJUE de 7 de noviembre de 2019, *easyJet Airline Co. Ltd*, C-213/18 (ECLI:EU:C:2019:927); J.I. PAREDES PÉREZ, “Pluralidad de lugares de prestación de servicios en los contratos de transporte de personas y mercancías”, *CDT*, Marzo 2019, vol. 11 (1), pp. 478-497; V. ANDREEVA ANDREEVA, “El pasajero no consumidor en el contrato internacional de transporte aéreo (Auto del TJUE de 13 de febrero de 2020, asunto C-606/19 de 2 de abril de 2020: C-271/14), *Flightright GmbH vs. Iberia L.A.E., S.A. Operadora Unipersonal*”, *Diario La Ley Unión Europea*, N° 81, 2020.

³ Reglamento (UE) 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 20/12/2012.

⁴ Instrumento de ratificación del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999, *BOE* n°122, de 20 de mayo de 2004; el Convenio de Montreal 1999 se hace efectivo para todos los Estados miembros en el año 2004, aprobado por la Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril 2001, sobre la celebración del Convenio para la unificación de ciertas reglas de transporte aéreo internacional, *DOCE* L194, de 18 de junio.

DIPr patrimonial de la UE⁵. Con la única excepción del artículo 17 apartado 3º del Reglamento Bruselas I *bis*, sobre viajes combinados⁶.

4. En este caso, lo que se comentará será lo que el Auto expone de forma muy sucinta acerca del tratamiento de la sumisión tácita en el instrumento que se invocó para la determinación de la competencia judicial internacional (CJI) del tribunal: el Convenio de Montreal 1999. El juzgado consideró que no existe dicho tratamiento en este instrumento, dando lugar a su declaración de oficio como incompetente para conocer del asunto⁷.

El pasajero podría haber invocado en vez del Convenio de Montreal 1999, en base a que basó sus pretensiones en el Reglamento 261/2004, y atendiendo tanto a donde tiene el domicilio social de la compañía como a que el lugar de llegada del vuelo cancelado era Ginebra, las normas del Convenio de Lugano II (2007) para determinar la CJI del tribunal español⁸. O incluso en el ámbito de la sumisión tácita el artículo 26 del Reglamento Bruselas I *bis*. Como se pondrá de relieve.

5. El Convenio de Lugano 2007 y su predecesor (de 1988), son instrumentos “hermanos” del Convenio de Bruselas de 1968 y sus sucesores convertidos en Reglamentos: los Bruselas I, y Bruselas I *bis*⁹. Lo que diferencia al Reglamento Bruselas I *bis* del Convenio de Lugano 2007 es su ámbito de aplicación territorial y personal, que exige que el domicilio del demandado se encuentre en un Estado contratante (Suiza, Noruega e Islandia y los Estados miembros, como bien se conoce).

A su vez, este acervo de normas del DIPr patrimonial europeo que se ofrecen en materia civil y mercantil de forma amplia, convive o coexiste en materia de contratos de transporte aéreo de pasajeros con el Convenio de Montreal 1999, que también el TJUE ha interpretado en su jurisprudencia que es parte del acervo de normas del DIPr europeo, en cuanto es de obligatoria aplicación para los tribunales de los Estados miembros¹⁰.

⁵ A la luz del informe SCHLOSSER se explica dicha exclusión, que se justifica por la variedad normativa en este ámbito material; SCHLOSSER, “Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on its interpretation by the Court of Justice”, *DOCE* C59/17, de 5 de marzo de 1979, p. 119; Existe una exhaustiva literatura sobre los problemas de esta particular disonancia, pero se recomienda en particular; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones de Competencia judicial internacional y Derecho aplicable”, *CDT*, Vol. 3, Nº1, 2011, pp.179-194, la autora pone de relieve esta complejidad internacional de fuentes en materia de transporte aéreo de pasajeros que aún era mayor antes de la realización del Convenio de Montreal de 1999, el cual unifica el conocido “Sistema de Varsovia”; B. CHENG, “A New Era in the Law of the International Carriage by Air: From Warsaw (1929) to Montreal (1999)”, *ICLQ*, Vol. 59, 2004, pp.833-859; Z.S.TANG, “Aviation jurisdiction and protección of passengers”, 2010, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/255725642_Aviation_Jurisdiction_and_Protection_of_Passengers/references; S. AREAL LUDEÑA & J.A. FIERRO ABELLA, “La responsabilidad internacional del transportista aéreo en caso de muerte o lesión de pasajeros: “forum shopping” y futuro del Convenio de Montreal 1999. Análisis jurídico y económico”, *Estudios de Deusto*, Vol. 57, Nº1, 2009, pp. 11-86; M. DE OLIVERIRA XAVIER, “El contrato de transporte de personas como contrato de adhesión”, Vol. 12, Nº1, 2011, pp. 153-158; B. FERRER TAPIA, *El contrato aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad*, Dykinson, 2013; C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Contratos internacionales de consumo: eficacia de las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable incorporadas en condiciones generales”, *REDI*, Vol. LXVI, Nº1, 2014, pp. 281-284; *Id.* “Cuestiones de competencia. judicial internacional en el ejercicio del derecho de compensación de los pasajeros en el transporte aéreo en la Unión Europea”, *La Ley Mercantil*, nº49, 2018, pp.1-20.

⁶ Artículo 17 apartado 3º Reglamento Bruselas I *bis*: “La presente aplicación no se aplicará a los contratos de transporte, salvo el caso de los que por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento; STJUE *Flightright y otros*, de 7 de marzo de 2018, C-274/16; C-447/16; C-448/16, (ECLI:EU:C:2018:160).

⁷ Auto del Juzgado de lo mercantil nº1 de La Coruña, nº00008/2022, de 13 de enero de 2022, AJM C 9/2022 (ECLI:ES:JMC:2022:9A).

⁸ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Convenio de Lugano II), *DOUE*, L 339/3, 21/12/2007.

⁹ Dictamen del Tribunal de Justicia 1/03 (Nuevo Convenio de Lugano), de 7 de febrero de 2006 (ECLI:EU:C:2006:81); Jurisprudencia del TJUE relevante sobre este particular de la interpretación homogénea de los preceptos de Convenio de Lugano 2007 y el Reglamento Bruselas I y ahora I *bis*; STJUE de 19 de diciembre de 2013, *NIPPONKA Insurance*, C-452/12 (ECLI:EU:C:2013:858); J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: la convivencia del Reglamento 1215/2012 con el Convenio de Lugano de 2007”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº3, 2018, pp. 365-423.

¹⁰ STJUE de 10 de enero de 2006, *IATA*, C-344/04 (ECLI:EU:C:2006:10); STJUE de 23 de octubre de 2012, *Nelson y otros*, C-581/10 y C-620/10 (asuntos acumulados) (ECLI:EU:C:2010:657), pp. 55-59; STJUE de 13 de octubre de 2011, *Sousa Rodri-*

Esta coexistencia y compatibilidad entre todos ellos, se reconoce en ambos instrumentos (Bruselas I bis/Convenio Lugano 2007), que han otorgado el beneficio de la primera posición al instrumento especial por razón de la materia¹¹. Ahora bien, el TJUE en su jurisprudencia ha matizado esta relación en estos litigios, definiendo cuando debe aplicarse el especial (Convenio de Montreal 1999) y cuando los generales (Bruselas I bis/Convenio de Lugano 2007) atendiendo a la reclamación de los pasajeros, y los problemas procesales y de fondo que pueden acontecer.

6. Por ello, es muy importante atender al tipo de reclamación y la acción en la que el pasajero fundamente sus pretensiones de compensación por el incumplimiento contractual. De forma más precisa, para poder valorar esta interacción entre instrumentos jurídicos en supuestos transfronterizos como el de autos¹². Sobre todo, si el pasajero – demandante invoca el Convenio de Montreal 1999 de forma conjunta al Reglamento 261/2004¹³.

2. El supuesto de hecho y el Auto en cuestión

7. El Auto no ofrece muchos detalles sobre el supuesto de hecho, pero sí algunos para poder valorar los aspectos relativos al Derecho procesal civil internacional relevantes del caso y de la aplicación que se hizo del Derecho sobre el fondo.

8. Lo que se desprende que sucedió es lo que sigue. Un pasajero que debía coger un vuelo operado por la compañía aérea *EASYJET Switzerland* (con domicilio social en Suiza), desde Santiago de Compostela (España) hacia Ginebra (Suiza) no pudo hacerlo porque la compañía aérea canceló el vuelo. El pasajero interpone la demanda de indemnización por incumplimiento contractual ante los tribunales de Santiago de Compostela (lugar de salida del vuelo) solicitando la compensación económica a tanto alzado del daño real que se permite en el Reglamento 261/2004, porque el vuelo fue cancelado. Por ende, su reclamación estaba fundada en la cancelación del vuelo como infracción contractual de la compañía aérea¹⁴.

9. Se invocó el Convenio de Montreal 1999 por la representación procesal del pasajero-demandante de forma cumulativa a ciertas disposiciones del Reglamento 261/2004. Se hace así porque el Reglamento 261/2004 no contiene normas de competencia judicial como bien reproduce el Auto en su FJ2¹⁵, teniendo que acudir al Convenio de Montreal 1999 que cuenta con determinados foros de competencia judicial internacional para las reclamaciones de tipo civil en esta materia en su artículo 33 apartado 1º.

10. Por último, del Auto se entiende que la demandada, *EASYJET Switzerland*, compareció¹⁶. No ofrece datos si lo que hizo fue comparecer para interponer declinatoria internacional o para some-

guez y otros, C-83/10 (ECLI:EU:C:2011652), pp. 38-41; STJUE de 6 de mayo de 2010, *Walz*, C-63/09 (ECLI:EU:C:2010:251); STJUE de 28 de diciembre de 2008, *Wallenin-Hermann*, C.549/07 (ECLI:EU:C:2008:771), p. 28.

¹¹ P. MANKOWSKI “Chapter VII: Relations with other instruments”, en P. MANKOWSKI & U. MAGNUS (ED.) *ET AL.*, *European Commentaries on Private International law. Commentary Brussels I bis Regulation*, Vol. I, Ottoschmidt 2016, pp. 1020-1100.

¹² STJUE de 7 de noviembre de 2019, *easyJet Airline Co. Ltd*, C-213/18 (ECLI:EU:C:2019:927), p. 24.

¹³ Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) nº 295/91, *DOUE*, L 46/1, de 17 de febrero 2004; C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Contratos internacionales de consumo: ...”, *loc.cit.*

¹⁴ Según el artículo 5 del Reglamento 261/2004; STJUE de 7 de abril 2022, Q, R, S c. *United Airlines Inc*, C-561/20 (ECLI:EU:C:2022:266).

¹⁵ Sobre las diferencias entre las acciones del Convenio de Montreal 1999 y el Reglamento 261/2004, R. PAZOS CASTRO, “El derecho a compensación por retraso en la normativa europea de transporte aéreo de pasajeros”, *InDret*, Nº2, 2007, pp. 3-57; *Id.* *La protección del consumidor en el transporte aéreo de pasajeros*, Bosch, 2018, sobre los derechos sustantivos del pasajero en el ámbito del transporte aéreo, A. PORTO CORTÉS, “Capítulo V. Derechos del usuario del transporte aéreo”, *Manual de Derecho de Consumo*, Lex Nova, 2014.

¹⁶ Auto del Juzgado de lo mercantil nº1 de La Coruña, nº00008/2022, de 13 de enero de 2022, AJM C 9/2022 (ECLI:ES:JMC:2022:9A), FJ 2º: (...) En el caso de autos, el demandado ha comparecido. Pero decir que el Convenio de Montreal no

terse tácitamente. Se considera en este comentario que lo que hizo fue someterse a la CJI del tribunal español, porque el juzgado menciona el tratamiento de la sumisión tácita en el Convenio de Montreal 1999 y el Reglamento Bruselas I *bis*. Y si el demandado comparece para declinar la competencia judicial internacional entonces no operaría el foro de la sumisión tácita de ningún instrumento.

En este sentido, esto solo es una suposición sobre la conducta procesal de la empresa demandada, por los pocos datos que se ofrecen en la resolución. Lo importante y que da lugar a este comentario es que el juzgado entendió que como el Convenio de Montreal 1999 no regula la sumisión tácita, a diferencia del Reglamento Bruselas I *bis* y como no se podía aplicar este último, debía declararse de oficio incompetente según lo dispuesto en el artículo 36.2.2º de la ley rituarial¹⁷. Y esta solución es la que se analiza, atendiendo a que conlleva varios aspectos interesantes en el ámbito del Derecho procesal civil internacional y la relación entre los convenios especiales por razón de la materia y los generales, y el tratamiento del control de la competencia de oficio por los jueces en determinadas materias.

II. La Competencia judicial internacional en reclamaciones por cancelación de vuelos a pasajeros y el instrumento jurídico aplicable al asunto

1. Consideraciones básicas pero fundamentales para invocar un instrumento jurídico u otro

11. Como se ha comentado, para las reclamaciones que los pasajeros realicen a las compañías aéreas con elemento extranjero, existen varios instrumentos jurídicos que contienen criterios de competencia judicial internacional. En principio, sólo los de corte general (Bruselas I *bis*/Lugano 2007) han regulado de forma expresa, conductas y fenómenos procesales como la sumisión tácita, o la litispendencia y conexidad de procedimientos transfronterizos¹⁸.

12. Para saber cuál es el instrumento internacional adecuado a un caso, en el supuesto que existan varios, y su prelación y mutua exclusión o concurrencia, existen una serie de criterios que deben ser aplicados por los operadores jurídicos en todo caso. Para ello se deben someter las particularidades del supuesto de hecho a los tres ámbitos que toda norma tiene. El ámbito territorial, o espacial, el material y temporal.

13. Con esta “sencilla” pero necesaria operación en todo caso (siguiendo un *case by case approach*) se delimitará y ayudará al operador jurídico a no invocar de forma automática un instrumento jurídico que considera de aplicación sólo porque es el especial con razón de la materia, sin reflexión ninguna. Y faltando de esta forma, a la coherencia querida por el legislador europeo. Una coherencia que debe existir en todos los instrumentos de DIPr europeo, incluyendo los de Derecho convencional que son parte de este acervo¹⁹. Invocar un solo instrumento sin atender al conjunto de todos los existentes

establece sumisión tácita alguna, a diferencia del Reglamento 1215/2012 del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 (...).”

¹⁷ Artículo 36 apartado 2º de la LEC: Los tribunales españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna circunstancia siguiente: (2) cuando en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado; (3) cuando no comparezca el demandado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes.

¹⁸ Un panorama general sobre las fuentes del Derecho internacional privado en la materia en particular; E. ÁLVAREZ ARMAS & M. DECHAPS, “Le droit international privé et la protection des passagers: l’articulation des sources européennes et internationales”, *REDC*, 2012, pp. 749-777.

¹⁹ S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, Sección ESTUDIOS, vol. 70, Nº2, 2018, pp. 17-47; J. VON HEIN & G. RÜHL (EDS.), *Kohärenz in Internationalen Privat-und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, vol., 53, Möhr Siebeck, 2016; J. L. IGLESIAS BUIGUES, “General Appraisal and Genesis of Regulatory instruments in the Field of Civil and Commercial Law” en J. J. FORNER I DELAIGUA & A. SANTOS (EDS.), *Coherence of scope of application: EU Private international legal instruments*, Schulthess Ed., Romandes 2020, pp.13-26

y la lectura completa de los artículos donde se incluyen las “cláusulas de compatibilidad”, es un hecho nada recomendable a realizar por lo ya mencionado. El curso del litigio y su éxito depende de ello.

2. “Cláusulas de compatibilidad” entre instrumentos jurídicos: los parámetros a tener en cuenta

2.1. Los problemas de compatibilidad generales

14. Para resolver los problemas de aplicación y posibles solapamientos que puedan surgir en el entramado de fuentes de tipo convencional y del DIPr europeo, e incluso con aquellas que emanan del acervo del Derecho sustantivo de la UE, se han incluido en todos estos instrumentos jurídicos, las conocidas “cláusulas de compatibilidad” o “de descuelgue” (*disconnection clauses*).

Estas cláusulas están diseñadas al abrigo del principio general del Derecho de la especialidad (*lex specialis derogat lex generali*)²⁰. Por lo tanto, lo que se hace con estas “cláusulas de compatibilidad” es desplazar el instrumento de corte general para que se apliquen los especiales por razón de la materia cuando los Estados miembros de la UE sean parte de éstos y sus normas deban ser aplicadas porque lo requiere el objeto del litigio.

15. Como explica MANKOWSKI, gracias a estas “cláusulas de compatibilidad” en principio, los instrumentos de corte especial no tienen por qué solaparse con el Reglamento Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007, dado que el ámbito material de estos convenios es diferente y especial por la materia que abordan. No obstante, algunos instrumentos aun conteniendo normas de CJI y reconocimiento no tratan todos los problemas procesales que puedan surgir en el curso de un procedimiento. Y a luz de la jurisprudencia el TJUE siguen existiendo problemas de interpretación a tener en cuenta, en particular como han mostrado los instrumentos especiales en materia de transportes²¹.

Por ello, los instrumentos de corte general tampoco tienen porque ser excluidos de aplicación siempre, precisamente porque estas “cláusulas de compatibilidad” salvaguardan su aplicación para determinados aspectos, como es el control de la competencia en caso de no comparecencia de un demandado. Todo ello, siempre y cuando el mismo texto de los Reglamentos o los Convenios especiales por la materia, así lo hayan previsto en sus disposiciones. Por ejemplo, cuando sus normas que contienen sólo foros de competencia judicial internacional remitan a la *lex fori* del Estado de los tribunales que tienen competencia en virtud de estas normas, para dilucidar los aspectos procedimentales no resueltos por la norma de su texto convencional²². O que en los instrumentos de CJI de corte general haya también incisos que ayuden a los jueces de los Estados miembros a saber aplicar uno u otro, en función del problema procesal que acontezca.

16. Al hilo de lo dicho en el párrafo anterior, se destaca que la convivencia entre los instrumentos jurídicos internacionales con los del DIPr europeo, no debe menoscabar los principios y derechos fundamentales del Derecho de la UE. Lo que se conoce como el “TNT Test” (asunto *TNT Netherlands BV*)²³.

²⁰ Como se establecen en particular en el artículo 71 del Reglamento Bruselas I *bis*, y el Título VII del Convenio de Lugano 2007; P. MANKOWSKI, “Chapter VII : Relations with...”, *loc.cit.*, en P. MANKOWSKI & U. MAGNUS (ED.) ET AL., *European Commentaries on Private International law...*, *op.cit.*, pp. 1020-1021.

²¹ *Ibid.*, p. 1051. Cabe decir que esta jurisprudencia del TJUE ha sido criticada por la Doctrina *ius privatista* por hacer una interpretación quizás en exceso restrictiva de los instrumentos especiales por razón de la materia en materia de transportes.

²² *Ibid.*, pp. 1050-1060: “(...) As a consequence, the Brussels I Regulation is in no way excluded from application if a specialized Convention conferred to in Art. 71 fails to govern a matter dealt with in the provisions of the Regulation or if any specialized Convention referred to in Art. 71 re-refers to the procedural law of the forum State”. The Regulation is excluded from application not in a wholesale manner but only to the extent to the specialized Convention purports to govern a specific matter exclusively”; F.F. GARAU SOBRINO, “Capítulo VII. Artículo 71”, en P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO ET AL., (COORD.), *Comentario al Reglamento (UE) N°1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Aranzadi, 2016, pp. 1066-1084.

²³ *Ibid.*, pp. 1051-1054; y que el autor critica dado que en numerosas ocasiones esta interpretación del TJUE puede menoscabar la seguridad jurídica que se pretende con las “cláusulas de compatibilidad”. Con cita a la relevante STJUE, de 4 de mayo

El TJUE para evitar estas infracciones u otras a los principios supremos del ordenamiento jurídico de la UE, nos ofrece una serie de parámetros a los que someter la aplicación del Convenio internacional en vez del Reglamento Bruselas I *bis*, y aplicar de forma correcta la cláusula de compatibilidad de su artículo 71. Estos instrumentos siendo parte del acervo de normas del DIPr europeo deben ser interpretados no de forma textual, sino de forma teleológica o por su finalidad.²⁴ Así como también en base al principio de la buena fe que se establece en las normas del Derecho internacional público de los tratados.²⁵ No obstante, el desplazamiento que debe hacerse de los Convenios internacionales aun siendo de aplicación se limita a aquellos que tengan un nivel de protección y tutela de las partes inferior al que tenga el Reglamento Bruselas I *bis*, y que hayan sido hechos después del mismo.

Los problemas de compatibilidad entre el Convenio de Montreal 1999 y Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007

17. El problema que parece existir entre la aplicación del Convenio de Montreal 1999 y el acervo de normas Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007 que se pueden aplicar en determinados casos a los litigios transfronterizos de transporte aéreo de pasajeros, nace y reside en el alcance del ámbito material del Convenio de Montreal 1999 y las reclamaciones que cubre, si se comparan a su vez con los derechos otorgados por el legislador europeo a los pasajeros en el Reglamento 261/2004.

De hecho, –pone de relieve TANG–, que este es el problema más relevante cuando se quiere determinar muchas veces qué instrumento invocar de forma adecuada. Su convivencia con el Reglamento 261/2004 y la posible interrelación de ambos (Convenio y Reglamento 261) con las normas del Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007 sigue siendo conflictivo en muchos casos, y la autora comenta que no existe en la Doctrina un consenso generalizado, a pesar de que la jurisprudencia del TJUE si muestra más uniformidad en este aspecto y ha intentado solucionar estos problemas con sus interpretaciones.²⁶

18. En el ámbito doctrinal de un lado, un sector considera que el Convenio de Montreal 1999 no incluye ni tampoco desarrolla en ninguna de sus disposiciones, ciertas reclamaciones que los pasajeros pueden hacer frente a determinados incumplimientos de las compañías aéreas, ie.: indemnización de daños. Como consecuencia, se debe complementar la reclamación del pasajero con las acciones del Reglamento 261/2007. Así como también es posible la aplicación del instrumento de corte general como el Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007 para lo que el Convenio de Montreal 1999 no alcance.

2008, *TNT Netherlands BV c. AXA Versicherung AG*, C-533/08 (ECLI:EU:C:2010.243), donde se vislumbra esta interpretación del artículo 71 del Reglamento Bruselas I *bis* y el test que emana de esta jurisprudencia para poder aplicar los instrumentos internacionales especiales por razón de la materia; así también el caso *Kintra*, STJUE, de 4 de septiembre de 2014, *Kintra UAB*, C-157/13 (ECLI:EU:C:2014:2145), que consolida la jurisprudencia TNT, en un asunto que relacionaba el Reglamento de insolvencia, el Reglamento Bruselas I y el Convenio de transporte por carretera, A. PUETZ, “Rules on Jurisdiction and Recognition or Enforcement of Judgments in Specialised Conventions on Transport in the Aftermath of TNT”, *The European Legal Forum*, Vol. 5, N°6, 2018, pp. 118-125.

²⁴ Vid. por todos, A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La jurisprudencia normativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento Bruselas I *bis*”, A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho internacional privado*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, en particular las citas que los autores hacen a la jurisprudencia del TJUE en relación a la interpretación teleológica que realiza sobre los principios del Derecho de la UE en el Reglamento Bruselas I *bis*.

²⁵ En particular las emanadas de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, STJUE de 6 de mayo de 2010, *Walz*, C-63/09 (ECLI:EU:C:2010:251), p. 23 y jurisprudencia citada, por lo que sus conceptos serán interpretados de forma autónoma y uniforme por todos los tribunales y autoridades de los Estados miembros al igual que se hace con los conceptos autónomos de los Reglamentos.

²⁶ Z.S.TANG, “Aviation jurisdiction and protección...”, *loc.cit.*, p.3; hay que hacerse eco también de lo que el legislador explica en la “Comunicación de la Comisión Europea: Directrices interpretativas del Reglamento (CE) N°261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CE) N° 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente en su versión modificada por el Reglamento (CE) N°889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo”, *DOUE*, 15 de junio 2016, C 214/5.

Según otro sector, el Convenio de Montreal 1999 prevalece sobre las disposiciones del Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007²⁷, por el carácter de sus foros, no estando tan claro que su ámbito material no comprenda la compensación al pasajero por cancelación de vuelo a tanto alzado calculando el daño real en la indemnización como sí lo hace de forma expresa el Reglamento 261/2007.²⁸

19. Al margen de la Doctrina, como se ha puesto de relieve en el párrafo anterior, la jurisprudencia del TJUE ha hecho una interpretación menos extensiva del ámbito material del Convenio de Montreal 1999, en relación con la invocación conjunta que pueda hacerse de las acciones del Reglamento 261/2004, en favor del Reglamento Bruselas I *bis*/Lugano 2007.

20. Algunos de los asuntos más llamativos sobre este particular son los siguientes. En el asunto *Rehder c. Air Baltic*²⁹ (el asunto pionero sobre este problema de interpretación en cuestiones de determinación de la CJI), el TJUE consideró que el Reglamento Bruselas I se debía aplicar cuando la acción no estuviera comprendida en el ámbito material del Convenio de Montreal 1999, pero sí en el Reglamento 261/2004, que el pasajero invocó para su reclamación. Y si el vuelo era intracomunitario. Esto es, que tanto el lugar de salida como llegada o intermedios (en vuelos de conexión) estén situados en los Estados miembros y el domicilio social de la compañía aérea se encuentre sito en un Estado miembro³⁰.

Esta jurisprudencia ha sido criticada por la Doctrina, pero no solamente por la interpretación del Convenio de Montreal 1999 y la relación con el Reglamento Bruselas I *bis*, sino en lo que se explicará en el siguiente epígrafe³¹. En otros asuntos, como el as., *Sturgeon y otros*, se criticó que el TJUE hiciese una interpretación extensiva del ámbito material del Reglamento 261/2004, en relación con las reclamaciones a tanto alzado en supuestos de retraso de los vuelos.³²

En el asunto *easyJet Airline Co. Ltd*, el TJUE vuelve a matizar y reiterar su interpretación dada en jurisprudencia anterior: si el pasajero formula reclamaciones solo basadas en las acciones que contempla el Reglamento 261/2004 y cuando el vuelo sea intracomunitario, no se aplicarán las disposiciones del Convenio de Montreal 1999 sino el Reglamento Bruselas I *bis*³³.

²⁷ STJUE de 28 de diciembre de 2008, *Wallenin-Hermann*, C.549/07 (ECLI:EU:C:2008:771), p. 28; STJUE de 10 de julio de 2008, *Emirates Airlines*, C-173/07 (ECLI:EU:C:2008:400), p.43; STJUE de 10 de septiembre de 1996, *Comisión Europea c. Alemania*, C-61/94 (ECLI:EU:C:1996:313); A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXI. Contratos de transporte...”, en A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, op.cit., p. 3071, quizás la confusión se deba también a que las diferentes versiones lingüísticas del Convenio de Montreal 1999 tampoco coinciden.

²⁸ En la jurisprudencia del TJUE, pero con poca claridad sobre este aspecto, STJUE de 6 de mayo de 2010, *Walz*, C-63/09 (ECLI:EU:C:2010:251), p. 29; STJUE de 28 de diciembre de 2008, *Wallenin-Hermann*, C.549/07 (ECLI:EU:C:2008:771); C. J. CHENG, *Studies in International Air Law: Selected Works of Bin Cheng*, Brill, 2017, pp. 956-975; N. BERNARD, “Taking Air Passenger Rights Seriously: the Case Against the Exclusivity of the Montreal Convention”, disponible en: <https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/bitstream/handle/123456789/64713/Bernard%20Taking%20Air%20Passenger%20Rights%20Seriously%3A%20the%20Case%20Against%20the%20Exclusivity%20of%20the%20Montreal%20Convention%202020%20Accepted.pdf?sequence=2&isAllowed=y>; F. REUSCHLE, *Montreal Übereinkommen: Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr: Kommentar*, Walter de Gruyter, 2005; STJUE, de 6 de mayo de 2010, *Walz*, C-63/09 (ECLI:EU:C:2010:251), en este asunto por ejemplo, el TJUE si interpreta que el Convenio de Montreal incluye tanto el daño material como el no material en su artículo 22.

²⁹ STJCE de 9 de julio de 2009, *Rehder c. Air Baltic Corporation*, C-204/08 (ECLI:EU:C:2009:439), p. 27 y 28.

³⁰ STJUE de 10 de marzo de 2016, *Flight Refund*, C-94/14 (ECLI:EU:C:2016:148)

³¹ M. GEORGE & J. HARRIS, “Service contracts, Carriage by Air and the Brussels I Regulation”, *Law Quarterly Review*, 126, 2010, pp. 30-36; P. MAESTRE CASAS, “El pasajero aéreo desprotegido: Obstáculos a la tutela judicial en litigios transfronterizos por incumplimiento de las compañías aéreas”, *CDT*, Vol. 3, N°2, 2011, pp. 282-303; P. JIMÉNEZ BLANCO, “La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros: comentario a la STJCE, Asunto C-204/08: *Peter Rehder c. Air Baltic Corporation*”, *Diario La Ley*, N°7294, 2009; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones de Competencia judicial internacional...”, *loc.cit.*; P. MAESTRE CASAS, “El pasajero aéreo desprotegido: Obstáculos a la tutela judicial en litigios transfronterizos por incumplimientos...”, *loc.cit.*

³² STJUE de 19 de noviembre de 2019, *Sturgeon y otros*, C-402/07 (ECLI:EU:C:2009:716); R. PAZOS CASTRO, “El derecho a compensación por retraso en la normativa europea de transporte aéreo de...”, *loc.cit.*; C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Contratos internacionales de consumo: ...”, *loc.cit.*

³³ STJUE de 7 de noviembre de 2019, *easyJet Airline Co. Ltd*, C-213/18 (ECLI:EU:C:2019:927), p. 34 con cita a la jurisprudencia emanada de *Flight Refund* (C-94/14); A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXI. Contratos de transporte internacional”, en A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *Tratado de Derecho internacional privado*,

El carácter imperativo de los foros del artículo 33 apartado 1º del Convenio de Montreal y los foros del sistema Bruselas I *bis*/Lugano 2007 para litigios de contratos aéreos de pasajeros

21. Se ha mencionado que el artículo 33 apartado 1º del Convenio de Montreal, contiene una serie de foros que obligan al pasajero-demandante que lo invoque a interponer la demanda en los lugares que establece. Estos foros son imperativos. El Convenio de Montreal 1999 prevalece sólo si el Convenio es aplicable por tratarse de un transporte aéreo entre dos puntos situados en dos Estados miembros del Convenio (artículo 1 apartado 2º)³⁴.

Estos foros precluyen la aplicación de otros foros por su carácter imperativo. Esto impide que una vez invocado el Convenio, se puedan aplicar otros foros que se contienen los instrumentos de corte general³⁵.

Los foros que ofrece este artículo en indemnización de daños son los siguientes a elección del demandante; el tribunal del domicilio del transportista o de su oficina principal, o del lugar en que tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato, aunque sea ante el tribunal del lugar de destino (este último es el lugar de la sucursal también previste en el artículo 7 apartado 5 del Reglamento Bruselas I *bis* y el 5 apartado 5 del Convenio de Lugano). En este último con limitaciones en todos estos instrumentos jurídicos.

No vale cualquier sucursal sino que tiene ser la “oficina” donde se realizó el contrato de pasaje o transporte entre la compañía aérea y el pasajero (buscando de esta forma los “vínculos más estrechos” y la proximidad entre el lugar de la obligación y el tribunal que debe conocer de la demanda)³⁶.

22. Ahora bien, se ha comentado que podrían haber sido de aplicación los foros del sistema Bruselas I *bis*/Lugano 2007, y qué hubiera pasado si el pasajero hubiera invocado el Convenio de Lugano 2007 para determinar la CJI del tribunal en vez del Convenio de Montreal 1999?

En el caso que se hubieran invocado las disposiciones de los instrumentos de corte general, tampoco existen tantas diferencias de estos foros de CJI con los foros que se establecen en el artículo 33 apartado 1º del Convenio de Montreal 1999. Los foros que la jurisprudencia del TJUE ha admitido en reclamaciones de infracciones contractuales por compañías aéreas, y a sabiendas de la exclusión de estos contratos del foro de contratos de consumo en el Reglamento Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007, son los relativos a la obligación de tipo contractual entendiendo que ésta se puede hacer efectiva tanto en el lugar de llegada (cancelaciones-retrasos) como en el de salida (retrasos)³⁷. La diferencia entre estos foros y los del Convenio de Montreal 1999 analizados, es que en el Convenio de Montreal no se permite establecer la acción en el lugar de salida. Pero todos son foros alternativos que concurren con el foro general del domicilio del demandando, así también con el de la sumisión tácita o el de la sumisión expresa, si había una cláusula de sumisión expresa no exclusiva que cumpla con las formalidades establecidas en la norma para no ser declarada nula y dejar este foro sin validez. Se podría decir entonces que el juzgado no se hubiera declarado incompetente, porque hubiera tenido competencia por alguno de los foros de este sistema de normas.

t. III, pp. 3060-3061; N. GOÑI URRIZA, “La determinación de la competencia judicial internacional en las reclamaciones de indemnización y daños resultantes de la cancelación y retraso de vuelos: la sentencia del Tribunal de Justicia d 7 de noviembre de 2019, C-213/18, a *Gaivoti y otros c. easyJet Airline Co. Ltd.*”, *CDT*, Vol. 12, N°2, 2020, pp. 1030-1035, p. 1034, en donde la autora se hace eco de lo que el AG considera sobre este *depeçage* de normas de competencia judicial internacional: la gran dispersión que puede conllevar para los operadores jurídicos.

³⁴ A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXI. Contratos de transporte...”, en A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, op.cit., p. 3060.

³⁵ *Ibid.*, (CALVO CARAVACA & CARRASCOSA GONZÁLEZ), p. 2470.

³⁶ STJUE de 11 de abril de 2019, *Ryanair*; C-464/18 (ECLI:EU:C:2019:311), en esta sentencia lo importante de la interpretación del TJUE es que la sucursal no puede ser demandada si no ha participado de la relación contractual entre el pasajero y su compañía aérea. Por lo que debe existir un vínculo real y objetivo (el contrato) para poder activar este foro, como ha interpretado la jurisprudencia del TJUE y sigue haciéndolo frente a la exclusión de estos contratos como contratos de consumo en el sistema Bruselas I *bis*/Lugano 2007; A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXI. Contratos de transporte...”, en A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, op.cit., p. 3061.

³⁷ C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Contratos internacionales de consumo:...”, *loc.cit.*

23. Cabe decir que todos estos foros, los del Convenio de Montreal 1999, y los foros alternativos para obligaciones de tipo contractual del sistema Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007 atribuyen no sólo la CJI sino también la competencia territorial, cuando en su redacción han incluido “el lugar” (*ratione loci*)³⁸. Por lo que los jueces de los Estados parte no pueden aplicar sus normas de competencia territorial³⁹.

El control de la competencia judicial internacional por los Tribunales españoles y las sumisiones del demandado: ¿foros alternativos?

24. De forma general, tanto en las normas de CJI como en las de competencia territorial españolas, si el demandado se somete a la CJI de los tribunales y salvo determinadas excepciones, no cabe que el juez se declare incompetente. Pero se ha comentado en el apartado de los hechos que el demandado (la compañía aérea suiza) compareció ante el juzgado español⁴⁰. Emanaba del Auto que dio audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 38 de la LEC, antes de declararse incompetente. Dando la oportunidad al demandado tras ser emplazado de poder oponerse⁴¹. Tras ello, el juzgado se declara de oficio incompetente. Llegando al *quid* de lo importante sobre este Auto.

25. El juzgador menciona que en el Convenio de Montreal 1999 no ha regulado la sumisión tácita pero en el Reglamento Bruselas I *bis* si se ha regulado, aunque no es de aplicación⁴². De otro lado, según el juzgador el asunto no puede someterse a los foros de dicho instrumento porque no es un vuelo intracomunitario y prevalece según su artículo 71, apartado 1º, el Convenio de Montreal 1999.

Por tanto, es de aplicación la regla del artículo 36.2.2º en vez de la 3º LEC para el control de oficio de la competencia del tribunal. Dos cuestiones pueden nacer. Primero, ¿no debía haber sido de aplicación para el control de la competencia, las normas del Reglamento Bruselas I *bis* y/o del Convenio de Lugano 2007?; y segunda cuestión, ¿está realmente claro que el Convenio de Montreal no permite la sumisión tácita de las partes?; ¿podría ser un foro alternativo a los que el Convenio si menciona de forma expresa?⁴³

26. Es cierto que el Convenio de Montreal 1999 no ha regulado la sumisión tácita, de forma expresa. Sin embargo, en el artículo 49 se establece, de un lado, el carácter imperativo de los foros del Convenio de Montreal 1999. De otro lado, se prohíben determinado tipo de acuerdos de sumisión expresa que las compañías aéreas incluyen en sus contratos de transporte con los pasajeros. Son aquellos que intentan derogar los foros de CJI que el legislador del Convenio de Montreal 1999 considera abusivos para el pasajero y que permiten a las compañías aéreas ser demandadas donde consideren sin respeto a estos foros⁴⁴.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado, Vol.I, op.cit.*, pp. 131-133 y pp. 348-350.

⁴⁰ *Supra* Epígrafe I.2.

⁴¹ A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. 1º, ed. 16ª, Comares, 2016, pp. 372-375, esp. 373: “(...) Por ello, es preciso, en todo caso, que el tribunal español emplazado al demandado y espere a comprobar cuál es su actitud procesal”, antes de declararse de oficio incompetente; E. CASTELLANOS RUIZ Y J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil: de la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (artículos 36 a 39 LEC)”, *InDret*, N°3, 2006, pp. 2-23.

⁴² Auto del Juzgado de lo mercantil nº1 de La Coruña, nº 00008/2022, de 13 de enero de 2022, AJM C 9/2022 (ECLI:ES:JMC:2022:9A), FJ 2º: “(...) Por tanto, al no ser de aplicación ese Reglamento 1215/12 (cuyo artículo 71 dice: “El presente Reglamento no afectará a los convenios en que los Estados miembros sean parte y que, en materias particulares, regulen la competencia...), se aplica el Convenio de Montreal y se recuerda que no está prevista la sumisión tácita en dicho Convenio. En consecuencia, al no haber sumisión tácita porque no se previó en el Convenio de Montreal, no es de aplicación el artículo 36.2.2 LEC que es el que permite examinar la competencia judicial y que permite a los tribunales españoles abstenerse de conocer el asunto, cuando en virtud de un tratado...”.

⁴³ Esta pregunta no es baladí, a la luz de ciertos asuntos, como el caso *Honeywell*, M. HERRANZ BALLESTEROS, “*Forum non conveniens*, accidentes aéreos y actuación de las autoridades españolas”, 2018, disponible en: <https://xdoc.mx/documents/forum-non-conveniens-accidentes-aereos-y-actuacion-de-las-6047033516a64>

⁴⁴ *Ibidem*, esp. p. 10 (TANG): “This article clearly prevents the contractual parties from inserting an exclusive choice of court clause to alter the rules as to jurisdiction before the damage occurred”; Artículo 49 Convenio de Montreal 1999 reza así: “Toda cláusula del contrato de transporte y todos los acuerdos particulares concertados antes de que ocurra el daño, por los cuales las partes traten de eludir la aplicación de las reglas establecidos en el presente Convenio, sea decidiendo la ley que habrá que apli-

No obstante, si permite que las compañías aéreas incluyan acuerdos de sumisión no exclusivos basados en alguno de los foros del artículo 33 del Convenio de Montreal 1999⁴⁵. Es más, sólo prohíbe que las partes realicen estos acuerdos de sumisión expresa antes que el daño ocurra, pero no impide que lo hagan *a posteriori*⁴⁶. Podría esto entenderse como que si tolera la sumisión tácita en base a sus propias disposiciones. Aunque la sumisión tácita no depende de que exista un acuerdo previo de sumisión expresa, se podría entender que mientras que las partes se sometan y que no sea para derogar los foros de CJI del apartado 1º artículo 33, sí se permite dicha sumisión.

27. A su vez, en su apartado 4º nos remite a la *lex fori* para resolver cuestiones procedimentales de fondo que el Convenio de Montreal 1999 no regula⁴⁷. De hecho, se ha llegado a decir que no prevé que la norma procesal interna del Estado en cuestión permita la posible aplicación del *forum non conveniens*, en supuestos donde se aplican los foros del artículo 33 apartado 2º relativas acciones relativas a accidentes producidos por la compañía aérea⁴⁸.

Al margen de esto, y volviendo a las presunciones que se hacen en estas líneas, se considera que el juzgador no explica o no interpreta bien el óbice procesal que posiblemente no le atribuía competencia en la norma procesal española.

Por ejemplo, si se aplicó el artículo de la LEC en donde se regula la sumisión tácita (artículo 56 y el artículo 54 en su totalidad) para poder excluir del todo su competencia para conocer del asunto (tampoco correcto a nuestro parecer, cuando el artículo 33 regula la competencia territorial y no sólo la CJI). Hay que tener en cuenta que el juicio se dilucidaba por el cauce del procedimiento verbal y el artículo 54 en su apartado 1º *in fine* considera que no cabe ni la sumisión expresa ni la tácita en algunas materias, dado que la doctrina del Tribunal Supremo es clara. En los juicios verbales no caben ninguna de ambas conductas procesales cuando la materia está regida por los foros de competencia territorial imperativos establecidos en el artículo 52 de la LEC (con relación de los foros 50 y 51 dependiendo si el demandado es persona física o jurídica)⁴⁹.

28. Por otra parte, si el pasajero, –como aprecia la jurisprudencia del TJUE mencionada–, ha basado las pretensiones de su demanda en el Reglamento 261/2004, sobre todo en lo que a cancelación de vuelos se refiere (artículo 5 apartado 3º del Reglamento se refiere), el juez del tribunal del Estado miembro puede aplicar los foros de Bruselas I *bis*/ Lugano 2007, entre los que se encuentra el foro de la sumisión tácita⁵⁰.

29. De forma contraria, si las pretensiones de la demanda se basan sólo en las disposiciones del Convenio de Montreal 1999, no pueden examinarse a la luz de otros instrumentos jurídicos⁵¹. Entonces, si

carse, sea modificando las reglas relativas a la jurisdicción, serán nulos y de ningún efecto”; SAP Madrid, nº 392/2017, de 26 de julio de 2017 (ECLI: ES:APM:2017:10881); también el artículo 46 puede ser interpretado de forma tal que dé lugar a pensar que pueda caber la sumisión tácita en algunos supuestos ligados al artículo 45 y al 33, de la acción de indemnización de daños.

⁴⁵ *Ibid.*, (TANG) esp. pp. 10-11; STJUE 18 de noviembre 2020, *Delayfix*, C-519/19 (ECLI:EU:C:2020:933).

⁴⁶ *Ibid.*, (TANG) esp. pp. 10-11; de la misma forma que para los foros de protección especial, se permiten estos acuerdos después de haber iniciado el procedimiento, por ejemplo, como reza el artículo 19 del Reglamento Bruselas I *bis*.

⁴⁷ El apartado 4º del artículo 33 Convenio de Montreal reza así: *las cuestiones del procedimiento se regirán por la ley del tribunal que conoce del caso* (la cursiva no es del texto).

⁴⁸ *Ibid.*, (TANG); M. HERRANZ BALLESTEROS, “*Forum non conveniens*, accidentes aéreos y actuación de las autoridades ...”, *loc.cit.*; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Accidentes aéreos y *forum non conveniens*”, *CDT*, Vol. 4, Nº2, 2012, pp. 307-321.

⁴⁹ Por ejemplo, entre otros muchos, ATS, nº 9772/2022, Sala de lo Civil, de 21 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:9722). Considerando en las normas de competencia territorial, el contrato de transporte aéreo de pasajeros como condición general de la contratación y al pasajero no consumidor y siendo el lugar de salida su domicilio, no se hubiera podido declarar incompetente tampoco.

⁵⁰ De nuevo, el asunto *easyJet Airline*, STJUE de 7 de noviembre de 2019, *easyJet Airline Co. Ltd*, C-213/18 (ECLI:EU:C:2019:927); Opinión del Abogado General Sr. Saugmandsgaard ØE de 20 de junio 2019, en el asunto C-213/18 (ECLI:EU:C:2019:524), es también de interés sobre el particular.

⁵¹ STJUE de 10 de marzo 2016, *Flight Refund*, C-94/14 (ECLI:EU:C:2016:148); en la jurisprudencia española, SAP Madrid, nº 392/2017, de 26 de julio de 2017 (ECLI: ES:APM:2017:10881) puntos 22.12 y 22.13; C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Contratos internacionales de consumo: eficacia de las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable incorporadas en...”, *loc.cit.*

se hubieran invocado y aplicado en este caso, los foros de Bruselas I *bis* /Lugano 2007 cabe decir que el foro de la sumisión tácita no está sometido a que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro. Por lo tanto, incluso el Reglamento Bruselas I *bis* podría haber desplazado al Convenio de Lugano 2007⁵².

Aun cuando la compañía demandada tuviera su domicilio en Ginebra (Suiza). Aunque esta solución ofrecida, sería criticada por un sector doctrinal que si considera que el foro de la sumisión tácita está sometido al domicilio del demandado para poder aplicar uno u otro considerando todos los datos del supuesto de hecho para hacerlo. Lo que es cierto es que los límites de como se ha regulado la sumisión tácita en estos instrumentos son difusos, como lo son los siguientes relativos al control de la competencia de los tribunales de oficio⁵³.

30. En el hipotético caso (a la luz de las presunciones que se realizan aquí) que el demandado lo que hizo fue contestar la demanda para interponer declinatoria internacional considerando que el juzgado no tenía CJI por los foros del artículo 33 apartado 1º Convenio de Montreal 1999, ya no se hubiera presenciado ninguna sumisión tácita⁵⁴. Tampoco en el derecho procesal interno español existe sumisión tácita si el demandado comparece para interponer declinatoria (según la correcta interpretación del artículo 36.2.3 LEC y los artículos 26.1/24.1 Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007/e incluso, el artículo 22 *bis* 3 LOPJ)⁵⁵.

31. Lo que sí es claro, es que si el demandado se somete y no usa los mecanismos procesales pertinentes para no aceptar dicha competencia, y no estamos ante un foro exclusivo o de protección especial (a los efectos de lo que se entiende por estos foros en materia civil y mercantil), los tribunales, en principio, no pueden declararse de oficio incompetentes⁵⁶. A no ser que según lo establecido en la LEC no queda en determinados tipos de procedimientos ni la sumisión expresa ni la tácita, entendiendo que es la *lex fori* la que debe aplicarse a estas cuestiones.

5. Foros exclusivos y foros imperativos - preclusivos

32. Una cosa son los foros exclusivos de CJI en los instrumentos generales de materia civil y mercantil y otra cosa es que las normas de la Convención de Montreal 1999 sean imperativas, que lo son⁵⁷. Sin embargo, no con el carácter de foro exclusivo o exorbitante como sí lo son las materias de los foros exclusivos muy tasadas en los respectivos artículos del Bruselas I *bis*/Lugano 2007 e incluso el artículo 22 LOPJ⁵⁸.

⁵² A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo en A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, t. II., *op.cit.*, p. ; Someter el foro de la sumisión tácita a la consideración del domicilio de las partes es un error en un amplio sector doctrinal.

⁵³ M. A. CEBRIÁN SALVAT, “El TJUE y el Reglamento Bruselas I bis: La sumisión expresa y tácita de las partes”, A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho...*, *op.cit.*; F.LÓPEZ SIMÓ, “Capítulo II: Sección 8ª. Artículo 27”, P. FRANZINA, “la garanzia dell’osservanza delle norme sulla competenza giurisdizionale nella proposta di revisione del Reglamento “Bruxelles I”, *CDT*, Vol.3, Nº1, 2011, pp.144-154; P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO *ET AL.*, (COORD.), *Comentario al Reglamento (UE) Nº1215/2012 relativo a la competencia judicial...*, *op.cit.*, pp. 591-606, p.595; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Artículo 28”, *op.cit.*, pp. 606-624, en relación al artículo 71, pp. 620-621.

⁵⁴ *Supra* Epígrafe II.2; En nuestros foros de producción interna, el artículo 22 *quinquies* letra a que otorga competencia a los tribunales españoles cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España.

⁵⁵ E. CASTELLANOS RUIZ Y J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil: de...”, *loc.cit.*, p.14.

⁵⁶ A-L., CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional... t. I*, p. 397; G. V. CALSTER, *European Private International Law*, 2nd. ed., Hart, 2016, pp. 87-89; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Competencia judicial internacional y autonomía de la voluntad”, *Almacén de Derecho*, 2017, disponible en: <https://almacendederecho.org/competencia-judicial-internacional-autonomia-la-voluntad>; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Sección 7ª. Prórroga de la competencia. Artículo 26”, en P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO, *Comentario al Reglamento (UE) Nº1215/2012 relativo a la competencia judicial, ..., op.cit.*, pp. 579-591.

⁵⁷ C. MARIOTTINI, “Article 71”, en M. REQUEJO ISIDRO (ED.), *Brussels I bis: A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, Elgar Commentaries, 2022, pp. 808 *et seq.*

⁵⁸ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones de Competencia judicial internacional...”, *loc.cit.*, p.183, las normas del Convenio de Montreal 1999 son normas materiales relativamente imperativas;

33. Los contratos de transporte de pasajeros por vía aérea no se encuentran en dicha clasificación. De hecho, los foros que se contienen en el artículo 33 del Convenio de Montreal 1999 son foros basados en la proximidad y alternativos, como lo son también los foros que se usan en el Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007 para este tipo de reclamaciones y litigios⁵⁹. El juzgador pareciera que considera los foros del Convenio de Montreal 1999 con los foros exclusivos mencionados cuando invoca el artículo 36.2. regla 2º, cuando lo que quería decir es que una vez invocado dicho instrumento que tiene cabida en el supuesto de hecho, sus foros son obligatorios y que el Convenio de Montreal 1999 no permite la aplicación de otros foros que no sean los que se establecen en el artículo 33 apartado 1º para las acciones de indemnización de daños. Aunque con dudas en relación con la sumisión tácita.

34. Por ello, es que se ha mencionado que al haber basado el pasajero sus pretensiones en el Reglamento 261/2004, y como se va a incidir en el apartado siguiente, y el vuelo operar entre dos Estados parte del Convenio de Lugano 2007, podría haber sido éste de aplicación.

III. De la importancia sobre el fondo

35. Con todo lo anterior, en este epígrafe se da respuesta a algo que ya se ha ido relacionando y mencionando en los anteriores epígrafes. Que las acciones invocadas y el instrumento jurídico que las contiene son importantes para valorar luego aspectos relativos al procedimiento⁶⁰. En este caso, el pasajero parece que invoca las acciones existentes en el Reglamento 261/2004, sobre la compensación que deben recibir por cancelación de vuelos. No se desprende del mismo Auto que se invocaran las normas del Convenio de Montreal 1999 que en cuanto al fondo.

36. En todo caso, aunque hubiera sido así, la jurisprudencia del TJUE, desde el asunto *IATA*, especialmente en su párrafo 46 dice que la Convención de Montreal 1999 en ningún caso puede constituir un obstáculo a la intervención del legislador comunitario para determinar, en el marco de las competencias atribuidas a la Comunidad en materia de transporte y protección de los consumidores, las condiciones en que conviene reparar los perjuicios relacionados con las molestias mencionadas⁶¹.

Cuestión diferente es que esta misma jurisprudencia del TJUE sobre el Reglamento 261/2004, su función y compatibilidad con el Convenio de Montreal 1999 sea a gusto de todos, por las críticas que ha recibido, debido a su interpretación extensiva en favor del Reglamento 261/2004, en vez del Convenio de Montreal 1999⁶².

37. Lo que sí se desprende de la jurisprudencia del TJUE analizada y es importante para este tipo de reclamaciones es que si el afectado invoca un instrumento jurídico u otro, cuando existen varios que contienen las mismas normas, la prelación de fuentes normativas cobra mayor importancia y es fundamental para llegar a un resultado u a otro. Por seguridad jurídica, es cierto que no se debe desplazar un instrumento jurídico u otro al antojo de los operadores, sino siguiendo unos parámetros que se basan en la voluntad querida por dicho legislador.

IV. Conclusiones

38. Tras el análisis, se considera que pueden obtenerse las siguientes conclusiones, al amparo de la solución que este Auto ofreció en el asunto:

S. AREAL LUDEÑA & J.A. FIERRO ABELLA, “La responsabilidad internacional del transportista aéreo en caso de muerte o lesión de pasajeros: ...”, *loc.cit.*, pp. 21-22.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 187; Z.S. TANG, “Aviation jurisdiction and protección...”, *loc.cit.*, p. 5.

⁶⁰ C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Contratos internacionales de consumo: ...”, *loc.cit.*

⁶¹ STJUE (Gran Sala), de 10 de enero 2006, *IATA*, C-344/04 (ECLI:EU:C:2006:10).

⁶² R. PAZOS CASTRO, “El derecho a compensación por retraso en la normativa europea de transporte aéreo de...”, *loc.cit.*

39. Sobre la compatibilidad y coexistencia de las fuentes especiales y generales en los litigios transfronterizos.- Las fuentes internacionales y del DIPr patrimonial europeo, sean de corte general o especial por razón de la materia, así como del Derecho sustantivo de consumo de la UE con las que los contratos de transporte de pasajeros aéreo cuentan, deben ser correctamente invocadas por las partes en el procedimiento para evitar situaciones posibles de indefensión.

Estas fuentes coexisten pero no se sustituyen en lo que una no cubra lo que las otras sí cubren en su ámbito material de forma automática, sino siguiendo unos criterios que ofrecen a todos los operadores jurídicos la seguridad jurídica necesaria. Sobre todo, en cuestiones de control de competencia para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandados. Los instrumentos de corte especial deben prevalecer siempre y cuando no contengan estándares menos protectores que las normas del DIPr patrimonial europeo, porque se han confeccionado para cubrir situaciones que los de corte general abarcan sólo de forma amplia.

40. Sobre la sumisión tácita en el Convenio de Montreal 1999.- El Convenio de Montreal 1999 contiene una norma de CJI en su artículo 33 apartado 1º para demandas que se basen en la indemnización de daños, con varios foros alternativos a elección del demandante. Foros que atribuyen no sólo la competencia judicial internacional sino la territorial, algo determinante. Contiene a su vez una norma de reenvío a la *lex fori* de los Estados parte, para solucionar los avatares procesales que no regula, como por ejemplo, el control de la competencia.

Ahora bien, no está del todo claro que el Convenio de Montreal 1999 que prohíbe determinados acuerdos de sumisión expresa en determinados supuestos como son aquellos acuerdos que pretenden derogar los foros de CJI de su artículo 33, no permita la sumisión tácita, cuando se ha interpretado que sí que permite que se hagan pactos entre las partes, una vez empezado el procedimiento. En contratos de transporte de pasajeros aéreos no se está en presencia ni de foros exclusivos ni de foros de protección especial de consumidores, por lo tanto podría caber la sumisión tácita incluso en este instrumento jurídico.

41. El TJUE ha interpretado que si la demanda del pasajero se ha basado en las acciones previstas del Reglamento 261/2004, tiene cabida los foros de Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007. Pero sólo cuando se han invocado dichos instrumentos en el mismo tipo de acción que invocó el pasajero en este asunto, dado que el Convenio de Montreal 1999 es estricto en admitir otros foros de CJI. Y la remisión que hace el artículo 71.2.b al artículo 28 del Bruselas I *bis*, la realiza en supuestos de control de oficio de la competencia de los tribunales de los Estados miembros cuando el demandado no se ha personado ni comparecido. En el caso de Autos, el demandado si compareció tras haber sido emplazado por el juzgado.

Al parecer de este análisis, dado que la reclamación se hizo de conformidad con el Reglamento 261/2004 y no del Convenio de Montreal 1999, si hubiera podido caber la aplicación alternativa del foro de la sumisión tácita del sistema Bruselas I *bis*/Lugano 2007.

42. Sobre el ámbito material del Convenio de Montreal 1999 y las reclamaciones por cancelación de vuelos.- No está claro tampoco que el alcance del ámbito material del Convenio de Montreal 1999 no cubra todo tipo de indemnizaciones. Aunque la jurisprudencia del TJUE sigue interpretando que existen notables diferencias entre lo que establece en el Reglamento 261/2004 y el mismo Convenio, la diferencia estriba en si se ha solicitado el daño real y a tanto alzado o no por el pasajero, para saber el alcance de ambos instrumentos que pueden concurrir en muchos litigios.

Quizás, en futuras revisiones de la Convención de Montreal 1999, se podrían tomar en cuenta los problemas que existen de interpretación sobre su alcance y ámbito material, así como la posible inclusión de otros foros que están contemplados en los instrumentos de corte general y que a veces, desplazan a la Convención, como se ha analizado. Si este instrumento se hizo específicamente para tutelar los intereses de los pasajeros en general (no del pasajero consumidor), ha de tenerse en cuenta como tal y adaptarse un poco más a la realidad existente de este tipo de litigios.