

Las cláusulas de elección de foro en los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Los arts. 251 y 468 de la Ley de Navegación Marítima

Jurisdiction agreements in contracts for the carriage of goods by sea under bill of lading. Arts. 251 and 468 of Spanish Maritime Navigation Act

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Cantabria*

ORCID ID: 0000-0002-1376-497X

Recibido: 10.01.2023/Aceptado:06.02.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7546

Resumen: Las cláusulas de elección de foro desempeñan una función especialmente importante en el ámbito de los contratos de transporte marítimo de mercancías, en esencia de carácter internacional, aportando seguridad jurídica y potenciando al mismo tiempo el tráfico comercial. Las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque, sin embargo, suscitan determinados problemas de validez formal del consentimiento y oponibilidad frente a terceros. El art 25 RBI-bis guarda silencio sobre la eficacia traslativa de los acuerdos de jurisdicción, viniendo a ser colmada esta laguna por la jurisprudencia del TJUE. La aplicación y la interpretación de esta jurisprudencia en relación con los arts. 251 y 468 LNM ha hecho surgir posiciones enfrentadas tanto en la doctrina como en los tribunales españoles, y ha originado finalmente la presentación de una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Palabras clave: cláusulas de jurisdicción, contratos de transporte marítimo de mercancías, conocimiento de embarque, RBI-bis, Ley de Navegación Marítima.

Abstract: Jurisdiction clauses play a particularly important role in the field of contracts for the carriage of goods by sea, which are essentially international in nature, providing legal certainty and at the same time promoting commercial traffic. The forum selection clauses inserted in bills of lading, however, raise certain problems of formal validity of the consent and opposability against third parties. Article 25 RBI-bis is silent on the translational effectiveness of jurisdiction agreements, this gap being filled by the jurisprudence of the TJUE. The application and interpretation of this jurisprudence in relation to arts. 251 and 468 LNM has given rise to conflicting positions both in the doctrine and in the Spanish courts, and has finally led to the presentation of a preliminary ruling before the CJUE.

Keywords: jurisdiction clauses, Bill of Lading, contracts for the carriage of goods, Brussels I Regulation (recast), Spanish Maritime Navigation Act.

Sumario: II. Introducción. II. Las cláusulas de elección de foro contenidas en los contratos de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. III. Regulación internacional de las cláusulas de elección de foro contenidas en conocimientos de embarque. 1. Consideraciones

generales. 2. RBI-bis (art. 25). A) Aspectos generales. B) Requisitos de validez I. a) Requisitos de validez formal. b) Requisitos de validez material. C) Eficacia traslativa. 3. Convenio de Lugano II (art. 23). IV. Regulación interna de las cláusulas de elección de foro contenidas en contratos de transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque (arts. 468 y 251 LNM). 1. Introducción. 2. Requisitos de validez de las cláusulas de elección de foro (art. 468 LNM). 3. Eficacia traslativa de las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque (art. 251 LNM). V. Aplicación de los arts. 251 y 468 LNM por jueces y tribunales españoles. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. La Ley 14/2014 de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante, LNM)¹ introdujo en el ordenamiento jurídico español nuevas reglas de competencia judicial internacional para determinados tipos de contratos del sector marítimo. Concretamente, y desde su entrada en vigor, *los contratos de utilización de buque y los contratos auxiliares de la navegación* cuentan con un régimen especial de competencia judicial internacional establecido en los arts. 468 y 469 y el art. 251 LNM².

2. No obstante, los foros previstos en la LNM para *los contratos de utilización de buque* (arrendamiento, fletamento -por tiempo, por viaje y en régimen de conocimiento de embarque-, pasaje y remolque) y *los contratos auxiliares de navegación* (gestión naval, consignación de buques, practicaje y manutención portuaria), solo pueden aplicarse en defecto de normas internacionales y europeas que regulen la misma materia (arts. 93 y 96 CE, art. 21. 1 LOPJ, arts. 2 y 468 LNM). Y, precisamente, en este contexto, para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles existen ya dos importantes instrumentos internacionales: a) el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y el 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 (en adelante, RBI-bis); y b) el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007 (en adelante, Convenio Lugano II).

3. Según el legislador español, con este régimen especial de competencia judicial internacional previsto en la LNM para los contratos de utilización de buque y los contratos auxiliares de navegación, se trata de evitar los “abusos” detectados en el tráfico marítimo internacional, donde una de las partes contratantes, normalmente las navieras, imponen el tribunal internacionalmente competente o el arbitraje en el extranjero a la parte más débil de la relación jurídica considerada (cargador, tenedor del conocimiento de embarque, pasaje, etc...). Para intentar corregir este desequilibrio contractual, la LNM declara nulas las cláusulas de elección de foro o de arbitraje incluidas en el contrato cuando no hayan sido negociadas de manera individual y separada (XI Exposición de Motivos, art. 468 LNM). Y, además, despoja de eficacia traslativa a los acuerdos de elección de foro o arbitraje contenidos en un conocimiento de embarque (art. 251 LNM)³.

4. Esta regulación, si bien podría estar justificada para los contratos de pasaje, carece de todo sentido en el transporte marítimo de mercancías, especialmente en régimen de conocimiento de embarque. Resulta, además, contradictoria con la regulación internacional de las cláusulas de elección de foro

¹ BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014. Entrada en vigor: 25 de septiembre 2014.

² El Derecho de la Navegación Marítima en España carece de un régimen especial de competencia judicial internacional, salvo lo dispuesto en la LNM para los contratos de utilización de buque y los contratos auxiliares de la navegación. Por tanto, a efectos de competencia judicial internacional, deben aplicarse las normas generales establecidas en los arts. 22-22 *nonies* LOPJ, sin perjuicio de lo establecido en los Convenios internacionales en vigor para España. En este sentido, deben tenerse en cuenta: el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia civil en materia de abordaje, de 10 de mayo de 1952; el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima, de 10 de mayo de 1952 y el Convenio internacional sobre salvamento marítimo, hecho en Londres el 28 de abril de 1989.

³ A. BADIA, “Jurisdicción y competencia”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 415-426, esp. p. 419.

establecida en el RBI-bis y en el Convenio de Lugano II. A pesar de que el impacto de la LNM en la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles podría considerarse menor por resultar de aplicación solo en defecto de instrumentos internacionales, lo cierto es que no está siendo así en la práctica. Si bien es cierto, el RBI-bis regula la existencia y validez de las cláusulas de elección de foro, guarda silencio sobre su eficacia traslativa, viniendo esta laguna a ser colmada por el TJUE. Y es precisamente, la interpretación y aplicación de esta jurisprudencia en relación con el art. 251 y el art. 468 LNM la que enfrenta a la doctrina y, actualmente, a las Audiencias Provinciales en España⁴.

II. Los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque

5. El crecimiento del comercio internacional, unido a la mejora de las técnicas de navegación han conducido a generalizar en la práctica comercial el transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque en línea regular. En este tipo de contratos, el cargador/fletador contrata con el porteador el transporte de la mercancía en un buque indeterminado que permite una pluralidad de cargamentos. En los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque en línea regular, lo que importa no es tanto el buque sino la reserva de espacio de carga para el transporte de la mercancía en un contenedor. Las navieras ofrecen sus servicios de transporte de un puerto a otro a una pluralidad de cargadores, cuya mercancía ocupa un espacio determinado de carga en el buque⁵.

6. La celebración del contrato de transporte va acompañada de la emisión de una serie de documentos, entre ellos, el conocimiento de embarque (*Bill of Lading* o B/L), emitido por el porteador, el capitán o el agente del porteador antes de iniciar el viaje y una vez que las mercancías han sido cargadas en el buque. El conocimiento de embarque desempeña tres funciones básicas: a) *una función contractual*: constituye el documento del contrato a que se incorporan las condiciones del contrato del transporte; b) *una función probatoria*: sirve para probar que las mercancías han sido entregadas al portador y cargadas a bordo del buque; y c) *una función representativa*: atribuye al tenedor/poseedor el derecho a reclamar al porteador las mercancías especificadas en el conocimiento y a disponer de ellas durante el viaje. En este último sentido, el conocimiento de embarque es un título de crédito y de tradición, esto es, un título valor⁶.

7. Las navieras que operan en el sector del transporte marítimo internacional de mercancías ofrecen normalmente sus servicios a través de sus propias páginas web a todo aquél que quiera contratarlos. Cuentan, además, para ello con sus propias condiciones generales de la contratación. Cuando el transporte es en régimen de conocimiento de embarque en línea regular, dicho documento incorpora las mencionadas condiciones generales entre las que se incluyen las cláusulas de elección de foro, sin que el cargador de la mercancía pueda negociar individualmente las mismas. Se trata de auténticos contratos de

⁴ J. J. PÉREZ BENÍTEZ “De nuevo las cláusulas de jurisdicción en los contratos marítimos. Una regulación insatisfactoria”, en J. M. SOBRINO HEREDIA/G.A. OANTA (Coords.), *La construcción jurídica de un espacio marítimo común europeo*, REDEXMAR: J.M. Boch editores, Barcelona, 2020, pp. 207-219, esp. p. 209.

⁵ 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”, *CDT*, 2019-1, pp. 408-437, esp. pp. 412-415; F. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010.

⁶ Atendiendo a la clasificación de los títulos-valores, puede decirse que el conocimiento de embarque es: a) *un título-valor causal*: las obligaciones que incorpora para las partes traen causa de un contrato de transporte previo a su emisión; b) *un título-valor literal completo*: recoge todos los derechos y obligaciones derivadas del contrato de transporte así como las condiciones generales de la contratación en dicho sector, normalmente emitidas por la naciera o porteador; c) *un título-valor real*: otorga a su titular el derecho de disponer de las mercancías que dicho documento representa; d) *un documento-tipo emitido en masa* por las navieras en sus transportes marítimos. Además, y atendiendo a la forma de designar al titular, el conocimiento de embarque puede ser emitido al portador (cuando no se menciona el nombre del destinatario), a la orden (del cargador o de la persona que éste designe) o incluso ser nominativo (cuando la mercancía deba ser entregada al mismo cargador o a una persona distinta de éste). El conocimiento de embarque atribuye al tenedor del mismo el derecho de exigir la entrega de las mercancías al porteador, en este sentido, el conocimiento de embarque es un título ejecutivo. *Vid.* F.B LANGELAAN OSSET, loc.cit, p. 413; L. FONTESTAD PORTALÉS, *Conocimiento de embarque como título ejecutivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

adhesión o contratos en masa. En este tipo de contratos, el cargador (“parte débil” de la relación jurídica) ve compensada esta pérdida de libertad o autonomía de la voluntad negocial con otros factores determinantes que le inducen a contratar como puedan ser la calidad, seguridad, duración y precio del transporte⁷.

8. Si el conocimiento de embarque circula, lo que será lo más habitual, el destinatario receptor de las mercancías, también se ve sometido a la cláusula de elección de foro. El tenedor del conocimiento de embarque tiene escasa, por no decir nula, capacidad de negociar el clausurado del mencionado documento, por lo que en caso de surgir una controversia se verá obligado a litigar ante los tribunales designados por el porteador en el conocimiento de embarque. Surge así el problema de determinar en qué casos y bajo qué condiciones puede una cláusula de elección de foro inserta en un conocimiento de embarque considerarse válida, y en su caso, desplegar efectos traslativos frente a terceros. Pero, este escenario no estaría completo sin la entrada en juego de las compañías de seguros. Normalmente, cuando se producen incidencias o retrasos durante el transporte que afectan a las mercancías, las aseguradoras tras indemnizar al asegurado (cargador y/o tenedor del conocimiento de embarque) por los daños sufridos, ejercitan *a posteriori* una acción de repetición contra el porteador/transportista, viéndose entonces obligadas a acudir ante los tribunales elegidos/impuestos por la naviera en el conocimiento de embarque⁸.

III. Las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque: regulación internacional

1. Consideraciones generales

9. Al igual que sucede en otros ámbitos de la contratación internacional, en el transporte marítimo de mercancías la inclusión de cláusulas de elección de foro en los contratos o en la documentación que los acompaña viene siendo desde hace tiempo la tónica habitual⁹.

10. Los instrumentos internacionales, en vigor para España, destinados a regular esta materia, -el transporte marítimo internacional de mercancías-, no contienen sin embargo normas de competencia judicial internacional. Tales instrumentos tienen por objeto unificar normas de Derecho sustantivo, dejando al margen las normas procesales. Ni la Convención internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, de 25 de agosto de 1924, ni los Protocolos que la modifican: Protocolo de 23 de febrero de 1968 y Protocolo de 21 de diciembre de 1979 (“Reglas de La Haya-Visby”)¹⁰ regulan el régimen jurídico de las cláusulas de elección de foro y sus efectos frente a terceros¹¹.

⁷ Vid. E. SIERRA NOGUERO, “Las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque de las líneas regulares de la navegación”, en F. MARTÍNEZ SANZ/M^a V. PETIT LAVALL (DIRS.), *Aspectos jurídicos y económicos del transporte: Hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente*, Universidad Jaume I, Valencia, 2007, pp. 789-828, esp. p. 796.

⁸ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de controversias en la contratación marítima internacional”, *CDT*, 2018-2, pp. 333-375. En la doctrina extranjera, *vid.*: M. DAVIES, “Forum Selection Clauses in Maritime cases”, *Tulane Maritime L.J.*, vol. 27, n^o2, 2002-2003, pp. 367-387; J. ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ, *Jurisdiction and Arbitration Agreements in Contracts for the Carriage of Goods by Sea. Limitations on Party Autonomy*, Routledge, London, 2021; R. FORCE/M. DAVIES, “Forum Selection Clauses in International Maritime Contracts”, *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law: Essays in Honor of Robert Force*, Kluwer Law International, La Haya, 2005, pp. 1-58, F. SPARKA, *Jurisdiction and Arbitration clauses in Maritime Transport Documents. A comparative Analysis*, Springer-Verlag, Heidelberg, 2010; A. VON ZIEGLER, *Jurisdiction and Forum Selection Clauses in a Modern Law on Carriage of Goods by Sea*, Kluwer Law International, La Haya, 2005.

⁹ Vid. en general, F. F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el Derecho Procesal Civil Internacional español”, *CDT*, 2010-2, pp. 52-91; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en el Derecho español y comparado”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, n^o3, pp. 657-696; A. RODRÍGUEZ BENOIT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en el Derecho comunitario europeo*, Eurolex, Madrid, 1994.

¹⁰ J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima. (Estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos)*, Servicio Central de Publicaciones del País Vasco, San Sebastián/Donostia, 1993, pp. 99-206.

¹¹ No obstante, existen otros Convenios internacionales relativos al transporte marítimo internacional de mercancías que, junto a las normas de Derecho sustantivo, contienen también normas uniformes de competencia judicial internacional, inclu-

11. Las cláusulas de elección de foro en los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque se rigen, en defecto de normativa internacional especial sobre esta materia, por el régimen de competencia judicial internacional establecido con carácter general para los contratos internacionales en el RBI-bis y en el Convenio de Lugano II¹².

2. RBI-bis

12. EL RBI-bis constituye el instrumento legal internacional más importante para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales de todos los Estados miembros de la UE, dado su amplio ámbito de aplicación material: litigios internacionales en “materia civil y mercantil” (art. 1.1 RBI-bis).

13. El sistema de competencia judicial internacional establecido en el RBI-bis contiene diversos foros que están jerarquizados: 1º) Competencias exclusivas (art. 24 RBI-bis); 2º) Sumisión expresa y tácita (arts. 25 y 26 RBI-bis); 3º) Foros especiales (arts. 7-23 RBI-bis); y 4º) Foro de domicilio del demandado en un Estado miembro (art. 4 RBI-bis). Los foros especiales y el foro general del domicilio del demandado funcionan de manera alternativa a elección del demandante. En la normativa europea, la autonomía de voluntad de las partes juega un papel esencial como criterio atributivo de competencia judicial internacional¹³.

A) Aspectos generales

14. El art. 25 RBI-bis regula las denominadas cláusulas de elección de foro, cláusulas de jurisdicción o sumisión expresa (*prorogatio fori*), en cuya virtud las partes de una concreta relación jurídica eligen el tribunal o tribunales que serán competentes para conocer de los litigios que puedan derivarse del contrato. Las cláusulas de elección de foro presentan notables ventajas: 1ª) Permiten a las empresas que operan en el comercio internacional concentrar sus litigios en pocas jurisdicciones, ahorrando así costes, que de otro modo encarecerían el producto y repercutirían finalmente sobre los consumidores; 2ª) Ofrecen seguridad jurídica en tanto que las partes conocen desde el momento en que se celebra el contrato qué tribunales serán competentes en caso de surgir un litigio; 3ª) Otorgan a las partes la posibilidad de elegir los tribunales estatales que consideren más adecuados para resolver sus litigios por su rapidez, neutralidad o especialización.

Por todo ello, el RBI-bis potencia la autonomía de la voluntad, como criterio atributivo de competencia judicial internacional, sin exigir conexión alguna entre el tribunal elegido por las partes y la relación jurídica de la que pueda derivarse el litigio¹⁴.

yendo entre ellas cláusulas de elección de foro. Así sucede con: a) el Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, de 31 de marzo de 1978 (Reglas de Hamburgo), que destina los arts. 21 y 22 a regular la competencia de los tribunales internacionalmente competentes; y b) el Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, hecho en Nueva York el 11 de diciembre de 2008, (“Reglas de Rotterdam”) cuyos arts. 66-76 contienen normas de competencia judicial internacional. Aunque este último Convenio internacional ha sido ratificado por España en fecha 19 de enero de 2011, no ha recibido aún el número de ratificaciones necesarias, un total de veinte, para su entrada en vigor internacional (art. 94). Actualmente, solo cinco países han efectuado el depósito del correspondiente instrumento de adhesión: Benín (2019), Camerún (2017), Congo (2014), España (2011) y Togo (2012).

¹² El Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005, sobre acuerdos de elección de foro, entró en vigor el 1 de octubre de 2015. Son Estados parte del mismo: todos los Estados miembros de la UE, México, Montenegro, Reino Unido e Irlanda del Norte y Singapur. Aunque el Convenio de La Haya 2005 regula los efectos legales de las cláusulas de elección de foro en casos internacionales en materia civil y mercantil, excluye de su ámbito de aplicación material los contratos de transporte de mercancías (art. 2.2 letra f).

¹³ A.-L.- CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2624-2670.

¹⁴ STJCE 17 de enero de 1980, asunto C-56/79, Zelger c. Salinitri. FD 3; STJUE 20 de febrero 1997, asunto C-106/95, MSG, FD 34; STJUE de 16 de marzo de 1999, asunto C-159/97, Castelletti, FD 49-52

15. Los efectos procesales de las cláusulas de elección de foro son dos: a) la atribución de competencia judicial internacional, a través de la autonomía de la voluntad, a un tribunal que de otro modo carecería de ella (*prorogatio fori*), y b) la exclusión de un tribunal que, de no haber mediado el acuerdo, sería competente (*derogatio fori*). En este sentido, la competencia judicial internacional atribuida a un tribunal a través de un acuerdo de elección de foro presenta carácter “exclusivo”, siempre y cuando las partes no pacten lo contrario (art. 25.1 RBI-bis). Esto es, si así lo acuerdan las partes, el RBI-bis permite elegir el tribunal competente, sin impedir, una vez surgido el litigio, accionar ante otros tribunales que resulten competentes con arreglo al RBI-bis (sumisión opcional o no exclusiva).

16. El art. 25 RBI-bis regula las cláusulas de elección de foro que cumplan las siguientes condiciones: a) El tribunal elegido ha de ser un tribunal de un Estado miembro de la UE; b) El litigio debe derivarse de una situación internacional; c) el acuerdo de sumisión expresa ha de referirse a litigios nacidos o que puedan nacer con ocasión de una determinada y concreta relación jurídica (art. 25. 1 RBI-bis); d) el acuerdo no puede afectar a materias que son objeto de competencias exclusivas de tribunales de los Estados miembros UE en virtud del art. 24 (art. 25. 4 y Considerando 19 RBI-bis); e) en los casos de trust y contratos con parte débil (consumo, trabajo y seguro), el acuerdo ha de respetar los límites establecidos en el propio RBI-bis para ser considerado válido (art. 25.3 y 4 RBI-bis); f) no resulta necesario que alguna de las partes en el acuerdo, demandante o demandado, tenga su domicilio en el territorio de un Estado miembro.

B) Requisitos de validez

17. Para que las cláusulas de elección de foro contempladas en el RBI-bis puedan desplegar los efectos procesales y contractuales que les son propios deben cumplir los requisitos de validez formal y sustantiva previstos en el propio art. 25 RBI-bis y ningún otro más. (STJUE 21 mayo 2015, Asunto C-352/13, *Cártel Damage*, FD 63)

a) Requisitos de validez formal

18. Los requisitos de forma establecidos en el art. 25 RBI-bis tienen por objeto garantizar la seguridad jurídica y asegurar la existencia de un acuerdo de elección de foro consentido de manera clara y precisa por las partes¹⁵. A pesar de tratarse de requisitos de forma “*ad solemnitatem*”, el RBI-bis muestra cierta flexibilidad al admitir tanto el consentimiento expreso como el consentimiento “presunto” de las partes.

19. Así, se considera válido en cuanto a la forma, el consentimiento manifestado por escrito o verbalmente con confirmación escrita (consentimiento expreso/art. 25. 1 a) RBI-bis). Pero también admite el RBI-bis, el consentimiento manifestado en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas o conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer en un determinado sector del comercio internacional por ser ampliamente conocidos y regularmente observados en los contratos del mismo tipo (consentimiento presunto/art. 25. 1º b) y c) RBI-bis)¹⁶.

¹⁵ El concepto de “acuerdo atributivo de competencia”, dicción utilizada por el art. 25.1 in fine RBI-bis es un concepto autónomo, propio del RBI-bis que no debe definirse con arreglo al Derecho nacional de ningún Estado miembro. Se entiende, por tal, todo acuerdo entre las partes que refleja su voluntad de que la controversia se resuelva por los tribunales de un determinado Estado miembro (STJUE 20 de febrero 1997, asunto C-106/95, *MSG*, FD 15-17; STJUE de 16 de marzo de 1999, asunto C-159/97, *Castelletti*, FD 19; STJUE 7 de febrero de 2013, asunto C-543/10, *Refcomp*, FD 21 y 27; STJUE de 7 de julio de 2016, asunto C-222/15, *Höszig*, FD 29)

¹⁶ La evolución de los requisitos de forma de las cláusulas de elección de foro en la normativa europea ha estado íntimamente ligada a los contratos de transporte en régimen de conocimiento de embarque. Originariamente, el Convenio de Bruselas de 1968 solo admitía como forma válida el acuerdo por escrito o verbal con confirmación escrita (art. 17 CBr 1968). La validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción se supeditaba a la concurrencia de dos requisitos: la existencia de un “convenio” entre las partes, lo que supone un intercambio de consentimientos, y que el consentimiento sea haya

20. Para que una cláusula de elección de foro sea válida con arreglo a los usos del comercio internacional deben cumplirse los siguientes requisitos: 1º) Que exista un uso en el sector comercial considerado. Sucede así cuando los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos; 2º) Debe tratarse de operaciones de comercio internacional, así como de operadores habituales en este tipo de comercio; 3º) Que el uso sea “ampliamente conocido y regularmente observado” no sólo por las partes, sino por la “comunidad de comerciantes del sector comercial en el que las partes contratantes ejercitan su actividad”¹⁷.

21. Las cláusulas de elección de foro contenidas en los conocimientos de embarque cumplen con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia europea para ser consideradas como un uso del comercio internacional. En el ámbito del tráfico marítimo internacional de mercancías, resulta notoriamente conocido por todos los operadores implicados en el sector, que las navieras/porteadores que ofrecen sus servicios de transporte cuentan con sus propias condiciones generales de la contratación, en las que insertan cláusulas de elección de foro. Por su parte, los cargadores son conscientes de su escasa, por no decir nula, capacidad para negociar las cláusulas del contrato, entre ellas las cláusulas de elección de foro, pero ven compensada dicha carencia con otros factores determinantes que les inducen a contratar tales como la calidad, la seguridad, la duración y el precio del transporte. Las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque se utilizan comúnmente en el marco de los contratos de transporte internacional de mercancías celebrados entre operadores y empresas que habitualmente actúan en el comercio internacional, -por un lado, porteadores acostumbrados a realizar transportes internacionales por mar y por otro, comerciantes/empresas habituadas a actuar en el comercio marítimo internacional, exportando o importando sus productos. También forman parte de la comunidad de comerciantes de este concreto sector del comercio internacional, las compañías de seguros, que se subrogan en la posición del asegurado cuando se verifica un daño en la mercancía, porque si bien es cierto no actúan en sí como partes de la operación comercial, están habituadas a asegurar a los operadores de dicho sector que si lo son (porteadores, cargadores, importadores).

22. Las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque no requieren para ser consideradas válidas con arreglo al art. 25 RBI-bis, que hayan sido negociadas de forma individual y separada. Tampoco resulta necesario que el pacto de sumisión expresa aparezca firmado por ambas partes. Estas cláusulas se consideran válidas si se ajustan a los usos del comercio internacional. Si la cláusula de elección de foro cumple con los requisitos de forma exigidos por el art. 25 RBI-bis se considerará válida, no pudiendo los Estados miembros UE prescribir otras exigencias de forma que las previstas en

manifestado de forma clara y precisa. En este afán de garantizar la seguridad jurídica y asegurar el consentimiento de las partes, en la redacción originaria del Convenio de Bruselas se exigía que las cláusulas de elección de foro fueran pactadas por escrito o verbalmente, pero con confirmación escrita. Posteriormente, la falta de formalismo de las operaciones mercantiles internacionales fue atenuando el rigor inicial admitiéndose, asimismo, como válida la estipulación de dicha cláusula conforme a las prácticas que las partes hubiesen establecido entre ellas o a los usos del comercio internacional. Así, en la STJCE de 14 de diciembre de 1976, asunto C-25/76, *Segoura c. Bonakaddarian*, el TJCE estableció, como regla general, que una declaración unilateral de una de las partes sin confirmación por la otra, no podía constituir un acuerdo de jurisdicción válido, pero introdujo una excepción: salvo que el acuerdo verbal forme parte de relaciones corrientes entre las partes y tales relaciones se rijan en su conjunto por las condiciones generales de una de ellas, que contienen una cláusula atributiva de jurisdicción. Esta doctrina que fue reiterada por el TJCE con respecto a un conocimiento de embarque, en STJCE de 19 de junio, asunto C-71/83, *Russ c. Nova*, se incorporó al CBr 1968 a través del Convenio de adhesión de España y Portugal de 1989. La posibilidad de concluir un acuerdo atributivo de jurisdicción conforme a los usos del comercio internacional que las partes conocieren o debieren de conocer y que fueran ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado, -caso de los conocimientos de embarque-, se incorporó al art. 17 del CBr 1968 mediante el Convenio de adhesión del Reino Unido e Irlanda del Norte de 1978. Vid. A.-L- CALVO CARAVACA, “Art. 17 CBr”, en A.-L- CALVO CARAVACA (ED.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil*, Universidad Carlos II de Madrid, BOE, Madrid, 1994, pp. 343-371, esp. pp. 351-361.

¹⁷ STJUE 20 febrero 1997, asunto C-106/95, MSG, FD 23; STJUE 16 marzo 1999, asunto C-159/97, Castelletti, FD 26; STJUE 20 abril 2016, asunto 366/13, Profit, FD 44

el mismo. En los contratos celebrados entre profesionales o empresarios, la existencia de un “acuerdo de sumisión” se rige exclusivamente por el art. 25 RBI-bis¹⁸.

b) Requisitos de validez sustantiva

23. El acuerdo de sumisión es, en sí mismo, un contrato, cuyo objeto es la elección del tribunal competente. El acuerdo de sumisión constituye un acuerdo separado del contrato en el que se inserta (principio de separabilidad). De ahí que el acuerdo de elección de foro pueda ser válido y el contrato nulo y viceversa (art. 25.5 RBI-bis). Al ser un contrato resulta necesario para su validez que reúna determinados requisitos de forma y de fondo.

24. El art. 25 RBI-bis regula de modo directo las exigencias formales del acuerdo atributivo de competencia, pero remite la validez material del acuerdo (capacidad de las partes, representación, error o vicios en el consentimiento) a las normas del Derecho del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos, incluidas “las normas sobre conflictos de leyes de dicho Estado miembro” (art. 25. 1 RBI-bis, Considerando 20 RBI-bis).

C) Efectos traslativos

25. Las cláusulas de elección de foro producen efectos entre las partes que las acuerdan y no frente a terceros (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*). El art. 25 RBI-bis indica que el acuerdo de sumisión solo vincula a las partes que “han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer” de un litigio. El art. 25 RBI-bis, por tanto, no regula la eficacia traslativa de las cláusulas de elección de foro. No obstante, en el comercio internacional se aprecia una gran movilidad del contrato. De forma que las obligaciones permanecen, pero los sujetos inicialmente vinculados por el contrato son sustituidos por terceros que ocupan su lugar. Este sería el caso del conocimiento de embarque, pero también de la cesión de créditos, de la subrogación o de la cadenada de contratos¹⁹.

26. La laguna que presenta el art. 25 RBI-bis respecto a los efectos frente a terceros de las cláusulas de elección de foro ha sido colmada por la jurisprudencia del TJUE. Concretamente, en relación a las cláusulas insertas en conocimientos de embarque, el mencionado tribunal admite la transmisión de la cláusula de sumisión a terceros siempre que se cumplan dos requisitos: 1º) que la cláusula atributiva de competencia inserta en un conocimiento de embarque sea válida en la relación entre porteador y cargador; 2º) que con arreglo al “Derecho nacional aplicable” a la relación jurídica cuya eficacia traslativa se discute, el tenedor del conocimiento de embarque se subroga en los derechos y obligaciones del cargador. Si con arreglo al Derecho estatal aplicable, se produce esa sustitución total, la cláusula desplegará efectos traslativos. En caso contrario, si no se produce “subrogación”, el tribunal debe comprobar la

¹⁸ STJCE 24 junio de 1981, asunto C-150/80, Elefanen Shuh GmbH c. Jacqmain; STJUE 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13, *Cártel Damage*, FD 63. Por tanto, no resultan aplicables las normas nacionales de los Estados miembros que protegen al pequeño comerciante o a otros sujetos frente al gran comerciante, aunque la cláusula de elección de foro se contenga en unas condiciones generales de la contratación o en un contrato redactado por una de las partes (contratos de adhesión). Tampoco resultan aplicables a las cláusulas de sumisión expresa las normas jurídicas de los Estados miembros relativas a la protección de los consumidores frente a las condiciones impuestas por un empresario (cláusulas abusivas), porque se trata de contratos celebrados entre comerciantes y no de contratos celebrados con consumidores (arts. 80-90 TRLGDCU). En el caso de los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque no se puede aplicar el art. 468 LNM como veremos más adelante ni el art. 22 bis LOPJ para determinar la existencia del acuerdo ni mucho menos el art. 54.2 LEC por ser ésta una norma de competencia territorial y no de competencia judicial internacional.

¹⁹ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2659-2662.

existencia y validez del consentimiento del tercero en relación con la cláusula atributiva de competencia con arreglo al art. 25 RBI-bis²⁰.

3. Convenio de Lugano II

27. El Convenio de Lugano, de 30 de octubre de 2007, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Convenio Lugano II) tiene por objeto trasladar el contenido sustancial del RB-I (Reglamento 44/2000) a los países firmantes de dicho convenio (Suiza, Islandia y Noruega) y a los Estados miembros de la UE.

28. El Convenio de Lugano II es un texto prácticamente idéntico al RB-I aunque no al RBI-bis. En el caso de las cláusulas de elección de foro son dos las principales diferencias que presenta el Convenio de Lugano II con respecto al RBI-bis: 1) se exige que al menos un de las partes en el acuerdo, demandante o demandado, tenga domicilio en un Estado vinculado por el Convenio de Lugano; 2) no se realiza mención alguna a los requisitos de validez sustantiva que ha de reunir el acuerdo de sumisión (art. 23 Convenio Lugano II).

29. En los supuestos de concurrencia entre el RBI-bis y el Convenio de Lugano II, prevalece este último: 1º) cuando del demandado estuviere domiciliado en un Estado parte exclusivamente en el convenio de Lugano II (Islandia, Noruega o Suiza); 2º) cuando las competencias exclusivas y sumisión expresa (arts. 22 y 23 Convenio de Lugano II) otorgaren competencia a los tribunales de un Estado parte exclusivamente en el Convenio de Lugano II; y 3º) cuando, en los supuestos de litispendencia y convexidad (arts. 27 y 28 Convenio de Lugano II) se presente una demanda ante los tribunales de un Estado parte exclusivamente en el Convenio de Lugano II (art. 64.2 Convenio de Lugano II y art. 73 1 RB-I bis).

IV. Las cláusulas de elección de foro incluidas en un conocimiento de embarque: régimen de producción interna

1. Introducción

30. El régimen jurídico de las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque se rige por lo dispuesto en los instrumentos legales internacionales anteriormente mencionados (RBI-bis y Convenio de Lugano II) y, en su defecto, por las normas de producción interna (arts. 93, 96 CE, art. 21.1 LOPJ y art. 2 LNM).

31. La LNM (2014) introdujo por primera vez en Derecho español, normas especiales de competencia judicial internacional para un determinado tipo de contratos de navegación marítima: los contratos de utilización de buque, entre los que se incluyen los contratos de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, y los contratos auxiliares de la navegación. Por tanto, cuando no resulten de aplicación los instrumentos internacionales, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles deberá determinarse con arreglo a las normas establecidas en los arts. 468, 469 y 251 LNM²¹.

32. Los foros de competencia judicial internacional contenidas en la LNM para los contratos de utilización de buque y los contratos auxiliares de la navegación se encuentran jerarquizados. En primer

²⁰ STJCE 14 julio 1983, asunto C-201/82; STJCE 19 junio 1984, asunto C-71/83, *Russ*, FD 24; STJCE 16 de marzo 199, asunto C-159/97, *Castelletti*, FD 41; STJCE 9 de noviembre 2000, asunto C-387/98, *Coreck Maritime*, FD 23-27

²¹ J. J. ÁLVAREZ RUBIO, "La dimensión procesal internacional en la Ley de Navegación Marítima", *AEDIPr*, 2014-2015, pp. 159-203; R. ARENAS GARCÍA, "La aplicación de la regulación de la Ley de Navegación Marítima sobre los contratos de utilización de buque y de los contratos auxiliares de la navegación en los supuestos internacionales", *AEDIPr*, 2014-2015, pp. 205-241

lugar, se hace prevalecer la sumisión expresa o el acuerdo de elección de foro (art. 468 LNM y art. 469.1 LNM) y, en su defecto, los foros especiales previstos en el art. 469. 2 y 3 LNM para los contratos de utilización de buque y para los contratos auxiliares de la navegación, respectivamente. Se trata, en ambos casos, de foros concurrentes, que otorgan al demandante la posibilidad de optar por uno de los foros legalmente establecidos. Así, y para el supuesto de los contratos de utilización de buque el demandante puede elegir entre acudir a: a) los tribunales del domicilio del demandado; b) los tribunales del lugar de celebración del contrato; c) los tribunales del puerto de carga o descarga (art. 469.2 LNM). Por otro lado, y para el caso de los contratos auxiliares de la navegación, el demandante puede optar entre: a) los tribunales del domicilio del demandado; b) los Tribunales del lugar de celebración del contrato; c) los tribunales del lugar de prestación de los servicios (art. 469.3 LNM). Finalmente, y para el supuesto concreto de impugnación de liquidación de avería gruesa, se establece un foro especial que atribuye competencia judicial internacional al tribunal del lugar de finalización del transporte o del lugar de arribada del buque, si este último fuese distinto (art. 469.3 LNM).

33. Pero, la LNM también regula la eficacia traslativa o la oponibilidad a terceros de la cláusula de elección de foro inserta en un conocimiento de embarque. De tal forma, el art. 251 LNM indica que el tenedor del conocimiento de embarque adquiere todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, a excepción del acuerdo de elección de foro que requiere el consentimiento del adquirente en los términos del art. 468 LNM²².

2. Las cláusulas de elección de foro en el art. 468 LNM

34. El art. 468 LNM regula, en defecto de instrumentos internacionales, las cláusulas de elección de foro insertas en contratos de utilización de buque y contratos auxiliares de la navegación que reúnan las siguientes condiciones: a) que el tribunal elegido sea extranjero; y b) que la cláusula de sumisión expresa haya sido negociada de manera individual y separada, entendiéndose que no cumple tal exigencia la cláusula inserta en las condiciones generales de un contrato.

35. Si la cláusula de elección de foro atribuye competencia judicial internacional a los tribunales españoles, el art. 468 LNM no resulta de aplicación. En tal caso, la cláusula de elección de foro, debe regirse por lo establecido con carácter general en el art. 22 bis LOPJ (foro de sumisión expresa/prórroga de jurisdicción), que admite como válido el consentimiento prestado conforme a los usos del comercio internacional.

36. Esta distinción de régimen jurídico, introducida por el legislador español a través del art. 468 LNM, en las cláusulas de elección de foro en los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías, según hayan sido elegidos por las partes los tribunales españoles o los tribunales extranjeros, denota una desconfianza injustificada por parte de España hacia el resto de los países del mundo. Ciertamente, el carácter proteccionista del art. 468 LNM frente a jurisdicciones extranjeras denota cierta vuelta al “imperialismo jurisdiccional”, tan conocido en nuestro país en otros tiempos pasados, y que a día de hoy no tiene encaje alguno²³.

²² I. ARROYO MARTÍNEZ, “Art. 251. Eficacia traslativa”, en I. ARROYO MARTÍNEZ/J. A. RUEDA MARITÍNEZ (COORDS.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio de Navegación Marítima*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 841 y 842 (completar); T. FERNÁNDEZ QUIRÓS, “Oponibilidad frente a terceros de las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque”, en AAVV, *Comentarios a Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid, 215, pp. 429-440; M. GÓMEZ JENE, “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima”, *CDT*, 2014-2, pp. 112-129; N. IRACULIS ARREGUI, “La controvertida negociación individual y separada de las cláusulas de jurisdicción y arbitraje den la Ley de Navegación Marítima”, *Revista de Derecho del Transporte*, 2017, pp. 173-208; A. ZURIMENDI ISLA, “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje incluidas en conocimiento de embarque tras la ley de Navegación Marítima”, *Revista de Derecho del Transporte*, 2016, pp. 89-11.

²³ J. M^a. ALCÁNTARA GONZÁLEZ, “¿De nuevo el “nacionalismo marítimo español?””, *Derecho de los Negocios*, n^o 223, 2009, pp. 23-24; M^a. J. ARIZA COLMENAREJO, “Cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la Ley de Navegación Marítima de 2014”, *Anuario de Derecho Marítimo*, 2015, pp. 117-131, esp. 120-128; A. BADIA, *loc. cit.*, p. 427.

37. Cierto es que el legislador español, embestido de su poder soberano, puede regular legítimamente de la forma que estime más conveniente y teniendo en cuenta los intereses generales cualquier situación jurídica considerada. Pero, llama poderosamente la atención que en materia de transporte marítimo internacional de mercancías se haya decantado por una regulación jurídica completamente contradictoria a la prevista en los instrumentos legales internacionales que regulan la misma materia (art. 25 RBI-bis y art. 23 Convenio Lugano II) y que tienden a encontrar un justo equilibrio entre la seguridad jurídica y la falta de formalismos de las operaciones mercantiles internacionales, flexibilizando los requisitos de validez formal de los acuerdos de elección de foro.

38. En contra de tal regulación, el art. 468 LNM se decanta por exigir rígidos requisitos de forma, aumentando la seguridad jurídica en detrimento de las operaciones mercantiles internacionales. Según el Preámbulo de la LNM, la *ratio legis* de dicha norma es: “evitar los abusos detectados declarando la nulidad de las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera (...) contenidas en los contratos de utilización de buque y en los contratos auxiliares de navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente” (Apartado XI Preámbulo LNM). Pero, ¿a qué abusos se refiere el legislador español?. Afirmar que las cláusulas de elección de foro contenidas en los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, que no hayan sido negociadas de forma individual y separada son abusivas, implica desconocer: a) el fundamento de la autonomía de la voluntad como criterio atributivo de competencia judicial internacional en el ámbito de los negocios internacionales; b) la legislación española sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas; y c) la realidad del tráfico marítimo internacional de mercancías.

39. El acuerdo de elección de foro contenido en un contrato internacional de transporte de mercancías no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, y menos aún puede considerarse una cláusula abusiva. El foro de la sumisión expresa fomenta la certidumbre y seguridad jurídica en el contexto de la litigación internacional (las partes del contrato conocen de antemano, incluso antes de surgir el litigio, qué tribunal será competente para entrar a conocer del fondo del asunto), permite concentrar distintos litigios ante el mismo tribunal, algo que ahorrará costes a las empresas que contratan con operadores de todo el mundo, y posibilita la elección del tribunal más adecuado por su neutralidad, rapidez y especialización

40. Precisamente, y dados los importantes efectos procesales derivados de un acuerdo de elección de foro o acuerdo de jurisdicción (*prorogatio fori/derogatio fori*), resulta necesario garantizar la existencia del acuerdo y el consentimiento de las partes, exigiéndose para su validez determinados requisitos de forma. Exigir, en este contexto, como requisito de validez, la negociación individual y separada de una cláusula de elección de foro contenida en un contrato de transporte de mercancías o en unas condiciones generales de la contratación, carece de sentido teniendo en cuenta que en este tipo de contratos ambas partes (porteador y cargador) son empresarios. Y, aunque, una de las partes de la relación jurídica pudiera ser considerada “parte débil” del contrato, por su menor poder de negociación, no puede ser tratada con las garantías propias de un consumidor. Desde el punto de vista de las condiciones generales de la contratación, el art. 468 LNM está introduciendo en el ordenamiento jurídico español una excepción a las normas sobre condiciones generales de la contratación, carente de toda justificación, intensificando para ello en los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías la técnica de control de incorporación y el control del contenido de abusividad, inexistente en otros sectores de tráfico mercantil.

41. Pero es que además, la exigencia del legislador español de negociación individual y separada de la cláusula de elección de foro como requisito de validez del acuerdo, se torna simplemente de imposible cumplimiento en la práctica. Los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque son contratos de adhesión. En este concreto sector del comercio internacional, las navieras ofrecen sus servicios bajo sus propias condiciones de la contratación a todo aquel que los quiera contratar. De tal modo, los cargadores que deseen contratar el transporte de mercancías se limitan a aceptar la oferta del porteador sin poder alterar las condiciones del contrato. Esta ausencia de capacidad de negociación contractual de una de las partes (cargador) se ve compensada por

las ventajas que reporta el servicio ofrecido(transporte): precio, calidad y rapidez. Son estas condiciones comerciales y no otras, las que inducen al cargador a contratar los servicios de un porteador u otro. En otras palabras, las cláusulas de elección de foro contenidas en los contratos de transporte internacional de mercancías, simplemente, no se pueden negociar de forma individual y separada por tratarse auténticos contratos en masa.

42. Esto no significa que los cargadores desconozcan la existencia de una cláusula de jurisdicción a tribunales extranjeros contenida en las condiciones generales de la contratación. Resulta un uso habitual en este sector del comercio internacional que las navieras incluyan en sus propias condiciones generales, normalmente accesibles desde su página web, una cláusula de elección de foro. El cargador, por tanto, conoce o debe conocer que, en caso de surgir un litigio, deberá acudir ante los tribunales que han sido designados por el porteador en el contrato. La rapidez y ausencia de formalidades en la contratación, existente en determinados sectores del comercio internacional, es precisamente lo que explica la flexibilidad introducida en los requisitos de validez formal contemplados por los instrumentos internacionales para de las cláusulas de elección de foro.

43. El legislador español, sin embargo, opta por la rigidez formal del acuerdo de elección de foro exigiendo en este tipo de contratos: la negociación individual y separada. Se considera, por tanto, nulo y se tiene por no puesto el acuerdo de sumisión que no cumpla las condiciones previstas en el art. 468 LNM, que por inverosímil que pueda parecer, resultan ser de difícil cumplimiento.

44. Todo lo hasta aquí expuesto carecería de sentido sin conocer la verdadera intrahistoria de esta norma. El art. 468 LNM en realidad persigue evitar la fuga de litigios de la jurisdicción española en favor de otros tribunales extranjeros. España es un país de cargadores y receptores de mercancías, no de navieros. El tráfico marítimo está dominado por navieras extranjeras que sitúan los litigios fuera de España a través de las cláusulas de elección de foro²⁴. La previsión legal persigue neutralizar la sumisión a tribunales extranjeros para que las compañías de seguros españolas puedan litigar en nuestro país. En estos casos, suele ser el portador la parte contra la que se interpone la demanda en España siendo demandante el destinatario de las mercancías o su aseguradora o el cargador o su aseguradora cuando se ha producido un daño o perjuicio en la mercancía derivado del transporte marítimo²⁵.

45. Pero, siendo esta la verdadera e “inconfesable” intención de la norma, cabría preguntarse de qué serviría “retener” la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, si una vez dictada la sentencia y teniendo en cuenta que el demandado/porteador, -normalmente, una empresa con sede en el extranjero, ésta deberá ser reconocida y ejecutada en otro país para ser efectiva. Y es aquí, en este sector el Derecho Internacional Privado, cuando el Estado requerido pudiera denegar efectos a la sentencia española por no haber respetado los tribunales del Estado de origen la cláusula de elección de foro contenida en el conocimiento de embarque por ser válida con arreglo a la legislación del Estado requerido. EL art. 468 LNM se convertiría así en un auténtico “brindis al sol” con notables consecuencias económicas para quien fuera parte demandante en España.

46. No obstante, el alcance del art. 468 LNM es muy limitado. Tal y como indica la propia norma, solo podrá aplicarse en defecto de instrumentos legales europeos e internacionales. Por tanto, el art. 468 LNM no se aplicará cuando el tribunal elegido por las partes en el conocimiento de embarque sea el

²⁴ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado* 2ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 2644-2645.

²⁵ Ni en la primera versión de la Propuesta de Anteproyecto de febrero de 2004, ni en el texto aprobado por el Ministerio de Justicia en julio de 2006, se contenía regulación alguna sobre normas de competencia judicial internacional. Tampoco durante la tramitación parlamentaria del proyecto en las distintas legislaturas en las que caducó, se intentó su inclusión por vía de enmienda. No fue hasta la tercera presentación del Proyecto, en octubre de 2012, cuando se plasmó la voluntad de reglar la materia, por la reconocida intervención de relevantes grupos de presión del sector, principalmente compañías de seguros. *Vid.* J.J. PÉREZ BENÍTEZ, *loc. cit.*, p. 210.

tribunal de un Estado miembro de la UE o el tribunal de un Estado miembro de la EFTA. En tales casos, procederá aplicar el RBI-bis y el Convenio de Lugano II que, como ya se ha indicado anteriormente, admiten el consentimiento presunto (conforme a los usos del comercio internacional) como requisito de validez formal en las cláusulas de elección de foro.

47. No sucede lo mismo con el art. 251 LNM, destinado a regular la eficacia traslativa de las cláusulas de elección de foro contenidas en conocimientos de embarque. La remisión expresa que realiza la mencionada norma al art. 468 LNM, haría pensar a primera vista que el art. 251 LNM solo sería operativo en aquellos supuestos de elección de tribunales de terceros Estados. Pero, precisamente es la aplicación e interpretación de esta norma en relación con la jurisprudencia del TJUE, concretamente en el asunto *Coreck Maritime*, la que divide a doctrina y jurisprudencia en España entre aquellos que extienden la aplicación del art. 251 LNM a los supuestos regulados por el RBI-bis y aquellos otros que limitan el alcance del art. 251 LNM al ámbito de aplicación del art. 468 LNM (elección de tribunales de terceros Estados).

2. Efectos frente a terceros de las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque (art. 251 LNM)

48. El conocimiento de embarque es un documento emitido tras la celebración del contrato de transporte entre porteador y cargador, que se entrega a este último una vez la mercancía ha sido cargada en el buque.

49. Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, el conocimiento de embarque es un título valor. Así lo contempla la propia LNM (arts. 251 y 254), al otorgar a dicho documento las propiedades típicas de los títulos valores: 1) la adquisición de buena fe; 2º) la inoponibilidad a terceros de las excepciones que se tuvieran contra el cargador o primer tenedor del documento. Por tanto, y según la teoría general de los títulos valores, cuando el conocimiento de embarque se adquiere de buena fe, todas las obligaciones, derechos y acuerdos que contenga el documento pueden oponerse a terceros²⁶.

50. El art. 251 LNM proclama el principio de oponibilidad frente a terceros al disponer que “el adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías”. Pero, a continuación el mismo art. 251 LNM establece a una excepción a dicho principio respecto a las cláusulas de elección de foro, que sólo podrán oponerse frente a terceros si han sido negociadas en los términos señalados en el art. 468 LNM. En otras palabras, para que la cláusula de elección de foro contenida en el conocimiento de embarque pueda oponerse a terceros debe haber sido negociada de forma individual y separada entre el porteador y el tercer adquirente, no considerándose suficiente en este sentido que la cláusula aparezca inserta en el documento tal y como establece el art. 468 párrafo 2º LNM. Incluso cuando la cláusula de elección de foro haya sido pactada entre el porteador y el cargador en los términos previstos en el art. 468 LNM, esto es, de manera individual y separada, no podrá oponerse a terceros salvo que haya sido negociada de nuevo entre el porteador y cada uno de los nuevos adquirentes de manera individual y separada.

51. Al igual que el art. 468 LNM establece una excepción sin parangón a las normas sobre condiciones generales de la contratación, el art. 251 LNM en sede de eficacia traslativa del conocimiento de embarque, introduce una excepción sin justificación a la regla más básica, elemental y general del Derecho de los títulos valores. Además, tal y como sucede con el art. 468 LNM, la exigencia establecida en el art. 251 LNM se torna de imposible cumplimiento en la práctica. Resulta difícil, por no decir imposible, pensar que una naviera, que desconoce a los potenciales tenedores del conocimiento de embarque-, documento que por esencia está destinado a circular-, negocie con todos y cada uno de ellos de forma

²⁶ A. ZURUMENDI ISLA, *loc. cit.*, pp. 90-92.

individual y separada la cláusula de elección de foro incluida válidamente en el documento inicialmente entregado al cargador. Precisamente y por esta misma razón, en el tráfico marítimo internacional, el tenedor de un conocimiento de embarque conoce o debe conocer que dicho documento contiene una cláusula de elección de foro, y que a pesar de no haberla negociado, la podrá oponer frente a terceros siempre y cuando hubiese sido acordada válidamente entre el porteador y el cargador en el contrato original.

52. La finalidad del art. 251 LNM más que evitar abusos frente a la imposición de una cláusula de elección de foro contenida en un conocimiento de embarque que pudiera resultar abusiva por sorpresiva, circunstancia que no concurre por tratarse de un extendido uso del comercio internacional-, trata de bloquear/anular la competencia judicial internacional de los tribunales extranjeros, atrayendo hacia la jurisdicción española los litigios derivados de los contratos de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque.

53. Con anterioridad a la entrada en vigor de la LNM (2014), el problema del alcance del consentimiento como condición de eficacia de las cláusulas de elección foro insertas en conocimientos de embarque venía resolviéndose de manera pacífica en España con arreglo la jurisprudencia del TJUE. Según los criterios establecido en la STJUE asunto *Coreck Maritime*, la cláusula de jurisdicción inserta en un conocimiento de embarque será oponible frente al tercero tenedor del conocimiento si éste ha sucedido al cargador de acuerdo con el Derecho nacional aplicable. Solo en el caso de que el tenedor no suceda al cargador, habrá que comprobar que el acuerdo de elección de foro ha sido consentido válidamente. De esto se deducía, aplicando el art. 708 CCOM, ya derogado, que con arreglo al Derecho español, la cláusula de elección de foro contenida en un conocimiento de embarque era oponible a dicho tercero, y en su caso, a la aseguradora de acuerdo con el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro. Habiendo sucesión, resultaba indiferente que el tercero hubiera prestado o no su consentimiento para quedar vinculado por la cláusula²⁷.

54. No obstante, ciertos operadores nacionales implicados en el tráfico marítimo internacional vieron rápidamente en la doctrina *Coreck Maritime* una puerta abierta a la posibilidad de limitar la eficacia traslativa de la cláusula de elección de foro inserta un conocimiento de embarque a través de la remisión efectuada al “Derecho nacional aplicable” en la mencionada sentencia. Bastaba pues, según pensaban, con modificar la legislación española para impedir la oponibilidad a terceros de la cláusula de elección de foro contenida en un conocimiento de embarque y exigir, al mismo tiempo, rígidos requisitos de forma para la validez del consentimiento, y así bloquear/anular el foro de sumisión expresa a tribunales extranjeros y atraer hacia la jurisdicción española la litigación marítima internacional. Por fin, España volvería a ser un gran Imperio y los arts. 251 y 468 LNM su estandarte.

55. Este planteamiento que late en los arts. 251 y 468 LNM merece, sin embargo, ser objeto de alguna que otra consideración:

56. Primera. La remisión efectuada por la jurisprudencia europea al “Derecho nacional aplicable” para determinar la oponibilidad o inoponibilidad de los derechos y obligaciones contenidos en el conocimiento de embarque frente a terceros, ha de entenderse realizada a la Ley que, en virtud de las normas de conflicto del foro, rige la relación jurídica cuya eficacia traslativa se discute. La aplicación de la *lex fori* (Derecho sustantivo de los tribunales ante los que se ha interpuesto la demanda) en tales casos, debe ser descartada porque, entre otras razones, conduciría a una posible diversificación de soluciones, contraria a la pretendida unificación y armonización dentro de la UE. Por tanto, teniendo en cuenta que el conocimiento de embarque es un título valor, y que sobre esta materia no existen instrumentos internacionales en vigor para España, procedería aplicar a esta cuestión el art. 10.3 CC. Dicha disposición indica que: “la emisión de los títulos valores se atendrá a la Ley del lugar en que se produzca”. De tal manera que, solo procederá la aplicación del Derecho sustantivo español (art. 251 LNM) para deter-

²⁷ *Vid.* SSTS 29 septiembre 2005, 8 febrero 2007, 5 julio 2007, 27 mayo 2008.

minar la eficacia traslativa del conocimiento de embarque, cuando el mencionado documento se haya emitido en España.

57. Segunda. Una vez determinado el título “competencial” en cuya virtud podría ser de aplicación el Derecho español, procedería determinar su ámbito material de aplicación. Y en este sentido, la sentencia *Coreck* establece claramente que corresponde al “Derecho nacional aplicable” determinar si el tenedor sucede o no al cargador en sus derechos y obligaciones, pero nada más.

58. Tercero. Si el Derecho nacional aplicable al conocimiento de embarque contempla la sucesión del tenedor/adquiriente en los derechos y obligaciones del cargador, la cláusula de elección de foro se considerará oponible a terceros. Caso contrario, el tribunal procederá a comprobar conforme al art. 25 RBI-bis que el tenedor del conocimiento de embarque ha manifestado válidamente su consentimiento a la cláusula de elección de foro²⁸.

59. Cuarto. Por tanto, el principio de inoponibilidad de la cláusula de elección de foro establecido en el art. 251 LNM, salvo negociación individual y separada del acuerdo en los términos establecidos en el art. 468 LNM, solo sería operativo en defecto de aplicación de instrumentos legales internacionales y europeos. Esto es, la aplicación de los arts. 251 y 468 LNM quedaría limitada a los acuerdos de sumisión expresa a tribunales de terceros Estados.

60. Este planteamiento, sin embargo, no es compartido por cierto sector de la doctrina y de la jurisprudencia española. Desde esta perspectiva, se defiende la aplicación del art. 251 LNM con independencia de cual haya sido el tribunal designado por las partes en el acuerdo de elección de foro (tribunal de un estado miembro UE/EFTA o tribunal de un tercer Estado), y con independencia de la regulación internacional aplicable a los acuerdos de sumisión expresa²⁹. Desde esta posición se considera que debe ponerse fin al automatismo de las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque porque al no ser negociadas de manera individual y separada, rompen el equilibrio contractual entre las partes y ponen en peligro la tutela judicial efectiva, al impedir el acceso a los tribunales más cercanos y vinculados con el litigio.

70. Ahora bien, esta aplicación e interpretación del art. 251 LNM en relación con el art. 468 LNM, cuando el tribunal elegido por las partes en la cláusula de elección de foro inserta en el conocimiento de embarque es el tribunal de un Estado miembro UE, implica añadir requisitos adicionales a la regulación europea de la sumisión expresa. Algo que está vetado a las legislaciones nacionales en el ámbito del art. 25 RBI-bis. Por otro lado, supone desconocer el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español y la propia dicción de la LNM. El propio art. 251 LNM indica que los acuerdos de jurisdicción requerirán el consentimiento del adquirente “en los términos señalados en el Capítulo I del Título IX”. Y, precisamente el art. 468.1 LNM comienza recordando que los convenios internacionales vigentes en España y las normas de la UE prevalecen sobre la normativa interna. También lo indica así el art. 2. 1 LNM. Por tanto, en tales casos, la aplicación del art. 251 LNM ha de limitarse a la eficacia traslativa de la cláusula de elección inserta en el conocimiento de embarque y no al consentimiento, que deberá regirse por el art. 25 RBI-bis. Finalmente, señalar que la interpretación de las normas contenidas en la LNM ha de realizarse teniendo en cuenta los instrumentos internacionales en vigor para España y atendiendo a la conveniencia de promover la uniformidad en la regulación del tráfico marítimo interna-

²⁸ I. ARROYO MARTÍNEZ, “Art. 251. Eficacia traslativa”, en I. ARROYO MARTÍNEZ/J. A. RUEDA MARITÍNEZ (Coords.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio de Navegación Marítima*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 841 y 842; T. FERNÁNDEZ QUIRÓS, “Oponibilidad frente a terceros de las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid, 215, pp. 429-440; M. GÓMEZ JENE, *loc. cit.*, pp. 116-118; F. B. LANGELAAN OSSET, *loc. cit.*, pp. 434 y 435; J.J. PÉREZ BENÍTEZ, *loc. cit.*, p. 212; E. TORRALBA MENDIOLA, *loc. cit.* p. 127.

²⁹ En este sentido, J. L. GABALDÓN GARCÍA, *Compendio de Derecho Marítimo español*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 256; A. M^a. SÁNCHEZ-HORNEROS ADÁN, “La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima: última llamada para la jurisdicción española en asuntos marítimos”, *Diario La Ley*, núm.8802, 2016.

cional (art. 2 LNM).

71. Pero incluso en el caso de que resultara de aplicación el art. 251 LNM por haber sido designados los tribunales españoles o en calidad de *lex fori*, la forma de prestación del consentimiento no queda regulada por la ley nacional, sino por el art. 25 RBI-bis. Y, el RBI-bis sigue el criterio del consentimiento presunto. Así lo venían aplicando los tribunales españoles antes de la LNM (2014).

V. Aplicación de los arts. 251 y 468 LNM por jueces y tribunales españoles

72. El enfrentamiento doctrinal sobre la aplicación e interpretación de los arts. 251 y 468 LNM ha trascendido a los jueces y tribunales españoles. Aunque la casuística es muy diversa, el prototipo de litigio que está llegando a nuestros tribunales responde, *grosso modo*, al siguiente patrón: se interpone demanda en España contra el porteador/naviera con sede en el extranjero siendo parte demandante el cargador/vendedor o la compañía de seguros o el tenedor el conocimiento de embarque o su compañía de seguros por daños, retrasos o incidencias en la mercancía derivados del transporte marítimo. Una vez notificada la demanda, el demandado se persona para impugnar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles mediante declinatoria internacional, alegando la existencia de un acuerdo de sumisión expresa a tribunales extranjeros, inserto en el conocimiento de embarque.

73. La cuestión jurídica por dilucidar en estos casos es si el tenedor del conocimiento de embarque o, en su caso, la compañía de seguros que ejerce la acción de repetición tras haber indemnizado al asegurado por los daños sufridos en la mercancía, queda o no vinculado/a por la cláusula de elección de foro, que nunca negoció y que se encuentra inserta en el conocimiento de embarque.

74. Las Audiencias Provinciales están resolviendo de manera contradictoria este tipo de litigios. Así mientras unos tribunales consideran de aplicación el art. 251 en relación con el art.468 LNM incluso cuando el tribunal elegido por las partes es el tribunal de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte de la EFTA, otros limitan la aplicación de los arts. 251 y 468 LNM solo a los supuestos de sumisión expresa a tribunales de terceros Estados.

75. Así, por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de mayo de 2020 en un supuesto de oponibilidad a terceros de una cláusula de sumisión a tribunales de Londres contenida en un conocimiento de embarque, siendo aun el Reino Unido Estado miembro de la UE, el mencionado tribunal estima que tras la entrada en vigor de la nueva LNM (2014) resulta necesario distinguir según que la relación procesal se establezca entre el cargador y el portador o entre el destinatario o sucesivos tenedores del conocimiento de embarque. En el primer caso, resulta de aplicación el art. 25 RBI-bis, sin que el art. 468 LNM modifique la situación anterior. Sin embargo, en el segundo supuesto, “la nueva LNM modifica el régimen de oponibilidad de las cláusulas de sumisión a terceros que no son parte en el contrato”. Al no ser una cuestión regulada por el art. 25 RBII-bis, procede, siguiendo la STJUE de 9 noviembre de 2000, asunto *Coreck Maritime*, aplicar el Derecho español (*lex fori*), concretamente, el art. 251 LNM y, por tanto, desestima la declinatoria de jurisdicción³⁰. Especialmente revelador resulta en este sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de mayo de 2020 al señalar que “de acuerdo con la Sentencia TJUE de 9 de noviembre de 2000 (asunto *Coreck Maritime*), frente al tercero tenedor la cláusula de sumisión sólo es oponible si este ha sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones “en virtud del Derecho aplicable”, correspondiendo al órgano jurisdiccional, de acuerdo con sus normas de Derecho Internacional Privado, decidir qué legislación es aplicable, tal y como precisa el apartado 30 de la sentencias”. Ahora bien, para la Audiencia Provincial de Barcelona “el juez nacional, lógicamente, no es aquel al que se someten las partes (en este caso, el Tribunal de Comercio de Marsella) sino aquel que conoce de la demanda, pues en otro caso *se estarían anticipando los efectos*

³⁰ AAP Barcelona (Sección nº 15), 20 mayo 2020, FD. 18-23, ECLI: ES:APB:2020:3145A

de la cláusula de sumisión, y el derecho nacional, en el caso de España, vendría representado por el art. 251 LNM, que regula la eficacia traslativa del conocimiento de embarque, precepto que exige el consentimiento del adquirente para resultar concernido por la cláusula de sumisión expresa”³¹.

76. A una solución totalmente distinta llega el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) de 21 de diciembre de 2020, en un caso muy similar al expuesto anteriormente: oponibilidad a terceros de una cláusula de sumisión expresa a tribunales de Londres antes de consumarse el Brexit. En esta ocasión, la Audiencia Provincial de Pontevedra considera que “si resulta de aplicación la normativa comunitaria, como es el caso, el art. 251 LNM cede frente a las exigencias del Reglamento Bruselas I-bis, al igual que prevé el propio art. 468 LNM. En consecuencia, la exigencia de la negociación individual y separada de la cláusula de jurisdicción sólo es aplicable cuando la cláusula atribuya jurisdicción a un Estado no miembro (FD 2º)”³².

77. Finalmente, y aunque sólo sirva a modo de anécdota, nunca faltan aquellos supuestos algo “exóticos” en los que los tribunales españoles terminan enjuiciando la validez de una cláusula de sumisión expresa a tribunales extranjeros (Estado no miembro UE ni Estado parte en el Convenio de Lugano) inserta en un conocimiento de embarque, “de acuerdo con el art. 23 Convenio de Lugano y el art. 22 y 22 *quinquis* LOPJ con relación al art. 468 LNM”. En este caso concreto, a pesar de que el demandado tenía su domicilio en Suiza, no se cumplían los requisitos de aplicación del art. 23 Convenio de Lugano, en tanto que el tribunal elegido por las partes no era el tribunal de un Estado parte del mencionado instrumento internacional³³.

77. Con este telón de fondo, la cuestión prejudicial ante el TJUE no se ha hecho esperar. El 25 de mayo de 2022 la Audiencia Provincial de Pontevedra presentó ante el TJUE la petición de tres decisiones prejudiciales en los asuntos: Maersk c. Allianz Seguros y Reaseguros SA (Asunto C-345/22); Mapfre España Compañía de Seguros y Reaseguros SA c. MACS Maritime Carrier Shipping Gmh & Co. (Asunto C-346/22) y Maersk c. Allianz Seguros y Reaseguros SA (Asunto C-347/22)³⁴.

78. En los tres casos, la Audiencia Provincial de Pontevedra plantea las mismas cuatro cuestiones prejudiciales: 1ª) Si la regla del art. 25 RBI-bis, cuando establece que la nulidad de pleno derecho del acuerdo de jurisdicción debe analizarse conforme a la legislación del Estado miembro al que las partes han deferido la jurisdicción comprende también la cuestión de la validez de la extensión de la cláusula a un tercero no parte en el contrato en el que la cláusula se establece; 2ª) Si, en los casos en los que el tenedor del conocimiento de embarque no ha intervenido en la contratación entre el cargador y el porteador, puede considerarse compatible con el art. 25 RBI-bis y con la jurisprudencia que lo interpreta, una norma como el art. 251 LNM, que exige para su oponibilidad frente a terceros, que la cláusula de jurisdicción haya sido negociada de forma individual y separada; 3ª) si conforme al Derecho de la UE resulta posible que la legislación de los Estados miembros establezcan requisitos adicionales de validez para la eficacia frente a terceros de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque; 4ª) Si una norma como la contenida en el art. 251 LNM, que establece que la subrogación del tercero tenedor sólo se produce de forma parcial, con exclusión de prórroga de jurisdicción, supone la introducción de un requisito adicional de validez de estas cláusulas contraria al art. 25 RBI-bis.

³¹ AAP Barcelona (sección 15ª), 29 mayo 2020, FD 20, ECLI: ES:APB:3847ª. Vid. En este mismo sentido: AAP Barcelona (Sección 15ª), 24 abril 2020, ECLI:ES:APB:2020:2814ª; AAP Barcelona (Sección 15ª), 7 de octubre 2019 ECLI:ES:APB:2019:7577ª; AAP Barcelona (Sección 15ª), 21 diciembre 2016.

³² AAP Pontevedra (Sección 1ª), 21 diciembre 2020, ECLI: ES:APPO: 2020:2118ª. Siguen esta misma línea jurisprudencial: AAP (Sección 1ª) Pontevedra, 16 octubre 2017, ECLI:ES:2017:3336ª; AAP Madrid (Sección 28ª), 5 julio 2019, ECLI: ES:APM:2019:255ª; AAP Cádiz, 8 enero 2019, ECLI: ES:APCA:2019:36ª; AAP Valencia (Sección 9ª) 27 enero 2020:305ª.

³³ AAP Valencia (Sección 9ª), 10 mayo 2022, ECLI:ES:APV:2022:4344A

³⁴ *DOUE* C368/12, 26 septiembre 2022. Vid. R.ARENAS GARCÍA/C. GÓRRIZ LÓPEZ, “Efectos frente a terceros de las cláusulas de elección de tribunal contenidas en conocimientos de embarque. A propósito de as cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Pontevedra en 2022”, *Diario La Ley Unión Europea*, nº 107, octubre 2022.

79. En definitiva, será el TJUE quien decida, ante el silencio del art. 25 RBI-bis, qué Ley rige la oponibilidad frente a terceros de la cláusula de elección de foro inserta en un conocimiento de embarque y aclare en este sentido la remisión efectuada por la Sentencia de 9 de noviembre de 2000, en el asunto *Coreck Maritime* al “Derecho nacional aplicable”: si la ley que rige la validez material del acuerdo de jurisdicción, que según el art. 25.1 RBI-bis es el Derecho del Estado cuyos tribunales han sido designados por las partes, incluidas las normas de Derecho Internacional Privado (Considerando 20 RBI-bis), o por el contrario, el Derecho nacional que, según las normas de Derecho internacional privado del foro, rige la relación jurídica cuya sucesión en derechos y obligaciones se discute, o la *lex fori* (el Derecho interno del Estado ante cuyos tribunales se ha interpuesto la demanda), tal y como lo entienden algunos tribunales en España.

80. Pero también tendrá que dilucidar en TJUE si habiendo sido elegidos como tribunales competentes en el acuerdo de jurisdicción contenido en el conocimiento de embarque los tribunales de un Estado miembro, y por tanto en el ámbito del art. 25 RBI-bis, es posible aplicar la exigencia del art. 251 LNM: consentimiento individual y separado del acuerdo para enjuiciar la validez de la cláusula cuando ésta se transmite a un tercero. Y finalmente, y en caso de que los Estados miembros de la UE puedan establecer requisitos de validez añadidos al art. 25 RBI-bis, algo que como ya se ha indicado a lo largo de este trabajo no es posible según la propia jurisprudencia del TJUE, si cabe considerar que la exigencia de consentimiento individual y separado del acuerdo de jurisdicción contenido en un conocimiento de embarque como condición sine qua non para que se produzca la transmisión del acuerdo al tercero adquirente junto a los demás derechos y obligaciones contenidos en el conocimiento de embarque, es un requisito añadido por el legislador español a la validez de las cláusulas de elección de foro del art. 25 RBI-bis.

IV. Conclusiones

81. Antes de la entrada en vigor de la LNM (2014), que introdujo nuevas normas de competencia judicial internacional para los contratos de utilización de buque y los contratos auxiliares de la navegación en el ordenamiento jurídico español, los problemas de validez formal y de oponibilidad a terceros de las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque, se venía resolviendo de forma pacífica por los tribunales españoles mediante la aplicación del art. 25 RBI-bis y de la jurisprudencia del TJUE. Se guardaba un equilibrio entre la seguridad jurídica y la falta de formalidades en las operaciones marítimas internacionales, flexibilizando los requisitos de validez formal al admitir como válido el consentimiento manifestado por las partes conforme a los usos del comercio internacional.

82. La irrupción de los arts. 251 y 468 LNM ha supuesto la ruptura de la mencionada armonía al exigir, en contra de la regulación establecida en los instrumentos internacionales (RBI-bis y Convenio de Lugano II), rígidos requisitos de forma a la validez de las cláusulas contenidas en los contratos de transporte internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. La verdadera finalidad de estas normas no es tanto potenciar la seguridad jurídica, a costa de introducir excepciones injustificadas a los principios generales de las condiciones generales de la contratación y de los títulos valores, sino atraer hacia la jurisdicción española los litigios derivados de la contratación marítima internacional.

83. El art. 468 LNM, que somete la validez del acuerdo de elección de foro en los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías, al consentimiento individual y separado, solo puede aplicarse en defecto de instrumento internacional. Por tanto, solo resulta operativo cuando el tribunal elegido por las partes no sea el tribunal de un Estado miembro (RBI-bis) o el tribunal de un Estado parte de la EFTA (Convenio de Lugano II).

84. Si resultara de aplicación el RBI-bis o el Convenio de Lugano II, por haber sido elegido como tribunal competente el tribunal de un Estado miembro UE o el tribunal de un Estado parte de la EFTA (Convenio de Lugano), el art 251 LNM sólo debería aplicarse para determinar, según la sentencia

TJUE en el asunto *Coreck Maritime*, si el adquirente del conocimiento de embarque sucede o no al cargador en todos sus derechos y obligaciones. Y como esto no sucede según el art. 251 LNM, el consentimiento del tenedor y el porteador al acuerdo de jurisdicción debería comprobarse con arreglo al art. 25 RBI-bis, y no conforme al art. 468 LNM que exige consentimiento individual y separado. De lo contrario, el Derecho español estaría añadiendo requisitos adicionales al art. 25 RBI-bis, algo que según el propio TJUE le está vetado.

85. Por otro lado, a la espera de lo que resuelva el TJUE al hilo de la cuestión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Pontevedra en relación al art. 251 LNM y el art. 25 RBI-bis y aún a riesgo de equivocarnos, ante el silencio de esta última disposición y en aplicación de la sentencia del TJUE en el asunto *Coreck Matime*, la eficacia traslativa de las cláusulas de elección de foro insertas en el conocimiento de embarque debería regirse por el Derecho aplicable que, según las normas de conflicto del foro, ha de regir las relación jurídica cuya eficacia traslativa se discute, en este caso, el conocimiento de embarque.

86. Con este telón de fondo, podemos concluir que, tal vez, hubiese sido mejor que los arts. 251 y 468 LNM no hubiesen nunca existido.