

A vueltas con los conocimientos de embarque y la competencia judicial internacional. Algunas observaciones sobre la cuestión en torno al auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 93/2019, de 5 de julio (Secc. 28^a)

Not again Bill of Lading and international jurisdiction. Some observations on the issue around ruling no. 93/2019, July 5th, of the Provincial High Court of Madrid (Section no. 28)

FRANCISCO DE BORJA LANGELAAN OSSET
Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid
Contract Risk Manager (deugro group)
Abogado

Aceptado: 31.03.2023 / Recibido: 15.05.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8103

Resumen: La cláusula de jurisdicción inserta en el conocimiento de embarque constituye uno de los mayores problemas actuales del Derecho Marítimo y del Derecho Procesal Civil Internacional. La Audiencia Provincial de Madrid, partiendo de la prevalencia del Reglamento (UE) 1215/2012 otorga validez a la cláusula en cuestión, pero acude a la cita literal de una resolución ya antigua. El presente trabajo busca realizar la necesaria actualización del caso para comprender la cuestión desde el punto de vista normativo, jurisprudencial y argumental. Asimismo, se analiza si la cláusula y la proposición de declinatoria constituyen fraude de ley, abuso de derecho o circunstancias similares. Por último, se reflexiona sobre la imperatividad o disponibilidad del art. 468 de la Ley de Navegación Marítima. Más allá del mero comentario a una resolución judicial, el trabajo reflexiona sobre otras cuestiones relevantes.

Palabras clave: cláusula de jurisdicción, conocimiento de embarque, Reglamento 1215/2012, fraude de ley, abuso de derecho.

Abstract: The jurisdiction clause inserted in the Bill of Lading constitutes one of the biggest current issues of Maritime Law and International Civil Procedural Law. The Provincial High Court of Madrid, pursuant to the prevalence of Regulation (EU) 1215/2012, grants validity to the clause in question, but resorts to the literal quotation of an already old ruling. The present paper seeks to carry out the necessary update of the case to understand the issue from the normative, jurisprudential and argumentative point of view. Likewise, it is analyzed if the clause of jurisdiction and the plea of jurisdiction constitute abuse in law, abuse in rights, or similar issues. Finally, considerations on the imperativeness or availability of art. 468 of the Spanish Maritime Act are made. Beyond the mere comment on a judicial decision, the paper also aims to reflect on other relevant issues.

Al Prof. Dr. D. Jesús María González García, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, y a la Prof^a. Dra. Dña. Carmen Otero García-Castrillón, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid, por su apoyo en Sevilla y en Madrid, respectivamente.

Keywords: jurisdiction clause, Bill of Lading, Regulation (EU) 1215/2012, abuse in law, abuse in rights.

Sumario: I. Introducción. II. Breve referencia al supuesto de hecho. III. Actualización de la determinación de la jurisdicción internacional. 1. Derecho derivado de la Unión Europea: el Convenio de Bruselas de 1968 y los Reglamentos posteriores. 2. Derecho español de origen interno (procesal y sustantivo). A) Normas de Derecho Procesal General: la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil. B) Normas de Derecho sustantivo: la Ley de Navegación Marítima. IV. La cláusula de jurisdicción internacional litigiosa. 1. Consideraciones generales, estructura interna y contenido. 2. Ausencia de abuso de derecho y otras circunstancias similares. V. El artículo 468 LENMAR: ¿Norma imperativa o dispositiva? VI. El uso que las partes conocen o deben conocer. 1. Actividad probatoria del porteador en relación con el art. 25.1.c) RBI bis. A) Prueba documental: los documentos privados. B) El interrogatorio de las partes y la prueba pericial. 2. El conocimiento del uso y la prueba de dicho conocimiento. A) Objeto social de la empresa y cifra o volumen de negocio. B) Deber de diligencia debida. C) Habitualidad en la contratación de transportes. 3. Consideraciones finales sobre el uso. VII. Análisis de las cláusulas de jurisdicción de los siete porteadores más relevantes. 1. Consideraciones generales. 2. Regla general y regla especial para designar la jurisdicción y la ley aplicable. 3. Regla residual para designar la jurisdicción y la ley aplicable. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

1. Las cláusulas de jurisdicción incluidas en los conocimientos de embarque¹ constituyen una de las cuestiones que más litigiosidad plantean actualmente² por diferentes motivos³, siendo el fundamental la oponibilidad frente al tercero tenedor del conocimiento de embarque⁴. Éste surgirá cuando el documento se transmita a un sujeto distinto del cargador de las mercancías, que es quien celebra el contrato de transporte con el porteador. Sin embargo, siendo este un caso muy frecuente en la práctica, no fue el que se dio en la resolución objeto de estudio⁵, pues el litigio se planteó entre las partes originarias del contrato (*i.e.* cargador y porteador). Tanto la vinculación por el cargador (*i.e.* Frigoríficos Costa Brava S.A.) como por su aseguradora (*i.e.* Zurich Insurance PCL Sucursal en España) en relación con la cláusula de jurisdicción no plantea mayores problemas a los efectos de esta resolución. Así, se entiende que el cargador se encuentra vinculado por la cláusula con base en el art. 25.1.c) del Reglamento (UE) núm. 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 (en adelante RBI bis)⁶, al constituir su inclusión en el contrato un uso del comercio internacional, así como por

¹ En profundidad sobre el conocimiento de embarque, *vid.*, L. FONTESTAD PORTALÉS, *Conocimiento de embarque como título ejecutivo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

² J. DEL CORTE LÓPEZ, “Especialidades procesales en la Ley de Navegación Marítima: especial referencia a las cláusulas de jurisdicción incluidas en los conocimientos de embarque”, en A. EMPARANZA SOBEJANO / J. M. MARTÍN OSANTE (Dirs.), *Ley de Navegación Marítima: balance de su aplicación práctica*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 689.

³ Sobre los motivos problemáticos, tanto de Derecho Procesal como de Derecho sustantivo, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “Consideraciones normativas sobre las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque a la luz de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 39, 2019, pp. 408-437.

⁴ Sobre la oponibilidad frente a terceros, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “Estudio jurisprudencial sobre el régimen jurídico-procesal de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque: situación actual y futuro proyectado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2019, pp. 434-435; y T. FERNÁNDEZ-QUIRÓS, “Oponibilidad frente a terceros de las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque”, en Vv. AA., *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 429-440.

⁵ Un comentario específico a la resolución objeto de estudio puede encontrarse en: N. MAGALLÓN ELOSEGUI, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de un tribunal extranjero incluidos en un conocimiento de embarque: los usos y la libertad contractual en el sector marítimo. Comentario al Auto de 5 de julio de 2019 de la AAP de Madrid (Sección 28)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2020, pp. 619-626.

⁶ DOUE núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012. Ampliamente sobre el precepto, *vid.*, A. RODRÍGUEZ BENOT, “Artículo 25 (Prórroga de la competencia)”, en P. BLANCO-MORALES LIMONES / F. F. GARAU SOBRINO / M^a. LORENZO GUILLÉN / F. J. MONTERO MURIEL (Coords.), *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*, Cizur Menor, Aranzadi,

la amplia experiencia comercial e internacional que aquél tenía, pudiendo presumir su consentimiento en relación con aquélla.

2. En relación con lo ahora señalado, el AAP de Madrid núm. 93/2019, de 5 de julio, FJ. 3º señaló que *[el cargador] es una empresa con más de 45 años de experiencia en la elaboración de carne de porcino que produce más de 225.000.000 kgs/año y que destina más del 75 % de dicha producción a la exportación llegando con regularidad a más de 42 países de Asia, África, América y Europa [...]*. Por su parte, el art. 25.1.c) RBI bis permite los acuerdos de atribución de competencia celebrados en el comercio internacional en una forma conforme a los usos que las partes conocen o deban conocer y que sean ampliamente conocidos y regularmente observados por aquéllas en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

3. Los contratos del mismo tipo y el sector comercial considerado al que está haciendo referencia el precepto son el contrato de transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque y el transporte marítimo internacional de mercancías, respectivamente. En cuanto al uso, éste consiste en la inclusión sistemática en el mencionado contrato de cláusulas de jurisdicción internacional, normalmente referidas a los tribunales de Londres. Consecuentemente, resulta más que razonable presumir el consentimiento *en un cargador que recibe el documento en el mismo momento en que entrega la carga para su transporte sin mostrar la menor contrariedad [...]* (AAP de Madrid núm. 93/2019, de 5 de julio, FJ. 3º) y cuya amplísima experiencia, de más de cuatro décadas, no le puede hacer ignorante de la inveterada práctica del sector del transporte marítimo internacional de mercancías consistente en la inclusión en el contrato de cláusulas de jurisdicción.

4. También es de señalar en relación con la vinculación de la aseguradora, que aquélla no encuentra su base jurídica en los arts. 780 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (en adelante CdC)⁷; y 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro⁸, sino que ahora debemos sustituir la referencia normativa al CdC por el art. 437.5 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante LENMAR)⁹. Finalmente, se descarta la aplicabilidad tanto de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC)¹⁰ como del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias¹¹, pues, si bien la cláusula de jurisdicción es una condición general de la contratación al responder a los caracteres propios de ésta¹², no le resulta de aplicación las normas mencionadas, así como por el hecho de que el cargador no ostenta la condición de consumidor y usuario en el sentido técnico-jurídico reconocido por su normativa específica¹³.

2016, pp. 545-578; y A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo VIII. El foro de la sumisión expresa”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 221-264.

⁷ BOE núm. 289, de 16 de octubre de 1885. Referencia: BOE-A-1885-6627.

⁸ BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980. Referencia: BOE-A-1980-22501.

⁹ BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014. Referencia: BOE-A-2014-7877. El Libro III del CdC, donde se ubica sistemáticamente el art. 780 CdC, fue derogado por la Disposición derogatoria única, letra c), de la LENMAR. Sobre la subrogación legal de la aseguradora, *vid.*, M^a. R. ISERN SALVAT, “Capítulo 40. La subrogación del asegurador en la Ley de Navegación Marítima”, en J. L. GARCÍA-PITA Y LASTRES / M^a. R. QUINTÁNS EIRAS / A. DÍAZ DE LA ROSA (DIRS.), *El Derecho Marítimo de los nuevos tiempos*, Cizur Menor, Civitas, 2018, pp. 1095-1121.

¹⁰ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998. Referencia: BOE-A-1998-8789.

¹¹ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. Referencia: BOE-A-2007-20555.

¹² La cláusula de jurisdicción inserta en el conocimiento de embarque reúne los caracteres propios de las condiciones generales de la contratación, es decir, contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. En este sentido, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “La cláusula de jurisdicción inserta en conocimientos de embarque: dimensiones contractual y procesal”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, núm. 11, 2018, pp. 183-187.

¹³ Sobre la inaplicabilidad de estas normas, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “Consideraciones normativas...”, *cit.*, pp. 173-182. Por otro lado, los consumidores y usuarios tienen problemas específicos que no se dan en los casos como los que venimos

5. Además, la aseguradora invocó el tamaño del cargador asegurado, así como la dificultad de éste para litigar en el extranjero¹⁴, lo cual fue rechazado de plano al carecer de sentido la alegación. El argumento de la Audiencia es que *quien acciona en el presente litigio no es dicha mercantil sino la sucursal en España de una entidad multinacional del ramo del seguro*, que poca o ninguna dificultad tiene para litigar en el extranjero. También resulta irrelevante tanto el tamaño como la forma societaria de la entidad aseguradora, pues actúa subrogada *ex lege* en los derechos y acciones de su asegurado con base en los arts. 437.5 LENMAR y 43 LCS, sin que las mencionadas circunstancias sean relevantes a estos efectos. Ahora bien, sí deberán adoptar determinadas formas societarias cuando ejerzan la actividad aseguradora con base en el art. 27 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras¹⁵.

6. Junto al hecho de que la aseguradora no puede escudarse en las concretas circunstancias subjetivas de su asegurado para evitar o sustraerse a la cláusula de jurisdicción, pues la ha asumido implícitamente al quedar subrogada, debe indicarse que, en el caso concreto, se trata de una entidad aseguradora con más de 130 años de experiencia, habiendo surgido como una entidad reaseguradora del campo marino y que, a nuestro entender, no puede alegar desconocimiento de la existencia, contenido y extensión de la cláusula de jurisdicción en el contrato, pues, en caso contrario, no estaría dispuesta al aseguramiento de los riesgos inherentes a aquél. Este razonamiento, lógicamente, puede hacerse extensible a cualquier aseguradora en casos como el presente¹⁶. Con todo, tampoco el tamaño del asegurado o su forma societaria en sí tienen relevancia a los efectos del art. 25 RBI bis, pues éste no distingue, en relación con los acuerdos de atribución de competencia, entre sociedades pequeñas, medianas o grandes ni tampoco tiene en cuenta la concreta forma societaria bajo la que ejerce su actividad empresarial o comercial.

7. Por tanto, a nuestro entender, los problemas fundamentales que presenta la resolución son dos. Primero, debe realizarse una actualización de las normas con base en las cuales se determinan la extensión y límites de la jurisdicción internacional de los tribunales españoles del orden civil a la luz de la evolución de las normas aplicables a la jurisdicción internacional, pues la Audiencia Provincial de Madrid razona sobre la base de una resolución judicial con una antigüedad de cierta entidad. Segundo, resulta muy interesante destacar y desarrollar el argumento de aquélla, en virtud del cual la cláusula de jurisdicción no constituye fraude de ley o mala fe, argumento que nosotros hemos hecho extensible a la declinatoria de jurisdicción internacional como tratamiento procesal de la misma a instancia de parte. También se ha realizado un análisis específico de la propia cláusula para una mejor comprensión del caso, así como una reflexión en torno a la naturaleza imperativa o dispositiva del art. 468 LENMAR.

II. Breve referencia al supuesto de hecho

8. En el marco de un transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque¹⁷, la Audiencia Provincial de Madrid debe resolver un recurso de apelación interpuesto por la

analizando. Baste como ejemplo señalar las cláusulas relativas a las renunciaciones de acciones predispuestas a los consumidores. En dicho sentido, *vid.*, M. AGUILERA MORALES, “1.- ¿Es válida la cláusula de renuncia de acciones predispuesta frente al consumidor?”, en M. AGUILERA MORALES (Dir.), *Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Justicia Civil y Derechos Fundamentales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 19-46.

¹⁴ El tamaño de la contraparte del porteador, así como la dificultad de ésta para litigar en el extranjero es un argumento frecuente en estos casos. En este sentido, *vid.*, J. DEL CORTE LÓPEZ, “Especialidades procesales...”, en A. EMPARANZA SOBEJANO / J. M. MARTÍN OSANTE (Dir.), *Ley de Navegación...*, cit., pp. 692-693.

¹⁵ BOE núm. 168, de 15 de julio de 2015. Referencia: BOE-A-2015-7897.

¹⁶ Sobre Zurich, *vid.*, ZURICH. “Conócenos”. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: <https://www.zurich.es/conocenos/quienes-somos>.

¹⁷ Con carácter general sobre el fletamento y el contrato de transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque, *vid.*, C. SALINAS ADELANTADO, *Manual de Derecho Marítimo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 321-416; y J. J. PÉREZ BENÍTEZ, “Capítulo 5. Los contratos de utilización del buque en la ley de navegación marítima”, en A. B. CAMPUZANO / E. SANJUÁN, *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 261-286.

aseguradora del cargador de las mercancías, que al mismo tiempo es destinatario de aquéllas, contra la estimación de un recurso de reposición que, en primera instancia, supuso la estimación de la declinatoria de jurisdicción internacional del porteador¹⁸. Dado que dicho cargador era, a su vez, destinatario, en el caso en cuestión no se produjo la problemática oponibilidad frente a terceros de la cláusula de jurisdicción contenida en el contrato, sino que lo que se discute es la vinculación de una de las partes originarias de dicho contrato (*i.e.* cargador)¹⁹ en relación con una cláusula de jurisdicción que hacía referencia a los tribunales de Londres, así como la vinculación de la aseguradora. Ésta se defiende alegando diferentes y creativos motivos, tales como el tamaño de su asegurado, las normas sobre condiciones generales de la contratación y las normas tuitivas de consumidores y usuarios.

9. En relación con las partes del caso, debe tenerse en cuenta que, como se ha dicho ya, el cargador es al mismo tiempo el destinatario de las mercancías. Esta circunstancia no viene expresamente contemplada por la resolución, pero se infiere del hecho de que nos encontramos ante el asegurado, valga la redundancia, de la aseguradora que ejercita la reclamación de los daños sufridos por la carga transportada²⁰. Por tanto, no encontramos un cargador y, como es habitual en la práctica, un posterior destinatario de las mercancías, sino que hay unidad de ambas figuras. Tampoco se menciona que exista un porteador efectivo y un porteador contractual²¹, pues sólo se hace referencia a *Maersk* como porteador demandado.

10. Consecuentemente, al igual que sucede con el cargador, las figuras de porteador efectivo y contractual se confunden en una sola, no dándose la habitual circunstancia de un transitario que actúa como porteador contractual. Algunos ejemplos relativamente recientes de transitarios que actuaron como porteadores contractuales los podemos encontrar en la SAP de Pontevedra núm. 20/2016, de 19 de enero, así como en el AAP de Valencia núm. 615/2017, de 15 de mayo. Así, el hecho de que tengamos dos partes litigantes claramente definidas, sin cadenas o sucesiones de contratos, subrogaciones o cesiones de derechos, cuestión también harto frecuente en la práctica, simplifica enormemente tanto la identificación de aquéllas como el estudio del caso²². Tampoco nos encontramos ante un problema en relación con la responsabilidad del consignatario del buque por daños a las mercancías, cuestión problemática en el pasado y resuelta por la actual norma marítima (art. 322 LENMAR)²³.

¹⁸ Antes del recurso de apelación el Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Madrid había estimado un recurso de reposición interpuesto por el porteador, pues en un primer momento dicho Juzgado asumió la competencia para conocer de la demanda contra aquél.

¹⁹ Sobre los elementos personales del contrato de transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque, *vid.*, J. L. PULIDO BEGINES, *Curso de Derecho de la Navegación Marítima*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 211-212; y A. EMPARANZA SOBEJANO / J. M. MARTÍN OSANTE, “Capítulo IV. El transporte marítimo (II) Contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque”, en F. MARTÍNEZ SANZ (Dir.) / A. PUETZ (Coord.), *Manual de Derecho del Transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 122-128.

²⁰ No consta en la resolución ni la causa de los daños ni la entidad de los mismos. Sin embargo, los daños y pérdidas más habituales en la práctica se deben a roturas en la cadena de frío de productos congelados (SAP de Pontevedra núm. 20/2016, de 19 de enero), así como el robo y sustitución de las mercancías por piedras (AAP de Barcelona núm. 218/2016, de 21 de diciembre).

²¹ Sobre la distinción entre ambas figuras, *vid.*, I. ARROYO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Marítimo*, Cizur Menor, Civitas, 2016, pp. 591-592; y I. ARROYO MARTÍNEZ / J.-A. RUEDA MARTÍNEZ, *Compendio de Derecho Marítimo (Ley 14/2014, de Navegación Marítima)*, Madrid, Tecnos, 2020, p. 280.

²² Sobre el establecimiento de la relación contractual, así como de la relación jurídico-procesal, en sus formas más habituales, *vid.*, A. ZURIMENDI ISLA, “El contrato de fletamento: documentación”, en A. EMPARANZA SOBEJANO / J. M. MARTÍN OSANTE (Dir.), *Ley de Navegación Marítima: balance de su aplicación práctica*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 381-382.

²³ Sobre el consignatario del buque y su responsabilidad, *vid.*, P. J. BAENA BAENA, “La disciplina de la responsabilidad del consignatario de buques”, en M^a. V. PETIT LAVALL / A. PUETZ (Dir.), *El transporte como motor del desarrollo socioeconómico*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 181-195. Por otro lado, sobre el consignatario y la obligación de consignación con carácter general en España, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “Nuevas perspectivas en la obligación de consignación de buques: el Real Decreto 131/2019, de 8 de marzo, por el que se desarrolla la obligación de consignación de buques”, *Revista Contribuciones a la Economía*, enero-marzo, 2020, pp. 1-13.

11. A partir de aquí, el debate se centra en la aplicación del art. 25 RBI bis, como indica la propia Audiencia²⁴, pues éste resulta plenamente aplicable al caso²⁵, pero para ello acude a citas literales de su auto núm. 60/2010, de 23 de abril, así como a remisiones a los autos núm. 143/2009, de 21 de julio y núm. 5/2012, de 16 de enero. En esencia, se puede afirmar que nos encontramos ante una materia mercantil incluida dentro del ámbito material de aplicación del RBI bis (art. 1); se da un supuesto internacional representado por un transporte marítimo internacional de mercancías (art. 25.1) y la cláusula de jurisdicción designaba un Estado que, en el momento de sustanciarse el proceso, pertenecía a la Unión Europea (en adelante UE), es decir, la designación debe ser entendida a los Tribunales de un Estado miembro (art. 25.1). Junto a ello se da la ausencia tanto de competencias exclusivas (art. 24), como de supuestos especiales de protección (arts. 10-23). En otras palabras, el transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque no plantea ningún problema desde el punto de vista del régimen competencial del RBI bis.

12. De esta forma, la resolución del año 2019 consiste fundamentalmente en una transcripción literal de las partes esenciales de la resolución del año 2010, sin entrar en mayores detalles sobre el actual caso. De hecho, la resolución más reciente a la que se hace referencia es del año 2012. Por tanto, si bien el criterio que aplica es el correcto, pues acude prioritariamente a las normas comunitarias para resolver el caso, al servirse de resoluciones judiciales y de normas ciertamente antiguas, se fuerza al operador jurídico a buscar todas las equivalencias normativas, jurisprudenciales y argumentales necesarias y vigentes en la actualidad, así como a realizar las necesarias matizaciones interpretativas. La Audiencia justifica el uso de resoluciones tan antiguas sobre la base de que:

las cuestiones planteadas [...] guardan identidad jurídica sustancial con los problemas que ya resolviera este mismo tribunal en su auto de [...] 2010 [...]. De ahí [...] proceder a una transcripción extensa del contenido esencial de dicha resolución²⁶. [...] Dada esa semejanza sustancial entre los criterios expuestos en dicha resolución, [...] reiterados en el [...] auto [...] de 16 de enero de 2012, ninguna razón justifica un apartamiento de los mismos a la hora de decidir [...] el presente recurso. En particular, irrelevante resulta que [...] se estableciesen en aplicación del Art. 23-1 del anterior Reglamento (CE) n° 44/2001 [...] cuyo contenido es [...] sustancialmente idéntico al del Art.25-1 del nuevo Reglamento 1215/12²⁷.

13. En el presente trabajo, entre otras cuestiones, vamos a realizar la necesaria actualización que merece la resolución objeto de estudio, a fin de facilitar al operador jurídico las equivalencias normativas, jurisprudenciales y argumentales mencionadas, y abordaremos una serie de problemas específicos, a saber, la ausencia de abuso de derecho y de fraude de ley en el planteamiento de la declinatoria, la falta de la alegación de los arts. 251 y 468 LENMAR, así como la imperatividad o disponibilidad de éste último y otras circunstancias relevantes que surgen al hilo de estos casos.

III. Actualización de la determinación de la jurisdicción internacional

14. Como se ha indicado previamente, la Audiencia Provincial debe decidir sobre la validez formal de un acuerdo de atribución de competencia referido a, en dicho momento, un Estado miembro

²⁴ AAP de Madrid núm. 93/2029, de 5 de julio, FJ. 2º: *Se debate, en definitiva, sobre la aplicación al caso del Art. 25-1 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 [...].* Entre otras cuestiones, resulta de aplicación el RBI bis al transporte marítimo de mercancías, pues el convenio internacional vigente en la actualidad aplicable a dicho transporte no contiene normas de jurisdicción y competencia (art. 277.2 LENMAR) y aquél que sí las contiene aún no ha entrado en vigor. Sobre éste último, *vid.*, M. ALBA FERNÁNDEZ, “Jurisdicción internacional en las Reglas de Rotterdam, próximas reformas legislativas y situación en España”, en Mª. V. PETIT LAVALL, F. MARTÍNEZ SANZ, A. RECALDE CASTELLS (Dirs.) / A. PUETZ (Coord.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 229-240; y A. MUÑOZ FERNÁNDEZ, “Competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en las «Reglas de Rotterdam»”, en F. MARTÍNEZ SANZ / Mª. V. PETIT LAVALL (Dirs.) / J. HUGUET MONFORT / A. PUETZ (Coords.), *Régimen del Transporte en un entorno económico incierto*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 461-471.

²⁵ Sobre el sistema competencial del RBI bis desde el punto de vista del Derecho Marítimo, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “Estudio jurisprudencial...”, *cit.*, pp. 419-427.

²⁶ AAP de Madrid núm. 93/2019, de 5 de julio, FJ. 2º.

²⁷ AAP de Madrid núm. 93/2019, de 5 de julio, FJ. 3º.

de la UE y para ello procede a la identificación del régimen jurídico-procesal aplicable a la competencia judicial internacional²⁸. Sin embargo, en la resolución objeto de estudio la determinación de aquélla plantea el problema de que se realiza partiendo de referencias normativas de hace más de dos décadas y se omiten, entre otras posibles, tres grandes reformas procesales que tuvieron lugar en los años 2012, 2014 y 2015, las cuales, cada una dentro de su específico ámbito de aplicación, afectaron a las normas por las cuales se determina la competencia judicial internacional.

15. En otras palabras, el recurso a una resolución tan antigua omite la evolución normativa que ha experimentado la competencia judicial internacional en más de dos décadas. En realidad, los razonamientos que se van a exponer aquí no resultan exclusivamente aplicables a la resolución analizada, sino que pueden ser aplicados a cualquier resolución judicial, ya sea auto o sentencia, que no tenga en cuenta las reformas a las que se ha hecho referencia y que ahora serán comentadas desde el punto de vista de nuestro estudio y del Derecho Marítimo.

1. Derecho derivado de la Unión Europea: el Convenio de Bruselas de 1968 y los Reglamentos posteriores

16. En la antigua Comunidad Económica Europea era el art. 17 del Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (en adelante el Convenio de Bruselas de 1968)²⁹, el que regulaba la *prorrogatio fori* con carácter general. Ya en la UE, aquélla se reguló por el art. 23 del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante RBI)³⁰.

17. Finalmente, en el año 2012, el art. 25 RBI bis vino a sustituir a su antecesor normativo inmediato con importantes modificaciones tanto en general como en lo que se refiere a la *prorrogatio fori* en la UE³¹. Destaca, sin duda, que se eliminara la exigencia relativa a que al menos una de las partes del acuerdo de atribución de competencia tuviera que estar domiciliada en un Estado miembro. El art. 23.1 RBI contenía la siguiente proposición: [...] *cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro* [...]. En la misma línea se sitúa el art. 23.1 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988, modificado por la Decisión del Consejo, de 15 de octubre de 2007³², que sigue esencialmente el contenido del RBI. Ello tuvo como consecuencia directa que la aplicabilidad del Reglamento se abriera a supuestos en los que ambas partes se encontraban domiciliadas fuera de la UE, dejando como requisito fundamental y previo que el tribunal designado por el acuerdo de atribución de competencia fuese de cualquier Estado miembro.

18. A ello se une que la materia objeto del acuerdo de atribución de competencia no se refiera a supuestos excluidos del ámbito material de aplicación del Reglamento (art. 1 RBI bis), a competencias exclusivas (arts. 24 RBI bis, 22 LOPJ y 36.2.1ª LEC) o a supuestos especiales de protección (arts. 10-23 RBI bis, 22 bis. 1 y 22 quinquies. d) y e) y último inciso LOPJ) y que no se haya producido la sumisión

²⁸ En general sobre la competencia judicial internacional y su tratamiento procesal, *vid.*, T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal civil. Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos especiales*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 57-65.

²⁹ DOUE núm. C 027, de 26 de enero de 1998.

³⁰ DOUE núm. L 012, de 16 de enero de 2001.

³¹ En relación con la novedad que supuso el RBI bis, *vid.*, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, Pamplona, 2014 (versión electrónica); C. ROSENDE VILLAR, “Principales novedades del Reglamento (UE), núm. 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 11, 2014, pp. 27-57; y L. MORENO BLESA, “Las novedades introducidas en el espacio judicial europeo con la reforma del Reglamento Bruselas (1)”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2015, pp. 1-16.

³² DOUE núm. L 339, de 31 de diciembre de 2007.

tácita del demandado (arts. 26 RBI bis, 22 bis. 3 LOPJ y 56.2º LEC). En nuestro caso, el transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque constituye una materia mercantil no excluida expresamente por el art. 1 RBI bis, no afecto por competencias exclusivas ni fueros especiales de protección y, en el caso concreto, no se produjo la sumisión tácita del porteador demandado, que opuso en tiempo y forma la declinatoria de jurisdicción internacional (art. 64 LEC) e interpuso el recurso de reposición pertinente (art. 66.2 LEC). En cuanto a las competencias exclusivas, éstas comprenden diferentes materias entre las cuales no se recoge el transporte marítimo de mercancías, bastando una simple lectura de los preceptos mencionados para comprobar la afirmación realizada. Por su parte, los fueros especiales de protección del RBI bis comprenden: competencia en materia de seguros (arts. 10-16); competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores (arts. 17-19); y competencia en materia de contratos individuales de trabajo (arts. 20-23). Asimismo, el transporte marítimo no resulta subsumible en ninguna de estas materias.

19. De esta forma conviene recordar que la falta de planteamiento de la declinatoria en tiempo y forma, así como la comparecencia del demandado tras la interposición de la demanda para realizar cualquier gestión que no sea la de proponer aquélla, supondrá su sumisión tácita (arts. 26 RBI bis, 22 bis.2 LOPJ y 56 LEC). Por tanto, salvo en supuestos de competencias exclusivas, que desplazan tanto a los fueros generales como a los especiales *ratione materiae*, la sumisión tácita posterior tiene dos efectos esenciales. Primero, atribuye la competencia al órgano jurisdiccional ante el que se produce. Segundo, deja ineficaz el acuerdo de atribución de competencia anterior. En otras palabras, para hacer valer la cláusula de jurisdicción debe proponerse declinatoria en tiempo y forma. Por otro lado, en cuanto a la sumisión tácita del porteador, debe indicarse que aquélla es una *rara avis*, pues su máximo interés es hacer valer la cláusula proponiendo la declinatoria. En consecuencia, los supuestos de sumisión tácita del porteador son muy residuales en nuestra jurisprudencia menor.

20. Por tanto, el hecho de que la Audiencia Provincial razone desde el punto de vista del art. 23 RBI, al citar literalmente la resolución del año 2010, resulta ciertamente confuso e insatisfactorio, aunque aplique con prioridad finalmente el vigente Reglamento, pues se da a entender implícitamente que debemos tener en cuenta el domicilio de las partes del acuerdo de atribución de competencia, cuestión que, como hemos dicho, se eliminó en el actual art. 25 RBI bis. La eliminación mencionada tiene como principal consecuencia que todo el comienzo del análisis de la cuestión cambie radicalmente en relación con el art. 23 RBI, pues en la actualidad verificar el domicilio de al menos una de las partes resulta del todo irrelevante en la cuestión que nos ocupa. Además, se razona desde el punto de vista del antiguo Reglamento, cuando se realiza una cita literal del art. 25 RBI bis y se reconoce que el debate se centra en la aplicación de este último precepto.

21. Lo anterior hace que el análisis de la aplicación del Reglamento a la materia objeto de estudio se centre simplemente en la determinación del órgano jurisdiccional como perteneciente a un Estado miembro, lo cual se determinará sencillamente comprobando que dicho Estado pertenece a la UE. Actualmente, cualquier designación efectuada a alguno de los siguientes Estados miembros de la UE deberá ser analizada bajo el prisma del art. 25 RBI bis: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chequia, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía y Suecia³³.

22. Consecuentemente, consideramos que la Audiencia Provincial debería haber razonado directamente sobre la base del art. 25 RBI bis, pues el proceso en la instancia es del año 2016 y el Reglamento se encontraba en vigor desde el 10 de enero de 2015 (art. 81 RBI bis). Además, razonar sobre la base del RBI bis no prejuzga el recurso a la resolución del año 2010, siempre que la Audiencia hubiere realizado una interpretación al caso *mutatis mutandis* de aquélla y no la cita literal de la resolución del

³³ Sobre la situación actual de los Estados miembros de la UE, *vid.*, UNIÓN EUROPEA. “Perfil de los países”. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/country-profiles_es?page=0.

año 2010 en la resolución del año 2019. Una vez la Audiencia Provincial ha centrado el debate en torno a la aplicabilidad al caso del art. 25 RBI bis, la resolución del año 2019 se divide en las siguientes partes dentro del FJ. 2º que son, a su vez, los FF. JJ. 2º-6º del AAP de Madrid núm. 60/2010, de 23 de abril: *Sobre la normativa aplicable para determinar la competencia internacional; De la validez de la cláusula de jurisdicción; De la oponibilidad de la cláusula de sumisión; Del tratamiento conjunto del problema de ambas demandas* (nótese que en el caso del año 2019 no hay dos demandas, sino en el del año 2010); y *Del alegato de abuso de derecho*. Pues bien, en la resolución del año 2019, salvo los antecedentes de hecho y los razonamientos jurídicos primero, tercero y cuarto, el resto de la resolución constituye una cita literal de la resolución del año 2010.

23. En conclusión, entendemos que no debió haberse partido con carácter general del art. 23 RBI, aplicado en una resolución muy antigua, pues una cuestión es aplicar razonamientos antiguos con los ajustes necesarios y otra remitir a citas literales de resoluciones con normas procesales derogadas o que han sufrido reformas de calado, por mucha *identidad jurídica sustancial* que los supuestos guarden entre sí. Ahora bien, aplicando el principio de continuidad jurisprudencial y normativa entre el art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968, el art. 23 RBI y el art. 25 RBI bis, no resulta desacertado del todo razonar sobre la base de los requisitos formales del art. 23.1 RBI, pues son idénticos a los del art. 25.1 RBI bis³⁴ y, afortunadamente, se llega al mismo resultado.

2. Derecho español de origen interno (procesal y sustantivo)

A) Normas de Derecho Procesal General: la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil

24. Desde el punto de vista del Derecho Procesal Civil de origen interno, la Audiencia Provincial parte del antiguo art. 22.2º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ)³⁵, obviando la reforma experimentada por dicha norma a raíz de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial³⁶. El art. 22.2º LOPJ, en su redacción previa a la reforma del año 2015, disponía que los juzgados y tribunales españoles del orden civil eran competentes con carácter general cuando las partes se hubieren sometido expresa o tácitamente a aquéllos, así como cuando el demandado tuviera su domicilio en España.

25. Sin embargo, en la actualidad, el art. 22 LOPJ hace referencia a los supuestos de competencias exclusivas de los tribunales españoles del orden civil y, adicionalmente, se introdujo el art. 22 bis LOPJ, relativo tanto a la sumisión expresa como a la tácita a dichos órganos jurisdiccionales, en el que destacan unos requisitos para la validez formal del acuerdo de atribución de competencia sustancialmente idénticos a los del art. 25 RBI bis, salvo por una serie de irrelevantes diferencias en su redacción³⁷. Consecuentemente, el razonamiento de la Audiencia Provincial, en virtud del cual dado que el antiguo

³⁴ Sobre la identidad entre los requisitos formales del art. 25 RBI bis y sus antecedentes normativos, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “Estudio jurisprudencial...”, cit., pp. 418-419. En relación con el principio de continuidad jurisprudencial y, por extensión, normativa, entre las disposiciones mencionadas, *vid.*, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La jurisprudencia normativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento Bruselas I-bis”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Coords.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 56-57.

³⁵ BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985. Referencia: BOE-A-1985-12666.

³⁶ BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015. Referencia: BOE-A-2015-8167.

³⁷ El art. 22 bis. 2 LOPJ regula la sumisión expresa en los siguientes términos: *El acuerdo de sumisión expresa deberá constar por escrito, en una cláusula incluida en un contrato o en un acuerdo independiente, o verbalmente con confirmación escrita, así como en alguna forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas, o en el comercio internacional sea conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. Se entenderá que media acuerdo escrito cuando resulte de una transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero.*

art. 22.2º LOPJ permitía la sumisión expresa a los tribunales españoles, entonces, *sensu contrario*, habría de admitirse la sumisión a órganos jurisdiccionales extranjeros, debe ser matizado en el sentido de que, ya no solo debe admitirse dicha sumisión como venía haciéndose, sino que, además, dado que los requisitos formales de la *prorrogatio fori* son idénticos tanto en el art. 22 bis.2 LOPJ³⁸ como en el art. 25.1 RBI bis, la admisión debe efectuarse sobre la base de los mismos requisitos formales y, no sería excesivo afirmar, que con base en los mismos argumentos.

26. Finalmente, junto al art. 21.1 LOPJ, mencionado por la Audiencia, nosotros habríamos añadido el art. 36.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)³⁹, pues de la conjunción de ambos preceptos se extrae la regla general de que la determinación de la extensión y límites de la jurisdicción internacional de los órganos jurisdiccionales del orden civil debe partir necesariamente de los tratados y convenios internacionales, así como de las normas de la UE. En concreto, el art. 21.1 LOPJ también experimentó una leve reforma en su redacción, si bien su contenido esencial sigue siendo el mismo. Así, en la redacción previa al año 2015 el precepto indicaba que: *Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados convenios internacionales en los que España sea parte*. Por otro lado, en la redacción vigente desde el año 2015, el precepto reza como sigue: *Los Tribunales españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión y en las leyes españolas*.

27. Por tanto, si bien el análisis de la determinación de la norma aplicable a la jurisdicción internacional en el caso enjuiciado resulta satisfactorio, pues se otorga primacía y se aplica el art. 25 RBI bis, creemos que hubiera sido conveniente realizar una actualización de los razonamientos partiendo de las reformas experimentadas tanto por el RBI como por nuestro Derecho Procesal Civil de origen interno, en relación con la competencia judicial internacional.

B) Normas de Derecho sustantivo: la Ley de Navegación Marítima

28. Por último, en el año 2014 fue aprobada la LENMAR, cuyas especialidades de jurisdicción y competencia (arts. 468 y 469)⁴⁰ en relación con la eficacia traslativa del conocimiento de embarque (art. 251)⁴¹, introdujeron unos requisitos formales para la validez de la cláusula de jurisdicción radicalmente diferentes de los previstos por el Reglamento⁴². Dichos requisitos exigen para la validez de aquella que la misma haya sido negociada separada e individualmente. Ello difiere netamente de la flexibilidad prevista por el art. 25 RBI bis, pues mientras éste permite la presunción del consentimiento de las partes en determinadas condiciones, el art. 468 LENMAR exige siempre y en todo lugar el consentimiento expreso, so pena de nulidad de la cláusula, así como desencadenando la aplicación del art. 469 LENMAR regulador de una serie de fueros de competencia judicial internacional subsidiarios.

³⁸ Sobre el art. 22 bis LOPJ, *vid.*, B. CAMPUZANO DÍAZ, “La *derogatio fori* en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 1, 2018, pp. 155-179; y P. JIMÉNEZ BLANCO, “La *derogatio fori* después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 17, 2017, pp. 473-506.

³⁹ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000. Referencia: BOE-A-2000-323.

⁴⁰ Sobre los arts. 468 y 469 LENMAR, *vid.*, M. CACHÓN CADENAS, “Título IX. Especialidades procesales. Capítulo I. De las especialidades de jurisdicción y competencia”, en I. ARROYO MARTÍNEZ / J.-A. RUEDA MARTÍNEZ (Dir.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Cizur Menor, Civitas, 2016, pp. 1397-1420.

⁴¹ Sobre este precepto, *vid.*, I. ARROYO MARTÍNEZ, “Artículo 251. Eficacia traslativa”, en I. ARROYO MARTÍNEZ / J.-A. RUEDA MARTÍNEZ (Dir.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Cizur Menor, Civitas, 2016, pp. 841-842.

⁴² La introducción de la LENMAR en nuestro panorama legislativo, más que una reforma procesal en el sentido apuntado en este trabajo, se trata de una modernización de nuestro Derecho Marítimo sustantivo que cuenta con unas especialidades procesales concretas.

29. No podemos abordar en profundidad dicha cuestión, pero sí debemos dejar indicado que mientras otras Audiencias Provinciales han entrado en el debate acerca de la aplicabilidad o no de las mencionadas especialidades a las cláusulas de jurisdicción referidas a tribunales de Estados comunitarios⁴³, la Audiencia Provincial de Madrid obvia la LENMAR. Ello podría ser consecuencia de dos circunstancias. La primera derivaría directamente del hecho de que sus razonamientos del año 2019 se basan en un auto del año 2010 y la LENMAR no vio la luz hasta el año 2014, después de un largo y difícil proceso de tramitación y aprobación⁴⁴. Más aún, la primera resolución en España que aplica la LENMAR en un caso como el que venimos tratando fue el AAP de Barcelona núm. 218/2016, de 21 de diciembre, sobre el que hemos tenido ocasión de pronunciarnos negativamente⁴⁵.

30. Consecuentemente, resulta materialmente imposible que se mencione en una resolución tan antigua una ley moderna. La segunda circunstancia requiere algo más de reflexión. La ausencia de mención y análisis *ex officio* del art. 251 LENMAR, así como del art. 468 LENMAR nos resulta llamativo, precisamente por el debate que existe actualmente en la jurisprudencia menor sobre la cuestión. Tampoco consta que las partes alegasen dichos preceptos, por lo que la cuestión no se centró en decidir si resultada de aplicación el art. 25 RBI bis o el art. 468 LENMAR, sino únicamente en la vinculación por el cargador y su aseguradora en relación con la cláusula de jurisdicción contenida en el conocimiento de embarque con base en el Reglamento.

31. Así, mientras que otras Audiencias Provinciales entran a analizar tanto el marco competencial del RBI bis como las especialidades de jurisdicción y competencia de la LENMAR (Cádiz, Barcelona, Valencia, etc...), aun cuando la cláusula de jurisdicción hace referencia a los tribunales de un Estado miembro, generando así el debate mencionado, la Audiencia Provincial de Madrid obvia la norma nacional y aplica directamente el RBI bis, lo cual sería un criterio coherente con el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)⁴⁶, es decir, con la naturaleza jurídica del Reglamento como acto jurídico de Derecho derivado de la UE, típico, vinculante, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros⁴⁷.

32. La conclusión nos resulta clara. Más allá de que la Audiencia acuda a una resolución antigua, siendo de aplicación directa al caso el RBI bis y no siendo aplicable una ley interna cuando resulte de aplicación aquél, no es necesario entrar en el análisis y reflexión acerca de una norma que no resulta aplicable⁴⁸. No fue así en un caso sometido a la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual aplicó el art. 468 LENMAR al análisis de una cláusula de jurisdicción referida a los tribunales de Marsella debiendo, en consecuencia, haberse aplicado el art. 25 RBI bis por encontrarnos ante la designación de un tribunal sito en un Estado miembro de la UE. Dicho de otra forma, no tiene sentido analizar una norma que no constituye el cuerpo normativo aplicable. Ahora bien, si las partes hubieran alegado el art. 468 LENMAR, el juez no habría podido obviarlo y tendría que haberse pronunciado. En este sentido, tanto si las partes alegan el mencionado precepto como si no lo hacen y el juez lo considera *ex officio*, sostenemos

⁴³ Sobre la actual división de las Audiencias Provinciales, *vid.*, A. ZURIMENDI ISLA, “El contrato...”, en A. EMPARANZA SOBEJANO / J. M. MARTÍN OSANTE (Dir.), *Ley de Navegación...*, cit., p. 381.

⁴⁴ Sobre esta idea, *vid.*, J. C. FUENTES GÓMEZ, “Capítulo I. El largo proceso de elaboración de la Ley de Navegación Marítima”, en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 29-44. Por otro lado, con carácter general sobre la LENMAR, *vid.*, ID., “Principios y fines generales de la Ley de Navegación Marítima”, en M^a. V. PETIT LAVALL / A. PUETZ, (Dir.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 361-366.

⁴⁵ F. B. LANGELAAN OSSET, “Proteccionismo jurisdiccional y transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque: reflexiones en torno al auto núm. 218/2016, de 21 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15.^a)”, en M^a. V. PETIT LAVALL / A. PUETZ (Dir.) / C. VICENTE MAMPÉL / A. GILABERT GASCÓN (Coords.), *El transporte ante el desarrollo tecnológico y la globalización*, A Coruña, Colex, 2022, pp. 365-392.

⁴⁶ DOUE núm. C 326, de 26 de octubre de 2012.

⁴⁷ Sobre la cuestión, *vid.*, A. MANGAS MARTÍN / D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2020, pp. 404-407.

⁴⁸ En profundidad, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “Proteccionismo jurisdiccional...”, en M^a. V. PETIT LAVALL / A. PUETZ (Dir.) / C. VICENTE MAMPÉL / A. GILABERT GASCÓN (Coords.), *El transporte...*, cit., pp. 365-392.

que bastaría con indicar que aquél se entiende y resulta aplicable sin perjuicio de lo dispuesto por las normas de la UE, como se desprende de su tenor literal, siendo aplicable en estos casos el art. 25 RBI bis con base en el art. 288 TFUE y no una norma nacional, cualquiera sea su rango.

33. Siendo la aplicación del RBI bis prioritaria respecto a la LENMAR cuando la cláusula de jurisdicción designe un tribunal de un Estado miembro de la UE, visto el debate actual en la jurisprudencia menor, la anterior consideración ayudaría al refuerzo, por redundante e innecesario que éste pudiera ser, de la primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho de producción interna.

IV. La cláusula de jurisdicción internacional litigiosa

1. Consideraciones generales, estructura interna y contenido

34. La cláusula de jurisdicción internacional litigiosa, según la resolución de la Audiencia Provincial, hace referencia a los juzgados y tribunales de Londres, que es una de las designaciones más habituales en la práctica. Sobre aquélla deben realizarse dos observaciones en relación con el caso. Primera, la resolución del año 2019, a diferencia de otros casos en los que se transcribió la cláusula, no contiene el texto íntegro de la misma. En este sentido, resulta muy habitual en estos casos que el órgano jurisdiccional en cuestión realice una transcripción literal de la cláusula de jurisdicción o bien realice una traducción libre de la misma, pues los portadores presentan sus términos y condiciones generales redactados en inglés. También es de destacar que, cuando la cláusula ha sido traducida, no se plantean discusiones en torno a la traducción que es, por tanto, aceptada por las partes. Si acudimos a los términos y condiciones generales del transporte de *Maerks*, podemos comprobar que la cláusula relativa a la ley y jurisdicción hace referencia a la ley inglesa, así como a la jurisdicción de los tribunales de Londres en los siguientes términos:

26. Law and jurisdiction
<p>For shipments to or from the U.S. any dispute relating to this bill of lading shall be governed by U.S. law and the United States Federal Court of the Southern District of New York is to have exclusive jurisdiction to hear all disputes in respect thereof. In all other cases, this bill of lading shall be governed by and construed in accordance with English law and all disputes arising hereunder shall be determined by the English High Court of Justice in London to the exclusion of the jurisdiction of the courts of another country. Alternatively and at the Carrier's sole option, the Carrier may commence proceedings against the Merchant at a competent court of a place of business of the Merchant⁴⁹.</p>

35. Si bien han pasado varios años desde que se planteó la declinatoria, así como del recurso de apelación, y podría ser razonable asumir que el porteador ha podido actualizar o modificar de alguna forma sus términos y condiciones generales, la idea es descartable de plano, pues una cláusula como la ahora mencionada es una constante en aquéllos⁵⁰. Por lo que, sin perjuicio de posibles y ligeras varia-

⁴⁹ Se propone por quien suscribe la siguiente traducción libre de la cláusula: 26. *LEY Y JURISDICCIÓN. Para los envíos hacia o desde los EE. UU., cualquier disputa relacionada con este conocimiento de embarque se regirá por la ley de los EE. UU. y el Tribunal Federal de los Estados Unidos del Distrito Sur de Nueva York tendrá jurisdicción exclusiva para decidir acerca de todas las disputas con respecto al mismo. En todos los demás casos, este conocimiento de embarque se regirá e interpretará de acuerdo con la ley inglesa y todas las disputas que surjan a continuación serán resueltas por el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra en Londres con exclusión de la jurisdicción de los tribunales de otro país. Alternativamente y a discreción exclusiva del Transportista, el Transportista puede iniciar procedimientos contra el Comerciante en un tribunal competente del lugar de negocios del Comerciante.*

⁵⁰ Sobre la habitualidad en los conocimientos de embarque de las cláusulas de jurisdicción, *vid.*, J. B. MONFORT BELENGUER, "La cláusula de sumisión expresa en los conocimientos de embarque", en E. BELTRÁN (Ed.), *Derecho Marítimo (Summa revista de Derecho Mercantil)*, Madrid, Civitas, 2013, p. 229; y J. L. GABALDÓN GARCÍA, *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 904.

ciones en su redacción, es más que presumible que ya en el año 2016, e incluso antes, presentase una redacción sustancialmente igual, sino idéntica. También resulta relevante el análisis o disección de la estructura interna de la cláusula en relación con el contenido de la resolución del año 2019 y que, en realidad, puede hacerse extensible a cualquier cláusula de este estilo que se analice. Partimos de que dentro de aquella no se mencionan en ninguna parte los puertos de carga y descarga, lo cual resulta determinante a la hora de concretar la parte de la cláusula que resulta aplicable al caso en cuestión. La cláusula de jurisdicción controvertida consta de tres partes. La primera designa como competente al Tribunal Federal de los Estados Unidos del Distrito Sur de Nueva York, cuando se trate de transportes desde o hacia dicho Estado. La segunda designa al Alto Tribunal de Justicia de Londres para el resto de transportes. Finalmente, la tercera consiste en una reserva a favor del porteador en virtud de la cual éste puede decidir, a su sola discreción, iniciar acciones ante otros tribunales diferentes de los anteriores, lo cual, por mucho que pueda contrariarnos, resulta aceptable⁵¹.

36. Varios elementos nos indican que no puede tratarse de un transporte desde o hacia los Estados Unidos, que haga aplicable la parte de la cláusula que se refiere al Tribunal Federal de los Estados Unidos del Distrito Sur de Nueva York. Primero, el Juzgado de lo Mercantil nº. 9 de Madrid, estimando el recurso de reposición, declara la competencia del Alto Tribunal de Justicia de Londres. Segundo, si bien en relación con lo anterior, la interposición de la declinatoria y del recurso de reposición tienen como finalidad hacer valer la jurisdicción de dicho órgano jurisdiccional y no el de los Estados Unidos. Tercero, en el recurso de apelación la Audiencia Provincial se centra en la aplicación del art. 25 RBI bis por lo que, de haberse tratado de una designación a un tribunal extracomunitario, no se habría planteado la aplicabilidad de aquél⁵². Cuarto, la aseguradora en apelación recurre la estimación del recurso de reposición y, por tanto, se está impugnando la jurisdicción del tribunal inglés.

37. Por otro lado, en relación con el grado de determinación del tribunal, es decir, a la forma en virtud de la cual el órgano jurisdiccional competente viene designado por la cláusula concreta, nos lleva a afirmar que nos encontramos ante una determinación directa de jurisdicción doble. Lo anterior supone que se designa por su nombre concreto a dos órganos jurisdiccionales de Estados diferentes, ya sean comunitarios o extracomunitarios, atribuyéndoles simultáneamente la competencia judicial internacional y la competencia territorial⁵³. No obstante, la competencia judicial internacional otorgada a cada uno se activa en función del trayecto que se realice al transportar las mercancías. Una última cuestión que no debe pasar desapercibida es que, si bien la cláusula hacía referencia a un Estado que actualmente no es miembro de la UE⁵⁴, en el momento de plantearse el proceso en instancia el Reino Unido sí que lo era, por lo que le resultaba plenamente aplicable el RBI bis.

2. Ausencia de abuso de derecho y otras circunstancias similares

38. Un argumento muy interesante planteado por la Audiencia Provincial es la ausencia de fraude de ley, así como de mala fe, en el establecimiento de la cláusula de jurisdicción dentro del contrato de transporte, siendo aquél, en nuestra opinión, el argumento más importante que se contiene en la resolución y que haremos extensible, asimismo, a la proposición de declinatoria. En este sentido, según la Audiencia la inclusión de la cláusula en el contrato constituye un uso del comercio internacional y

⁵¹ Sobre la admisibilidad de este tipo de designaciones, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “La cláusula...”, *cit.*, p. 195.

⁵² En el AAP de Valencia núm. 615/2017, de 15 de mayo, la cláusula de jurisdicción hacía referencia a los tribunales de Hong Kong y, consecuentemente, siendo una designación a un tribunal extracomunitario, se aplicó con rigurosidad tanto el art. 468 LENMAR como los arts. 5 y 7 LCGC.

⁵³ Sobre este tipo de designaciones en profundidad, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “La cláusula...”, *cit.*, pp. 192-194.

⁵⁴ La fecha efectiva del coloquialmente denominado *Brexit* fue el 31 de diciembre de 2020. Sobre el proceso de retirada de la UE y el hecho histórico que para la misma supuso el *Brexit*, *vid.*, A. MANGAS MARTÍN / D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones...*, *cit.*, pp. 66-67.

responde a una finalidad práctica de centralización de reclamaciones del porteador⁵⁵. En el caso concreto se entendió que:

Por lo demás, [...] no se ve el menor atisbo de fraude de ley o de mala fe en el establecimiento de una cláusula de sumisión, siendo razonable el interés que en el comercio internacional puede existir por residenciar los litigios en tribunales que históricamente se encuentran más vinculados que otros en relación a las cuestiones concernientes al comercio marítimo.

39. Señalaba DEL CORTE⁵⁶ que las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque, ya sean referidas a tribunales comunitarios o extracomunitarios, deben analizarse desde la perspectiva de la buena fe procesal, el ejercicio antisocial del Derecho y el orden público, pues las pretensiones formuladas con manifiesto abuso de derecho, que entrañen fraude de ley o procesal, deben ser desestimadas con base en los arts. 11 LOPJ y 7.2 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante CC)⁵⁷. Este argumento se refuerza con la circunstancia mencionada por la doctrina contraria al RBI bis en cuanto al automatismo en la admisión de las cláusulas objeto de estudio⁵⁸, así como con el mayor o menor perjuicio que podría producir al porteador la sustanciación del procedimiento en España cuando existen evidentes conexiones con dicho Estado.

40. En este sentido, el autor señala que es habitual encontrar la alegación de falta de jurisdicción internacional cuando: (i) el transporte tiene inicio o fin en España, (ii) en supuestos en los que el proceso se sustancia ante tribunales y entre litigantes españoles, (iii) o bien con litigantes extranjeros que disponen de amplias estructuras en España. Todo lo anterior lleva al autor a afirmar que el propósito subyacente de la declinatoria sería el de entorpecer la reclamación contra el porteador, pues su estimación puede llevar a la remisión a una jurisdicción que aplique un régimen de responsabilidad más liviano para aquél o bien que haga que el demandante incurra en gastos legales que dificulten o imposibiliten la reclamación.

41. Consecuentemente, se relaciona tanto la cláusula de jurisdicción como la proposición de declinatoria con el abuso de derecho cuando el supuesto de hecho presente evidentes vínculos con España y, aun así, el porteador decida hacer valer la cláusula mediante el tratamiento procesal pertinente. En relación con la designación efectuada por la cláusula, debe recordarse que la vinculación entre el tribunal designado y el supuesto de hecho no resulta relevante a la hora de analizar la validez, eficacia y oponibilidad de aquélla, más allá del hecho de que para aplicar el RBI bis dicho tribunal debe pertenecer a un Estado miembro de la UE. También se debe tener en cuenta la circunstancia según la cual las motivaciones subjetivas del porteador en el momento de configurar la cláusula resultan irrelevantes a la hora de cuestionar su validez formal⁵⁹. En relación con lo apuntado, la doctrina señala con acierto que:

en el ámbito marítimo internacional la elección de los tribunales ingleses suele ser consecuencia de su indiscutible especialización, y no de la imposición de las condiciones contractuales de las empresas de mayor tamaño sobre las empresas más pequeñas, o de la influencia que pudieran tener las grandes compañías navieras como redactoras habituales de las cláusulas⁶⁰.

⁵⁵ En relación con la centralización de reclamaciones del porteador, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “La cláusula...”, *cit.*, pp. 187 y 196; y A. ZURIMENDI ISLA, “Capítulo 2. Responsabilidad del porteador frente al adquirente de un conocimiento de embarque con cláusulas de jurisdicción y arbitraje”, en P. J. BAENA BAENA / N. LÓPEZ SANTANA (Dirs.), *Estudios sobre la responsabilidad de los operadores de transporte en la Ley de Navegación Marítima*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 250.

⁵⁶ J. DEL CORTE, “Especialidades procesales en la Ley de Navegación Marítima”, en A. EMPARANZA SOBEJANO / J. M. MARTÍN OSANTE (Dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, p. 769.

⁵⁷ BOE núm. 206, de 27 de julio de 1889. Referencia: BOE-A-1889-4763.

⁵⁸ Por todos, *vid.*, 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*, n^o 8802, 2016, pp. 1-18.

⁵⁹ F. B. LANGELAAN OSSET, “Estudio jurisprudencial...”, *cit.*, pp. 428-429.

⁶⁰ M. CASADO ABARQUERO, “Extensión al consignatario de los efectos de una cláusula de elección de foro prevista en un conocimiento de embarque. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona NO. 62/2020, de 24 de abril de 2020”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2021, pp. 778-779.

42. Asimismo, el hecho de que cuente con estructuras en España, entendidas éstas como sedes o filiales, no deja de carecer de interés a efectos del RBI bis, pues no es un criterio a tener en cuenta. En otras palabras, más que una cuestión relevante desde el punto de vista del Derecho Procesal, pues no lo es, el hecho de que el porteador tenga oficinas en determinadas jurisdicciones responde a su libre decisión empresarial con fines comerciales.

43. Señalado lo anterior, nos falta por analizar si la proposición de declinatoria en estos casos podría constituir abuso de derecho o fraude de ley en los términos planteados por el autor. De esta forma, la afirmación de que tanto la cláusula de jurisdicción como la proposición de declinatoria en el marco de un transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque no constituyen abuso de derecho u otra circunstancia similar, conlleva la necesaria construcción teórica de aquél desde la perspectiva de nuestro objeto de estudio. A tal fin, hemos acudido a cuatro ejemplos de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal. Con una profusa referencia a otras resoluciones de dicho tribunal, en la STS núm. 20/2006, de 1 de febrero, FJ. 9º, se dispone que:

La doctrina del abuso de derecho se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciado [...] una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos [...], al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho [...]; exigiendo su apreciación [...] una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas y subjetivas [...].

44. Por ello, podemos afirmar que no se dan las mencionadas instituciones cuando, sin traspasar los límites de la equidad y la buena fe, se propone una declinatoria para hacer valer una cláusula de jurisdicción inserta en un conocimiento de embarque válida según el art. 25 RBI bis. En materia de transporte marítimo de mercancías, el abuso de derecho se traduciría en el uso de una cláusula de jurisdicción por parte del porteador, con mala fe, en perjuicio del cargador o del destinatario o de su aseguradora, sin que se obtenga un beneficio amparado por las normas procesales.

45. Ahora bien, no se acredita en estos casos que la proposición de declinatoria se haga con el fin de perjudicar a dichas contrapartes, sino que lo que se busca es hacer valer la cláusula amparada por una norma procesal y legítimamente incluida en el contrato de transporte. Aplica la máxima *iure suo utitur neminem laedit*, cuya excepción se encuentra en la inexistencia de *iusta causa litigandi*. Dicho de otra forma, no cabe predicar abuso de derecho⁶¹ respecto del porteador que, actuando dentro de las normas procesales aplicables, propone en tiempo y forma declinatoria de jurisdicción internacional para hacer valer el acuerdo de atribución de competencia. La pretensión de hacer valer dicho acuerdo es seria, legítima y producto de la aplicación de las normas procesales correspondientes. Asimismo, resulta legítimo litigar para hacer valer aquel acuerdo. Las contrapartes del porteador no pueden verse amparadas por un sedicente abuso de derecho derivado de su concepción propia de la legalidad⁶².

46. De lo anterior podemos extraer dos conclusiones. Primera, en estos casos nos encontramos ante una simple, lógica, razonable y proporcionada reacción de un porteador que, viendo indebidamente interpuesta la demanda ante un tribunal que no es competente conforme al acuerdo de atribución de competencia incluido en el contrato de transporte y que, por tanto, desnaturaliza la forma de resolver las controversias prevista en el mismo, se limita a perseguir la declaración judicial de incompetencia de

⁶¹ Sobre la posible existencia de abuso de derecho cuando la cláusula de jurisdicción se refiere a terceros Estados, *vid.*, E. FERNÁNDEZ MASÍ, “Declinatoria internacional ante los tribunales españoles. La posición del Tribunal Supremo”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado. Volumen 1*, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, p. 128.

⁶² SSTS núm. 20/2006, de 1 de febrero, FJ. 9º; y núm. 787/2011, de 24 de octubre, FJ. 5º.

la jurisdicción española, con la consiguiente remisión al fuero competente⁶³. Segunda, si estuviéramos realmente ante un supuesto de abuso de derecho procedería reestablecer la situación que se ha pretendido evitar con el uso indebido de las normas procesales y hacer que la jurisdicción realmente aplicable se corresponda con la esencia del contrato de transporte celebrado, así como con las normas procesales aplicables⁶⁴. Dicho esto, no parece que aquélla sea la jurisdicción española, pues si el contrato es esencialmente internacional, la cláusula de jurisdicción es solo un elemento más de dicha internacionalidad y necesariamente tanto dicha jurisdicción como las normas procesales aplicables serán internacionales.

47. En línea con los argumentos anteriores, tampoco se puede afirmar que exista fraude de ley internacional, entendido éste como la alteración deliberada y engañosa de la circunstancia usada como punto de conexión por la norma de conflicto, con la finalidad de aplicar indebidamente un Derecho estatal distinto del que debería aplicarse al supuesto en cuestión⁶⁵, pues, al ser una materia mercantil y disponible, no hay razones para aplicar imperativamente la LENMAR ni tampoco existen razones por las que el porteador deba adoptar un comportamiento tan cuestionable.

48. Como se ha dicho, la elección de una determinada jurisdicción responde a la idea de la centralización de reclamaciones, así como al prestigio o especialización del fuero, más que a infundadas acusaciones de abuso de derecho, fraude de ley y mala fe. No hay finalidades oscuras o dilatorias, todo ello al margen de que tampoco resultan relevantes las concretas motivaciones subjetivas del porteador a la hora de configurar la cláusula⁶⁶. En consecuencia, consideramos que tanto la inclusión de la cláusula de jurisdicción en el contrato de transporte como la proposición de declinatoria no vulneran lo dispuesto por los arts. 7 CC y 11 LOPJ, es decir, no representan en ningún caso una conducta activa o pasiva cuya finalidad expresa o tácita sea la de provocar un daño a las contrapartes, sobrepasando los límites normales del ejercicio de dicha conducta⁶⁷.

49. En fin, no existen razones objetivas para impedir al porteador demandado la invocación ante nuestros tribunales de un derecho subjetivo que le asiste, mediante la proposición en tiempo y forma de la declinatoria de jurisdicción internacional, y que no es otro que el oponer una cláusula de jurisdicción, aunque tenga su domicilio en España o ciertas estructuras tales como sedes o filiales. A ello se une el hecho de que pueden existir importantes razones para que las partes concentren los litigios en un fuero, potenciando la seguridad jurídica⁶⁸. Yendo un paso más allá, consideramos que en relación con la nulidad de actuaciones y la nulidad de pleno derecho de los actos procesales, toda resolución dictada aplicando el art. 468 LENMAR sobre el art. 25 RBI bis, no es solo contraria al Derecho de la UE, sino que además es nula de pleno derecho con base en los arts. 225.1º LEC y 238.1º LOPJ, ya que se trata de un acto procesal producido ante un tribunal que carece de jurisdicción, pues existe un acuerdo de atribución de competencia que, con base en el art. 25 RBI bis, es válido y eficaz, pero el órgano jurisdiccional español decide atribuirse dicha competencia con una creativa e incorrecta interpretación de la ley interna para otorgarle prioridad sobre el Reglamento comunitario. También consideramos que serían nulas de pleno derecho aquellas resoluciones con base en los arts. 225.3º LEC y 238.3º LOPJ, pues se prescinde de una norma esencial del procedimiento, que no es otra que un Reglamento de la UE, provocando indefensión

⁶³ STS núm. 57/2006, de 1 de febrero, FJ. 5º.

⁶⁴ STS de 24 de octubre de 2011, RJ\2011\7339, FJ. 3º.

⁶⁵ Y. ROMERO MATUTE, “La interpretación del fraude de ley internacional y el *forum shopping* por el Tribunal Supremo”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado. Volumen I*, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 138 y 150. Asimismo, *vid.*, J. Mª. ESPINAR VICENTE, *Doce reflexiones sobre el Derecho internacional privado español*, Madrid, Liceus, 2014, pp. 25-26; e ID., *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2008, p. 97.

⁶⁶ F. B. LANGELAAN OSSET, “Estudio jurisprudencial...”, *cit.*, pp. 435-436.

⁶⁷ Sobre los límites intrínsecos del ejercicio de los derechos, *vid.*, M. ALBALADEJO, *Derecho Civil I Introducción y parte general*, Madrid, Edisofer S.L., 2009, pp. 433-436; y L. Díez-PICAZO / A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Volumen 1. Parte general del Derecho civil y personas jurídicas*, Madrid, Tecnos, 2016, pp. 357-363.

⁶⁸ E. FERNÁNDEZ MASÍ, “Declinatoria...”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal...*, *cit.*, p. 127.

ante la aplicación arbitraria de la LENMAR sobre una norma absolutamente prioritaria en su aplicación como es el RBI bis.

V. El artículo 468 LENMAR: ¿Norma imperativa o dispositiva?

50. En relación con el fraude de ley, una cuestión adicional pasa por reflexionar acerca de la naturaleza imperativa o dispositiva del art. 468 LENMAR. Al hilo del estudio de la disciplina de los contratos de utilización del buque, PULIDO BEGINES señala que, dado que estamos ante contratos mercantiles, nos encontramos ante una normativa predominantemente dispositiva. Señala con acierto que cuando la LENMAR quiere dotar de rango imperativo a una determinada disposición lo hace expresamente, destacando como ejemplo el régimen de responsabilidad del porteador⁶⁹.

51. De esta forma, la introducción de la cláusula de jurisdicción en el conocimiento de embarque y la consiguiente proposición de declinatoria podrían tener como finalidad evitar una disposición imperativa, suponiendo que el art. 468 LENMAR lo fuese. Como se ha dicho, la disciplina normativa sobre los contratos de utilización del buque, donde se ubica sistemáticamente el contrato de transporte marítimo de mercancías bajo régimen de conocimiento de embarque, es fundamentalmente dispositiva y la imperatividad de las disposiciones de la LENMAR siempre viene declarada de forma expresa, como el art. 227.2, regulador del régimen de responsabilidad del porteador, cuyas disposiciones se aplican con carácter imperativo a cualquier contrato de transporte marítimo.

52. En concreto, dicha imperatividad se extiende desde el mencionado precepto hasta el art. 285 LENMAR, relativo a las protestas. Señalado lo anterior y siguiendo la idea, según la cual, *sensu contrario*, en aquella materia en la que no se disponga expresamente la imperatividad habrá de presumirse que nos encontramos ante un precepto dispositivo, ello nos permite afirmar que el art. 468 LENMAR podría ser excluido, ya no por la primacía del RBI bis, sino por la simple voluntad de las partes. Esto sería así porque, al contrario que el mencionado régimen de responsabilidad, dicho precepto no cuenta en su texto con la citada prescripción de imperatividad.

53. Con todo, aun siendo un argumento de nuestro propio cuño, se le pueden hacer dos críticas. Primera, es ciertamente forzado pretender que cada precepto consigne expresamente que se trata de una disposición imperativa para que efectivamente lo sea. Pensemos en el art. 2 LENMAR, relativo a las fuentes e interpretación de la norma, el cual, no consignando imperatividad alguna, es del todo claro, a nuestro entender, que no puede ser desplazado por la autonomía de la voluntad de las partes o alterar la prelación de las fuentes previstas. En la misma línea, la doctrina ha puesto de manifiesto:

la falta de precisión sobre la naturaleza imperativa o dispositiva de los preceptos que conforman la Ley de Navegación Marítima. Aunque existen previsiones singulares [...] no existe una declaración general al respecto. De todos modos [...], la regla interpretativa básica en la LNM es que sus normas son, en principio, dispositivas salvo previsión expresa o implícita pero clara que justifiquen la imperatividad de la norma⁷⁰.

54. Segunda, el art. 468 LENMAR en relación con el art. 2 de dicha norma, consagra la primacía del Derecho de la UE, lo que excluiría de plano la aplicación de la LENMAR a supuestos en los que sea de aplicación el RBI bis. En fin, quizá esta segunda crítica reconduzca nuestro argumento a buen puerto en el sentido de que, si la propia LENMAR reconoce la primacía del RBI bis a la hora de analizar una cláusula que designa los tribunales de un Estado miembro, entonces tanto aquélla como la proposición de declinatoria no constituyen fraude de ley y, consecuentemente, el art. 468 LENMAR no será una disposición de carácter imperativo cuya aplicabilidad se pretenda evitar. De esta forma, consideramos

⁶⁹ J. L. PULIDO BEGINES, *Curso...*, cit., p. 209.

⁷⁰ C. SALINAS ADELANTADO, *Manual...*, cit., pp. 43-44.

que el art. 468 LENMAR no resulta subsumible en ninguna de las categorías de normas imperativas (*i.e.* imperativas; de policía y seguridad; y de orden público) identificadas por nuestra mejor doctrina internacional privatista⁷¹.

VI. El uso que las partes conocen o deben conocer

1. Actividad probatoria del porteador en relación con el art. 25.1.c) RBI bis

55. Habiendo tratado todas las cuestiones anteriores, es de señalar que la cuestión de la vinculación del cargador en relación con la cláusula de jurisdicción pasa por la apreciación de que la inclusión de aquélla en el contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque constituye un uso del comercio internacional que las partes en estos contratos conocen o deben conocer. En el caso concreto, nos encontramos con una empresa con más de cuatro décadas de experiencia en el comercio internacional, exportando gran parte de su producción por todo el mundo. De esta forma, la Audiencia Provincial de Madrid entiende que no puede alegar desconocimiento de la cláusula. Como se ha indicado ya, la Audiencia dispuso que:

[...] siendo notoria la naturaleza usual o habitual de esa clase de pactos en el comercio marítimo internacional, el conocimiento y asunción de un clausulado como el que fundamenta la presente declinatoria cabe presumirlo en un cargador que recibe el documento en el mismo momento en que entrega la carga para su transporte sin mostrar la menor contrariedad hacia ninguno de los contenidos de su clausulado, especialmente teniendo en cuenta que la asegurada de la demandante [...] es una empresa con más de 45 años de experiencia en la elaboración de carne de porcino que produce más de 225.000.000 kgs/año y que destina más del 75 % de dicha producción a la exportación llegando con regularidad a más de 42 países de Asia, África, América y Europa [...].

56. Por ello, la siguiente cuestión a tratar en el presente trabajo es la concreta actividad probatoria tendente a la demostración de que la contraparte del porteador conoce o debe conocer el mencionado uso del comercio internacional. En relación con dicha actividad probatoria, cuya finalidad última es, a su vez, la prueba de la validez y eficacia de la cláusula de jurisdicción, así como su oponibilidad frente a terceros, realizamos en las siguientes líneas una propuesta de análisis de dicha actividad tendente a satisfacer las exigencias formales del art. 25 RBI bis, es decir, no en relación con la acreditación o desacreditación del daño, pérdida o retraso alegado por el demandante, sino centrados en la cláusula de jurisdicción y en el uso del comercio internacional.

A) Prueba documental: los documentos privados

57. Sin perjuicio de la obtención de pruebas de forma ilícita⁷² y vistas las resoluciones judiciales que recaen en estos casos, la actividad probatoria del porteador marítimo demandado, ya sea contractual o efectivo, se nos antoja sencilla. Lo más habitual suele ser la prueba documental, es decir, la aportación al proceso del conocimiento de embarque en cuestión, así como de la cotización del transporte, confirmaciones de reserva y los correos electrónicos que las partes se hayan intercambiado durante toda la relación comercial, entre otros documentos habituales. De ahí que sea muy recomendable llevar un

⁷¹ Sobre las normas imperativas, en general, *vid.*, J. M.^a ESPINAR VICENTE, *Doce reflexiones...*, cit., pp. 23-24; e ID., *Tratado elemental...*, cit., pp. 122-123. Por el contrario, otros sostienen que dicho precepto se trata de una norma imperativa con rango de ley. Sobre esta idea en su contexto, *vid.*, A. ZURIMENDI ISLA, "Capítulo 2...", en P. J. BAENA BAENA / N. LÓPEZ SANTANA (Dir.), *Estudios...*, cit., p. 262.

⁷² Sobre la prueba ilícita, *vid.*, M. MARCOS GONZÁLEZ, "Doctrina constitucional sobre la prueba ilícita", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 88, 2011, p. 1; y J. M.^a GONZÁLEZ GARCÍA, "Aspectos sobre la prueba ilícita en el derecho español", *Estudios Jurídicos*, núm. 2007, 2007.

escripulosos control de todas las comunicaciones enviadas y recibidas por correo electrónico, así como de la documentación original en papel.

58. En estos casos, consideramos que los documentos privados son el medio de prueba más sencillo y directo de obtener (arts. 299.3º y 324-327 LEC), pues el porteador marítimo los aporta directamente de sus archivos. Además, recuérdese que el conocimiento de embarque recoge la totalidad de los derechos y obligaciones *inter partes*, por lo que aportarlo al proceso íntegro y en buenas condiciones es de crucial importancia. En relación con la prueba de los usos y costumbres del sector (*i.e.* inclusión de cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque), los documentos privados también vuelven a resultar de utilidad, pues todos los grandes portadores marítimos incluyen cláusulas de jurisdicción y ley aplicable en sus conocimientos de embarque.

59. Tras este apartado se han analizado las mencionadas cláusulas, lo que viene a demostrar dos cuestiones fundamentales: (i) los portadores marítimos incluyen generalmente cláusulas de jurisdicción en sus términos y condiciones de transporte, por lo que no se trata de una circunstancia exclusiva de uno solo; y (ii) dado que dichos términos y condiciones son públicos y siempre accesibles, es decir, sin necesidad de tener que cotizar un transporte para poder acceder a los mismos, están siempre disponibles tanto si se desea cotizar aquél como si simplemente se desea comparar entre diferentes portadores marítimos.

60. Volviendo a la actividad probatoria y en relación con lo que se acaba de apuntar, dado que la costumbre debe ser probada (art. 281.2 LEC), pueden aportarse al proceso tanto conocimientos de embarque propios de la naviera demandada como de otras compañías navieras que los tienen publicados en sus respectivas páginas *web*. Ello viene a demostrar que, como se ha dicho, la inclusión de las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque no es ni exclusiva de una relación comercial concreta ni tampoco se limita a un solo porteador marítimo. Con todo, la prueba del mencionado uso no suele plantear problemas, pues no es habitualmente cuestionado. Más bien se alegan cuestiones relativas a la falta de firma de la cláusula, el idioma de redacción, su texto más o menos claro, la oponibilidad frente a terceros, etc...⁷³.

B) El interrogatorio de las partes y la prueba pericial

61. Siguiendo con los medios de prueba, también podría proponerse el interrogatorio de las partes y la prueba pericial. En relación con el interrogatorio de las partes (arts. 301 y ss. LEC), las preguntas deberían ir dirigidas a hechos y circunstancias que pongan de manifiesto que la contraparte del porteador marítimo conoce o debe conocer el mencionado uso. Cuestiones como las relaciones comerciales previas entre las partes o el objeto social de la contraparte pueden resultar determinantes y, en este sentido, tanto si se llega a plantear dicho interrogatorio como si se está analizando en abstracto la cuestión, debemos plantearnos los siguientes interrogantes con base en el art. 25.1.c) RBI bis:

¿Se mantuvieron relaciones comerciales previamente con la demandada? ¿Aún no habiendo relaciones comerciales previas qué grado de conocimiento tiene del sector y del transporte marítimo? ¿Podría indicar ésta los términos y condiciones que en las mismas resultaron aplicables? ¿Variaron dichos términos de una operación a otra? ¿Conocía aquélla los términos y condiciones de otros portadores marítimos? ¿Cuál es la naturaleza y objeto de su actividad empresarial? ¿Es consciente, o puede serlo, de que en el transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque es frecuente la inclusión de cláusulas de jurisdicción aplicable?

⁷³ Sobre la alegación de estos motivos en sede de recurso de apelación, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “Consideraciones normativas...”, cit., pp. 408-437.

62. En realidad, simplemente con la prueba documental quedarían acreditados todos los extremos que con dichas preguntas quedarían reforzados. Por lo que respecta a la pericial, pueden encargarse informes y dictámenes tanto de abogados como de académicos que analicen extremos tales como el actual marco normativo (arts. 25 RBI bis, 21.1 y 22 bis LOPJ, 36.1 LEC y 468 LENMAR, entre otros), los usos y costumbres del sector del transporte marítimo de mercancías (inclusión de las cláusulas de jurisdicción, uso del idioma inglés, contratación en masa y formularios tipo, etc...) o la jurisprudencia que se considere más relevante en estos casos. Podemos citar como ejemplos las SSTJCE de 19 de junio de 1984, As. C-71/83, *Partenreederei ms. Tilly Russ, Ernest Russ y NV Haven & Vervoerbedrijf Nova, NV Goeminne Hout*; de 16 de marzo de 1999, As. C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA y Hugo Trumphy Spa*; y de 9 de noviembre de 2000, As. C-387/98, *Coreck Maritime GmbH y Handelsveem BV* y otros (en adelante STJCE *Coreck*) y SSTS núm. 697/2005, de 29 de septiembre; núm. 116/2007, de 8 de febrero; y núm. 428/2008, de 27 de mayo, entre muchas otras.

63. Todo este análisis vendría a demostrar que es prácticamente imposible que la contraparte del porteador marítimo no conocía o debía conocer el uso del comercio internacional que venimos estudiando⁷⁴. Por su parte, la pericial sobre estas cuestiones vendría a reforzar los escritos procesales del porteador marítimo, así como las resoluciones judiciales en las que ya se vienen realizando la exposición del contexto normativo y jurisprudencial presente hasta el momento en que surge la controversia.

2. El conocimiento del uso y la prueba de dicho conocimiento

64. Yendo un paso más allá en relación con lo que se viene analizando sobre la actividad probatoria del porteador, consideramos que difícilmente puede cualquier contraparte que se relacione con aquél alegar que no conocía el uso del comercio internacional consistente en la inclusión de cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque. Todos los cargadores y destinatarios de mercancías cuentan con asesoramiento legal tanto interno como, si es necesario, externo y el uso consistente en incluir cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque es algo básico y consustancial al transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Basta con leer la amplia doctrina científica y jurisprudencia sobre la materia para que la cuestión no pase desapercibida ni al abogado especializado en Derecho del Transporte ni al que no conoce en profundidad la cuestión por su obvia notoriedad en el sector. Por tanto, complementariamente a lo que se ha señalado en relación con la actividad probatoria del porteador, sostenemos que el conocimiento del uso de la contraparte de aquél puede quedar demostrado mediante el análisis de los siguientes elementos que podrán o no darse simultáneamente en el caso concreto y sin perjuicio de que puedan considerarse otros.

A) Objeto social de la empresa y cifra o volumen de negocio

65. Una empresa dedicada habitualmente a la exportación e importación de cualquier tipo de mercancías no puede alegar desconocimiento o falta de uso o práctica, pues en su negocio diario manejará todo tipo de documentos de transporte y, fundamentalmente, documentos del transporte marítimo como los conocimientos de embarque. Piénsese en el habitual caso de una empresa que tiene por objeto la importación de marisco congelado de Asia o de fruta de Sudamérica y que, con toda seguridad, realizará dicha importación mediante un contrato de transporte en régimen de conocimiento. En concreto, en

⁷⁴ Extensamente sobre el acuerdo de atribución de competencia celebrado en una forma conforme a los usos del comercio internacional que las partes conocen o deben conocer, *vid.*, R. ESPINOSA CALABUIG, “Las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque y el artículo 17 privado del Convenio de Bruselas de 1968 (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de marzo de 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA c. Hugo Trumphy, C-159/97*)”, *La Ley*, núm. 4, 2000, pp. 1744-1749; y A. RODRÍGUEZ BENOT, “Transporte marítimo de mercancías, Espacio Judicial Europeo y cláusulas de elección de foro (A propósito de la Sentencia del TJCE en el asunto C-159/97, *Castelletti c. Trumphy*)”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 5, 2000, pp. 31-41.

estos casos, mediante contenedores refrigeradores o *reefer*. Por otro lado, la cifra o volumen de negocio puede dar una idea del grado en que una empresa está acostumbrada a actuar en el comercio internacional en función de cuánto porcentaje de su actividad o producción destine al mismo. Cuanta más producción destine, mejor conocerá aquél y los usos del transporte marítimo. Esta idea conecta con lo que se verá sobre la habitualidad en la contratación de transportes. Si, por el contrario, exporta relativamente poco, habrá de acudir a otros elementos como la diligencia debida.

B) Deber de diligencia debida

66. Tanto en el comercio internacional, como en otros ámbitos, debe desplegarse un deber de diligencia debida, que permita a la contraparte conocer tanto sus derechos como sus obligaciones, entre ellas la de someter las controversias a un determinado método de resolución de las mismas. En los casos objeto de estudio podemos concretar el deber de diligencia en la averiguación tendente a determinar en qué condiciones se transporta la mercancía y qué consecuencias legales puede tener la operación. Una empresa puede no tener ningún conocimiento en cuanto a las condiciones específicas y todos los detalles y matices de un transporte marítimo internacional, pero en un mundo global, internacional e interconectado, resulta dudoso que no pueda buscar el asesoramiento jurídico, comercial y operacional necesario. Este asesoramiento podrá venir por tres vías fundamentalmente: la asesoría jurídica interna, la asesoría jurídica externa y el propio servicio de atención al cliente del porteador, cargador o transitario.

67. Ninguna asesoría jurídica, sobre todo interna, va a autorizar o dar vía libre a una operación comercial que puede resultar en un litigio cuyos costes puedan llevar a serios problemas económicos a la empresa. Si bien el departamento comercial puede obviar el consejo legal y asumir el riesgo de la operación, lo que queremos transmitir aquí es que dicho departamento legal, entre otras cuestiones, pondrá seguramente de manifiesto que en la modalidad de transporte objeto de estudio existen determinadas cláusulas problemáticas, entre ellas la remisión de la resolución de las controversias a un tribunal extranjero.

C) Habitualidad en la contratación de transportes

68. La realización de más de un transporte evidencia, sin lugar a dudas, el conocimiento del uso, si bien no consideramos que la inexperiencia justifique el desconocimiento por lo que hemos señalado en el punto anterior. Si consideramos una empresa que va a realizar su primer transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque es de esperar que no conozca todas sus particularidades y, precisamente, ante este desconocimiento e inseguridad comercial y jurídica, busque en un primer momento el asesoramiento necesario para conocer los costes y riesgos de ese transporte, pues si bien no existe la operación comercial con riesgo cero, sí es necesario conocerlo para valorar si resulta asumible y en qué condiciones, sobre todo para no prejuzgar las coberturas de seguros que tenga suscritas la empresa.

69. Realizado un transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque y dado que los subsiguientes serán esencialmente iguales, incluso si se cambia de porteador marítimo⁷⁵, salvo los términos comerciales, que serán diferentes, el contrato de transporte presentará sustancialmente el mismo contenido. Por ello, visto y analizado un solo conocimiento de embarque ninguna empresa que actúe en el comercio internacional con la diligencia de un ordenado comerciante (art. 1104 CC) podrá sostener que no conoce la existencia y consecuencias de dichas cláusulas⁷⁶. Yendo más allá, dada la importancia de la cuestión de las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque, una mera búsqueda

⁷⁵ Téngase aquí presente la uniformidad relativa en todos los conocimientos de embarque de las navieras más importantes del mundo.

⁷⁶ Extensamente, *vid.*, I. RAMOS HERRANZ, “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 2006, pp. 195-226.

en cualquier buscador de *internet* nos pondrá de relieve su problemática, junto a otros aspectos como la responsabilidad del porteador y su derecho a limitarla.

3. Consideraciones finales sobre el uso

70. El mencionado uso ni es desconocido ni es oculto en el sector y basta con unas sencillas pesquisas para encontrarlo, estudiarlo y comprenderlo, sin necesidad de ser un experto en la materia. De esta forma si nos encontramos con una empresa dedicada a la exportación de productos, realizando un diligente análisis de las operaciones de transporte y contratando estos con una cierta habitualidad, entonces consideramos que esta fuera de toda duda que la aquélla conoce o debe conocer el uso del comercio internacional que venimos tratando. Si, por el contrario, alguno de estos elementos decae o no están del todo claros, entonces si, por ejemplo, la empresa se dedica al comercio de mariscos y no exporta su producción, siendo todos los transportes nacionales, cabría preguntarse si en este caso podemos afirmar que conoce o debe conocer el uso mencionado. Como se ha dicho, dado que contará con asesoramiento jurídico tanto externo como interno, que analizará las consecuencias jurídicas de la operación de transporte, no consideramos que pueda sustraerse al conocimiento de un uso que no tiene nada de secreto u oscuro y que dicho asesoramiento se encargará de poner de manifiesto. Hacemos aquí una aplicación extensiva del art. 6.1 CC, en virtud del cual la ignorancia de dicho uso no exime de su cumplimiento, si bien el precepto se refiere a la ley. Por ello, el objeto social y la habitualidad en la contratación de transportes no pueden constituir un escudo usado por las contrapartes del porteador para esquivar la aplicación del art. 25.1.c) RBI bis. En cuanto a la diligencia debida, si existe entonces no se puede alegar desconocimiento, pues habrá realizado las pesquisas pertinentes para informarse. Si, por el contrario, no se molestó en investigar los usos del comercio internacional en el marco de sus operaciones comerciales, entonces no creemos que ello sea merecedor de protección jurídica especial ni que pueda servir como medio para evitar el precepto del Reglamento comunitario.

VII. Análisis de las cláusulas de jurisdicción de los siete porteadores más relevantes

1. Consideraciones generales

71. Al objeto de facilitar el estudio de todo lo apuntado en relación con la actividad probatoria del porteador marítimo, así como para mostrar el estado actual de las cláusulas de jurisdicción, a continuación se transcriben y analizan las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable de las siete navieras más importantes del mundo en términos de flota, tamaño de la empresa y volumen de mercancía transportada⁷⁷. El análisis se va a centrar, al igual que se realizó al inicio del presente trabajo en relación con *Maersk*, en la estructura interna de cada cláusula y, consecuentemente, no se va a entrar en la forma en que las designaciones vienen efectuadas, para lo cual nos remitimos a un trabajo específico sobre la cuestión⁷⁸.

72. Al efectuar el análisis de la estructura interna de la cláusula transcrita al comienzo del presente trabajo, mencionábamos que aquélla presentaba dos partes diferenciadas y aplicables en función del trayecto marítimo concreto, es decir, en esencia en la práctica se distingue en función de si el transporte se produce desde o hacia los Estados Unidos de América para desencadenar la jurisdicción del tribunal designado. Junto a ello encontrábamos una opción a la sola discreción del porteador. Pues bien, ello nos lleva a poner en relación dicho análisis preliminar con el resto de cláusulas de jurisdicción y ley aplicable de los principales porteadores marítimos identificando que, dentro de su estructura interna, las

⁷⁷ Sobre esta afirmación, *vid.*, CARGOFIVE. “Top 10 de navieras en el mundo”. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: <https://cargofive.com/es/top-10-de-navieras-en-el-mundo/>.

⁷⁸ Sobre las designaciones más habituales en la práctica del sector, así como su admisibilidad y tratamiento por nuestra jurisprudencia, *vid.*, F. B. LANGELAAN OSSET, “La cláusula de jurisdicción...”, *cit.*, pp. 188-195.

cláusulas presentan generalmente tres partes o reglas a la hora de configurar su contenido y distribuir la jurisdicción competente para conocer de las controversias que surjan o puedan surgir bajo el contrato de transporte marítimo de mercancías, a saber, una regla general, una regla especial y, por último, una regla residual. Todas ellas son analizadas con la finalidad de comprender las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque más frecuentes en la práctica diaria del sector.

2. Regla general y regla especial para designar la jurisdicción y la ley aplicable

73. Dentro de la regla general encontramos un primer bloque de portadores en los que la opción más frecuente es la jurisdicción de la *High Court of Justice of London* y como ley aplicable el Derecho inglés en relación con transportes que tienen lugar entre puntos que no son desde o hacia los Estados Unidos de América. Sin embargo, cuando el transporte quede comprendido en dicho trayecto, entonces se aplica la regla especial y cambia a la jurisdicción de la *United States District Court of New York* y, consecuentemente, la ley aplicable es el Derecho de los Estados Unidos. Estas reglas general y especial que otorgan la jurisdicción internacional a uno u otro órgano jurisdiccional en función del trayecto que realizan las mercancías son las que siguen *Maerks*⁷⁹, *MSC*⁸⁰ y *Evergreen Line*⁸¹. En el caso de esta última naviera, así como en el de *COSCO*, además se prevé que cuando el tribunal estadounidense designado no sea competente para conocer el asunto, lo será, en cualquier caso, otro tribunal de Nueva York, de tal forma que no apliquen otras reglas del conocimiento de embarque, como la regla general. Además, *MSC*, por su parte, incluye expresamente en la cláusula la renuncia de la contraparte del porteador a objetar a las jurisdicciones ahora señaladas (*i.e.*, *The Merchant waives any objection to the personal jurisdiction over the Merchant of the above agreed fora*), lo cual, en la práctica, no impide el planteamiento de las demandas ante tribunales españoles. Por su parte, *COSCO* consigna expresamente en la cláusula la circunstancia de que la jurisdicción se establece para el solo beneficio del porteador y que sólo éste puede renunciar a ella (*i.e.*, *This Law and Jurisdiction Clause is intended solely for the Carrier's benefit and may be unilaterally waived by the Carrier*). Entendemos que dicha renuncia podría tener lugar en dos circunstancias. Primera, en el caso de que el porteador aplicase la regla residual de la cláusula de jurisdicción, que será comentada más adelante. Segunda, cuando el porteador sea demandado en una jurisdicción distinta de la indicada en el conocimiento de embarque y, voluntaria y conscientemente, decida someterse tácitamente a dicha jurisdicción tras haber sido demandado por su contraparte. Dicho de otra forma, que no proponga declinatoria de jurisdicción internacional en tiempo y forma o que realice cualquier actuación distinta de dicha proposición.

⁷⁹ MAERKS. “*Terms for Carriage*”. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: <https://terms.maersk.com/carriage>.

⁸⁰ Cl. 10.3. *Jurisdiction. It is hereby specifically agreed that any suit by the Merchant, and save as additionally provided below any suit by the Carrier, shall be filed exclusively in the High Court of London and English Law shall exclusively apply, unless the carriage contracted for hereunder was to or from the United States of America, in which case suit shall be filed exclusively in the United States District Court, for the Southern District of New York and U.S. law shall exclusively apply. The Merchant agrees that it shall not institute suit in any other court and agrees to be responsible for the reasonable legal expenses and costs of the Carrier in removing a suit filed in another forum. The Merchant waives any objection to the personal jurisdiction over the Merchant of the above agreed fora. In the case of any dispute relating to Freight or other sums due from the Merchant to the Carrier, the Carrier may, at its sole option, bring suit against the Merchant in the fora agreed above, or in the countries of the Port of Loading, Port of Discharge, Place of Delivery or in any jurisdiction where the Merchant has a place of business.* Para la consulta de los términos generales de *MSC*, *vid.*, *MSC*. “*Bill of Lading*”. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: <https://www.msc.com/en/carrier-terms>.

⁸¹ Cl. 29. *Law and Jurisdiction. (1) Non-U.S. Trades: All claims arising hereunder shall be brought and heard solely in the High Court of London, England to the exclusion of any other forum. Except as provided elsewhere in this Bill, English law shall apply to such claims. (2) U.S. Trades: Notwithstanding anything in subparagraph (1) above, where the shipment covered by this Bill is to or from the U.S.A. (including its districts, territories and possessions), all claims arising hereunder shall be brought and heard solely in the U.S. District Court for the Southern District of New York, or if that court is not competent to hear the matter, in any competent state or city located in New York County, to the exclusion of any other forum. Except as otherwise set out herein, United States law shall apply to such claims. (3) Notwithstanding anything in subparagraphs (1) and (2) above, the Merchant agrees that the Carrier may commence proceedings against the Merchant before the courts of the Merchant's place of business, the Port of Loading, the Port of Discharging, or any other competent jurisdiction.* Para la consulta de los términos y condiciones generales de *Evergreen Line*, *vid.*, *EVERGREEN LINE*. “*Bill of Lading Clauses*”. 2023 [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: <https://www.evergreen-line.com/blclauses/jsp/BillOfLadingClauses.jsp>.

74. En relación con la afirmación señalada del conocimiento de embarque de *MSC*, sostenemos que puede ser un argumento más a favor de que la contraparte del porteador se encuentra vinculada por la cláusula de jurisdicción y que, no impidiendo *per se* la interposición de la demanda ante los órganos jurisdiccionales españoles, sí vendría a constituir un argumento clave en la proposición de la declinatoria del porteador marítimo, así como en su estimación. Entendemos que ello sería así pues, siguiendo a la Audiencia Provincial de Madrid, si cabe la presunción del consentimiento *en un cargador que recibe el documento en el mismo momento en que entrega la carga para su transporte sin mostrar la menor contrariedad [...]*⁸², consecuentemente, también cabe presumir que ha renunciado a presentar cualquier objeción a la jurisdicción contenida en la cláusula. Por lo que respecta al destinatario de la mercancía, habrá que comprobar si presta su consentimiento con base en el art. 25 RBI bis⁸³ y la aseguradora se ve vinculada por la cláusula simplemente porque actúa subrogada en la posición de su asegurado⁸⁴.

75. No obstante, lo anterior no ahorra al porteador la necesaria proposición de declinatoria, pues lo que no puede implicar la anterior afirmación del conocimiento de embarque de *MSC* ni lo señalado por la Audiencia es la renuncia general de la contraparte a interponer demandas en España. Aquélla tiene la facultad de poder accionar contra el porteador en cualquier jurisdicción, incluida la española, y aquél tiene, como facultad correlativa y opuesta, la de proponer declinatoria para hacer valer el acuerdo de atribución de competencia. De esta forma, entendemos que la afirmación del conocimiento de embarque de *MSC* debe ser entendida en el sentido de que una vez propuesta declinatoria de jurisdicción internacional, salvo que el porteador hubiere incurrido en sumisión tácita, entonces la declinatoria de aquél debería ser estimada sin más objeciones, pues nos encontramos con una cláusula contractual válidamente introducida con base en el art. 25.1.c) RBI bis y ante una materia no excluida ni de su ámbito material de aplicación ni afecta por competencia exclusivas o fueros especiales de protección.

76. En otro bloque de navieras la regla general que siguen las designaciones de los conocimientos de embarque adquiere un cierto cariz doméstico, por así decirlo, al acudir a la jurisdicción y Derecho aplicable del lugar donde tienen su domicilio, es decir, se trata de una regla general basada en la nacionalidad de la propia empresa. Así, en el caso de *CMA-CGM*⁸⁵, empresa francesa, la regla general es la jurisdicción del *Tribunal de Commerce de Marseille* y como ley aplicable el Derecho francés. Por su parte, *COSCO*⁸⁶, empresa china, presenta como regla general la jurisdicción de la *Shanghai*

⁸² AAP de Madrid núm. 93/2019, de 5 de julio, FJ. 3º.

⁸³ En el caso de que el tercero tenedor del conocimiento de embarque no suceda al cargador en todos sus derechos y acciones con base en el Derecho nacional aplicable, la jurisprudencia comunitaria establece que el consentimiento deberá verificarse nuevamente con base en el Reglamento comunitario. En este sentido, *vid.*, STJCE *Coreck*, apdo. 27: [...] una cláusula atributiva de competencia acordada entre un porteador y un cargador e incluida en un conocimiento de embarque produce efectos frente al tercero tenedor del conocimiento siempre y cuando, al adquirirlo, éste haya sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones en virtud del Derecho nacional aplicable. De lo contrario, es preciso verificar que ha dado su consentimiento a dicha cláusula respecto de las exigencias del artículo 17, párrafo primero, del Convenio.

⁸⁴ La aseguradora que actúa subrogada en la posición de su asegurado tras indemnizarle, no puede alegar que lo convenido por su asegurado es *res inter alios acta* (STS núm. 942/1993, de 13 de octubre, FJ. 2º).

⁸⁵ Cl. 31. JURISDICTION. *All claims and actions arising between the Carrier and the Merchant in relation with the contract of Carriage evidenced by this Bill of Lading shall be brought before the Tribunal de Commerce de Marseille and no other Court shall have jurisdiction with regards to any such claim or action. Notwithstanding the above, the Carrier is also entitled to bring the claim or action before the Court of the place where the defendant has his registered office.* Para la consulta de los términos y condiciones generales de *CMA-CGM*, *vid.*, *CMA-CGM*. “*Bill of Lading CMA CGM Terms and Conditions*”. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: <https://www.cma-cgm.com/static/eCommerce/Attachments/BILL%20OF%20LADING%20CMA%20CGM%20Terms%20and%20Conditions%20online%20version%2002.2020.pdf>.

⁸⁶ Cl. 27. LAW AND JURISDICTION. (1) *Except as provided in Clause 27(2) below, all claims against the Carrier must be brought and heard exclusively in the Shanghai Maritime Court of P. R. China. Except as provided elsewhere in this Bill of Lading, laws of P. R. China shall apply to such claims.* (2) *Where the shipment covered by this Bill of Lading is to or from the United States of America (including its districts, territories and possessions), all claims arising hereunder must be brought and heard exclusively in the United States District Court for the Southern District of New York, or if that court is not competent to hear the matter, in any competent state or city court located in New York County. Except as otherwise set out herein, the United States law, including the Carriage of Goods by Sea Act 1936, shall apply to such claims. Where U.S. COGSA applies, then the provisions stated in said Act shall govern during carriage of the Goods before loading on the vessel at the port of loading and*

Maritime Court y como ley aplicable el Derecho chino. En cuanto a *Hapag-Lloyd*⁸⁷, empresa alemana, dicha naviera tiene como regla general las *Hamburg courts* y como ley aplicable el Derecho alemán y como regla especial, para el caso en el que sea el porteador quien demande a la contraparte, los tribunales del lugar en el que aquélla tenga actividad o negocios. Una designación ciertamente amplia en la que entraremos en el siguiente punto, pues, mientras que para *Hapag-Lloyd* es una regla especial, para el resto de navieras es una opción residual. Por último, *ONE*⁸⁸, empresa singapurense, tiene como regla general la jurisdicción de la *Singapore High Court* y como ley aplicable el Derecho de Singapur. Como regla especial hace referencia, al igual que otras navieras, a la ley de Estados Unidos para transportes desde o hacia dicho Estado, pero sin indicar el concreto órgano jurisdiccional designado. En este sentido, cabe presumir que se podrá acudir a cualquier órgano jurisdiccional de dicho Estado y no solo a aquellos ubicados en el Estado de Nueva York, siendo ésta también una designación realizada en términos amplios.

3. Regla residual para designar la jurisdicción y la ley aplicable

77. Vistas las reglas generales y especiales más frecuentes, encontramos la regla residual, que vendría a aplicar para casos distintos de los ahora mencionados o bien como subespecialidades dentro de la regla especial. Así, el conocimiento de embarque de *MSC* prevé que para litigios en relación con materias concretas, es decir, sobre el flete, así como con otras sumas debidas al porteador, éste podrá demandar a su contraparte en los puertos de carga o descarga, en el lugar donde se haya efectuado la entrega o en cualquier jurisdicción en la que la contraparte tenga una sede.

78. En una línea sustancialmente similar, aunque ciertamente más amplia, *COSCO* contempla los puertos de carga o descarga, los lugares de recogida o entrega de la mercancía, cualquier otro lugar relacionado con el transporte (*i.e., [...] or any other place related to the carriage*), así como lugares en los que la contraparte tenga actividad comercial o activos (*i.e., [...] or where the Merchant has a place of business or has assets*), para cualquier materia a elección del porteador. Siendo nuestra posición abiertamente favorable a las cláusulas de jurisdicción en relación con su validez formal, eficacia y oponibilidad frente a terceros, ha de admitirse necesariamente que la regla residual del conocimiento de embarque de *COSCO* resulta excesivamente amplia y ello, a nuestro entender, la convierte en muy onerosa para su contraparte, lo cual puede redundar en la declaración de nulidad por parte de nuestros tribunales, por

following discharge from the vessel at the port of discharge, and throughout the time that the Goods are in the Carrier's possession, custody or control. (3) This Law and Jurisdiction Clause is intended solely for the Carrier's benefit and may be unilaterally waived by the Carrier, in whole or in part, before or after proceedings are commenced. The Carrier shall be entitled, at its sole option, to pursue any claim against the Merchant in the jurisdiction agreed above, or in any jurisdiction of competent court in the Place of Receipt, the Port of Loading, the Port of Discharging, the Place of Delivery, or any other place related to the carriage, or where the Merchant has a place of business or has asset. Para la consulta de los términos y condiciones generales de *COSCO*, *vid., COSCO. "Terms and Conditions"*. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: https://lines.coscoshipping.com/lines_resource/pdf/coscon_tidan_cn.pdf.

⁸⁷ *Cl. 25. Law and Jurisdiction. Except as otherwise provided specifically herein any claim or dispute arising under this Bill of Lading shall be governed by the law of the Federal Republic of Germany and determined in the Hamburg courts to the exclusion of the jurisdiction of the courts of any other place. In case the Carrier intends to sue the Merchant the Carrier has also the option to file a suit at the Merchant's place of business. In the event this clause is inapplicable under local law then jurisdiction and choice of law shall lie in either the port of loading or port of discharge at Carrier's option.* Para la consulta de los términos y condiciones generales de *Hapag-Lloyd*, *vid., HAPAG-LLOYD. "Bill of Lading. Terms and Conditions"*. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso: https://www.hapag-loyd.com/content/dam/website/downloads/pdf/Hapag-Lloyd_Bill_of_Lading_Terms_and_Conditions.pdf.

⁸⁸ *25. Governing Law and Jurisdiction. 25.1 Subject to Clause 25.2 below, the contract evidenced by or contained in this Bill shall be governed by Singapore law except as may be otherwise provided for herein. Unless otherwise agreed by the Carrier, any action against the Carrier hereunder must be brought exclusively before the Singapore High Court. Any action by the Carrier to enforce any provision of this Bill may be brought before any court of competent jurisdiction at the option of the Carrier. 25.2 For shipments to or from the United States of America (including its districts territories and possessions), the contract evidenced by or contained in this Bill shall be governed by U.S law.* Para la consulta de los términos y condiciones de *ONE*, *vid., ONE. "B/L Terms"*. 2023. [Consultado el 31/03/2023]. Acceso en: <https://www.one-line.com/en/standard-page/b/l-terms>.

entender éstos que no queda clara la jurisdicción designada ni que tampoco existen elementos objetivos suficientes para identificarla *ex ante*⁸⁹.

79. En el mismo sentido, *Evergreen Line* contempla que a elección del porteador y, asimismo, en relación con cualquier materia, aquél podrá demandar a su contraparte en el lugar en el que ésta tenga negocios, en los puertos de carga o descarga, así como en cualquier otra jurisdicción competente. Nuevamente nos encontramos con una designación que consideramos excesivamente amplia y que, como se ha dicho, puede plantear problemas de validez en relación con la dificultad para ser interpretada. Es también el caso de *ONE*, cuya regla residual hace referencia a que el porteador podrá demandar a su contraparte ante cualquier órgano jurisdiccional competente, a su elección. Por último, *Hapag-Lloyd* tiene como regla residual una circunstancia que ninguna otra naviera tiene en términos siquiera similares y es que en caso de ser declarada nula la cláusula de jurisdicción conforme al Derecho local, entonces aplicarán los fueros correspondientes a los puertos de carga o descarga a elección del porteador. Esta designación conecta directamente con lo que acabamos de apuntar en el sentido de que redactada en términos tan amplios puede no resultar admisible ante nuestros tribunales, como se ha visto en el ejemplo mencionado, si lo que se pretende hacer valer mediante la declinatoria es, precisamente, la parte redactada en términos más amplios. También *CMA-CGM*, que no tiene regla especial, presenta una regla residual curiosa. En el caso de que dicha naviera lo considere, entonces acudirá a los tribunales del lugar de la sede social de la contraparte, pero manteniendo, eso sí, como ley aplicable el Derecho francés, pues así lo dispone la cláusula correspondiente a la ley aplicable⁹⁰.

VIII. Conclusiones

80. La Audiencia Provincial de Madrid resuelve satisfactoriamente el caso decidiendo acerca de la validez formal de una cláusula de jurisdicción inserta en un conocimiento de embarque aplicando el art. 25.1.c) RBI bis. Sin embargo, dada la identidad jurídica sustancial entre el caso sometido en el año 2019 y el del año 2010, se remite el análisis de la cuestión actual a la resolución de este último año, transcribiendo literalmente gran parte de sus razonamientos. Si bien el resultado es finalmente satisfactorio, al no tener en cuenta la evolución normativa que ha experimentado tanto el Derecho de la UE como nuestro Derecho Procesal Civil de producción interna, especialmente en cuanto a las normas reguladoras de los acuerdos de atribución de competencia, la lectura de una resolución tan antigua difícil en cierto modo el estudio de la cuestión, al tener que actualizar todas las equivalencias normativas, jurisprudenciales y argumentales pertinentes.

⁸⁹ La regla residual ahora comentada resulta asimilable, por la ambigüedad en cuanto a las redacciones comentadas, al supuesto planteado en la SAP de Valencia núm. 210/2012, de 29 de mayo, FJ. 2º: *Alega la recurrente que el conocimiento de embarque que amparaba el transporte por el que se reclama en el procedimiento contiene una cláusula de sumisión a Inglaterra o Kuwait a elección del porteador, en ambos casos con las leyes de Inglaterra [...], cuya traducción venía incluida en el propio escrito por el que promovía la declinatoria por falta de jurisdicción [...], y que consideraba de aplicación al caso [...] obligar a todos los intervinientes en el transporte marítimo de conformidad con la doctrina jurisprudencial [...]. No obstante ello, [...] necesario es indicar [...] que el documento en que se basa la falta de competencia de los Juzgados españoles [...] no es [...] un conocimiento de embarque [...], sino que se trata de un "sea waybill" cuya diferencia fundamental con el conocimiento de embarque es que no es un documento al portador y, por tanto, no es documento necesario para que se produzca la entrega a su destinatario de las mercancías [...]. Cabe añadir, además, que los términos en que viene redactada la cláusula de sumisión en el documento de referencia - "cualquier reclamación o disputa bajo este conocimiento será determinada en Inglaterra o Kuwait a elección del Porteador" [...], carece de la necesaria concreción. Sobre la designación en cuestión, que no fue aceptaba por el órgano jurisdiccional, vid., F. B. LANGELAAN OSSET, "La cláusula de jurisdicción...", cit., p. 191.*

⁹⁰ La cláusula de ley aplicable del conocimiento de embarque de *CMA-CGM* reza como sigue: *30. LAW. Except as specifically provided elsewhere herein, French law shall apply to the Terms and Conditions of this Bill of Lading, and French law shall also be applied in interpreting the Terms and Conditions hereof, excluding its conflict of law provisions.* En otras palabras, siempre y en todo lugar el Derecho aplicable con base en el conocimiento de embarque de la naviera mencionada será el Derecho francés.

81. Ahora bien, necesariamente debe reconocerse que la remisión de unas resoluciones a otras en supuestos en los que existe identidad jurídica sustancial resulta acertada y es eficiente al agilizar la labor del órgano jurisdiccional enjuiciador. Sin embargo, convendría que se hubieran actualizado los razonamientos antiguos a los cambios normativos experimentados en las últimas décadas. Entre las reformas más destacadas que afectan a las normas que regulan los acuerdos de atribución de competencia hemos indicado tres. Primera, la supresión en el art. 25.1 RBI bis de la exigencia contenida en el art. 23.1 RBI en relación con que al menos una de las partes del acuerdo de atribución de competencia debía estar domiciliada en la UE, abriendo así la aplicabilidad del Reglamento a supuestos en los que ambas partes estaban domiciliadas en terceros Estados.

82. Asimismo, ello modifica el modo en que la cláusula es analizada inicialmente, pues el primer paso ya no consiste en la determinación del domicilio de al menos una de las partes, sino la concreción del tribunal como comunitario o extracomunitario, bastando con comprobar el Estado en el que aquél se ubica. Este sería el único requisito inicial, pues el transporte marítimo de mercancías no se encuentra afecto por competencias exclusivas ni por fueros especiales de protección. Por tanto, no resulta necesario comprobar dichas materias en estos casos. La segunda reforma destacada vendría representada por la modificación experimentada por la LOPJ en el año 2015, cuyo art. 22 bis, inexistente con carácter previo a la reforma de dicho año, contiene unos requisitos formales para la *prorrogatio fori* de los tribunales españoles sustancialmente idénticos a los del art. 25.1 RBI bis.

83. Al margen de la cuestionable redacción y de la limitada aplicabilidad del art. 22 bis LOPJ, pues por mucho que la sumisión sea a tribunales españoles, éstos son tribunales de un Estado miembro y, por tanto, aplica con prevalencia el art. 25 RBI bis, lo anterior lleva a la afirmación de que tanto la *prorrogatio* como la *derogatio fori* tienen lugar bajo los mismos requisitos formales, variando únicamente la norma procesal aplicable en función de la designación efectuada, pero teniendo en cuenta lo apuntado sobre la prevalencia del Reglamento. La tercera reforma relevante la constituye la promulgación de la LENMAR en el año 2014, cuyas especialidades de jurisdicción y competencia y, en especial, su art. 468, irrumpen en el panorama actual de las normas reguladoras de la prórroga de la competencia con unos requisitos formales frontalmente opuestos a lo contemplado por el Reglamento, al exigir únicamente el consentimiento expreso a la hora de considerar una cláusula de jurisdicción como válida, eficaz y, finalmente, oponible frente a terceros. En este sentido, consideramos que la Audiencia ha dejado pasar la oportunidad de recalcar la inaplicabilidad del precepto de la norma nacional cuando la designación haya sido efectuada respecto de un Estado miembro de la UE, pues resulta de aplicación el art. 25 RBI bis.

84. Otra opción plausible podría ser que, resultando tan clara la aplicación de la norma comunitaria, la Audiencia ni siquiera se haya detenido a reflexionar sobre la hipotética aplicabilidad de la LENMAR en tanto que ley interna que debe ceder ante lo previsto por el Reglamento de la UE. En relación con las normas sobre condiciones generales de la contratación y sobre consumidores y usuarios, debemos indicar que el tratamiento de la cuestión resulta también satisfactorio, pues se rechazan los argumentos tendentes a la aplicabilidad de dichas normas.

85. El rechazo vendría por una doble vía. Primera, si bien la cláusula de jurisdicción contenida en el conocimiento de embarque resulta subsumible en los caracteres básicos de las condiciones generales de la contratación, la normativa específica sobre éstas se ve desplazada por una mucho más general como la representada por el RBI bis. Segunda, el cargador no es nunca un consumidor o usuario en el sentido técnico-jurídico definido por su normativa específica, más aún, como puede verse en el caso concreto, si tenemos en cuenta que se trata de una empresa exportadora con más de cuatro décadas de experiencia en el comercio internacional. En consecuencia, la cláusula no puede ser calificada como abusiva en relación con las normas tuitivas de los consumidores.

86. Por otro lado, la cuestión que a nuestro entender es la más relevante de toda la resolución, como se ha dicho, es la consideración de que la cláusula de jurisdicción no constituye fraude de ley, mala

fe o abuso de derecho. Asimismo, tampoco la declinatoria puede subsumirse en dichas instituciones. Coincidimos plenamente con la Audiencia Provincial en la total ausencia de dichas instituciones jurídicas en el caso que nos ocupa y en general en estos casos. La cláusula de jurisdicción es una constante, conocida y entendida por todas las partes intervinientes en el contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque y, consecuentemente, no resulta sorpresiva de ninguna forma. Se trata de una simple disposición más del contrato que no busca eludir la aplicación imperativa de una norma española o plantear finalidades torticeras y dilatorias, sino disciplinar los conflictos *inter partes* que puedan surgir con ocasión del contrato de transporte con una eminente finalidad centralizadora de reclamaciones en fueros tradicionalmente especializados en litigación marítima internacional.

87. Dicho de otra forma, no estando ante supuestos de competencias exclusivas, supuestos especiales de protección o sumisión tácita, la alegación de las mencionadas instituciones carece de sentido e, incluso, se podría argumentar que constituye mala fe por parte de la contraparte del porteador que, ante una cláusula que no le conviene, alega motivos que no resultan aplicables. Tampoco se busca con la cláusula de jurisdicción y la interposición de la declinatoria causar dilaciones indebidas en el proceso o causar de mala fe perjuicios y dificultades hacia dicha contraparte. La finalidad tanto con la cláusula en sí como con la declinatoria, como tratamiento procesal adecuado, es hacer valer el derecho del porteador a litigar allá donde establezca aquélla, siempre que sea válidamente incluida en el contrato de transporte con base en el art. 25 RBI bis.

88. En relación con la actividad probatoria del porteador, tendente a demostrar que su contraparte conoce o debe conocer el uso del comercio internacional consistente en la inclusión de cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque, hemos realizado una propuesta de enfoque de dicha actividad basada fundamentalmente en la prueba documental y en la realización de una serie de preguntas que, tanto en sede de interrogatorio de las partes como en general al reflexionar sobre la cuestión al enfrentarnos al caso, nos guían hasta el punto de poder afirmar que resulta muy difícil en estos casos encontrar contrapartes que puedan alegar desconocimiento tanto de la cláusula de jurisdicción en sí como de que su inclusión en el contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque constituye un uso del comercio internacional. Si las respuestas son afirmativas, entonces el conocimiento de aquélla está fuera de toda duda. Complementariamente, otros elementos, tales como el objeto social de la empresa, su deber de diligencia debida a la hora de contratar transportes, así como la habitualidad en su contratación, nos dan indicios certeros del grado de conocimiento de la contraparte del uso mencionado y que, como se ha dicho ya, hacen muy difícil que aquélla pueda alegar desconocimiento con carácter general.

89. La regla del art. 25.1.c) RBI bis implica una importante carga probatoria en el sentido de que el porteador deberá acreditar que su contraparte conoce o debe conocer el uso del comercio internacional consistente en incluir cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque. En este sentido, la prueba documental se erige como la fundamental en estos casos, pues el conocimiento de embarque comprende todo el contenido de la relación negocial *inter partes*, es decir, todos los derechos y obligaciones de aquéllas dentro del contrato de transporte, incluida la cláusula de jurisdicción y ley aplicable que, de alguna u otra forma, les vincula al recibir el conocimiento de embarque. También los mensajes que, por diferentes medios, se hayan intercambiado las partes son un medio probatorio documental importante, pues pueden evidenciar tanto el silencio de la contraparte y consiguiente consentimiento tácito, como su anuencia expresa a la cláusula de jurisdicción. Aquí los correos electrónicos intercambiados pueden resultar decisivos.

90. Por último, en relación con las cláusulas de jurisdicción de las siete navieras más grandes del panorama actual del transporte marítimo de mercancías, debemos indicar que debe tenerse muy presente la estructura interna de dichas cláusulas. La finalidad no es otra que la de conocer las reglas generales, especiales y residuales aplicables al transporte en cuestión, pues creemos que es un punto relevante a la hora de elegir el porteador marítimo deseado para un transporte en concreto. Así, consideramos que no

es lo mismo litigar con carácter general en el Reino Unido o Francia bajo ley inglesa o francesa que en China o Singapur bajo sus respectivos Derechos, fundamentalmente tanto por la proximidad geográfica de dichos foros como por la de nuestras tradiciones jurídicas.

91. Siguiendo con las siete cláusulas mencionadas, no podemos decantarnos aquí por una sola de las designaciones analizadas, pero sí debe dejarse indicado que no consideramos conveniente las cláusulas de jurisdicción manifiestamente abiertas, ya no porque puedan ser declaradas nulas por nuestros tribunales, sino porque, en caso de estar en la posición de la contraparte del porteador, una designación efectuada en dichos términos dificulta la comprensión de la jurisdicción aplicable y, consecuentemente, la valoración completa de los riesgos inherentes a la operación de transporte. La finalidad de las cláusulas de jurisdicción debe responder a la necesidad objetiva de centralización de reclamaciones en un fuero que pueda o no estar especializado en litigación marítima internacional, pero lo que no deben es confundir gratuitamente a las contrapartes. Por último, en relación con las cláusulas analizadas debe indicarse que las reflexiones vertidas sobre las mismas también pueden resultar extensibles a cláusulas de jurisdicción contenidas en los conocimientos de embarque de otras navieras no mencionadas aquí siempre que la estructura de la cláusula y las designaciones efectuadas guarden una cierta identidad sustancial.

92. Como última observación queremos dejar indicado que entrar en el análisis de las concretas motivaciones subjetivas del porteador a la hora de incluir y configurar las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable, no deja de ser un mero ejercicio de teorización y elucubración carente de interés jurídico-procesal. Existe, sin embargo, una clara y objetiva intención de centralización de reclamaciones en un fuero, que podrá estar o no especializado en litigación marítima internacional, así como en la uniformización del Derecho aplicable a aquéllas. Piénsese en lo que encarecería el transporte si el porteador tuviera que litigar por todo el mundo con diferentes contrapartes y diferentes tradiciones jurídicas tanto procesales como sustantivas.

93. Finalmente, no queda más que indicar que el presente trabajo refleja las conclusiones extraídas por el autor con base en el análisis efectuado de la normativa y la jurisprudencia citada en el mismo y que no deben ser entendidas como una opinión o consejo legal emitido en nombre de *deugro group*.