

ESTUDIOS

LA OPONIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE JURISDICCIÓN INSERTAS EN LOS CONOCIMIENTOS DE EMBARQUE DE CONFORMIDAD CON EL REGLAMENTO (UE) N° 1215/2012 Y LA LEY 14/2014 DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA

FRANCISCO DE BORJA LANGELAAN OSSET

PRÓLOGO DE JESÚS MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO

III ARANZADI

© Francisco de Borja Langelaan Osset, 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/>

Primera edición: Marzo 2025

Depósito Legal: M-6988-2025

ISBN versión impresa: 978-84-1085-058-3

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-059-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

	<i>Página</i>
ABREVIATURAS.....	19
PRÓLOGO	23
PRESENTACIÓN.....	27

I

EL TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE	29
--	-----------

1.1. Consideraciones generales sobre el transporte y su <i>unitiza- ción</i>	29
1.1.1. <i>Concepto y régimen jurídico</i>	30
1.1.2. <i>Clasificación y características</i>	34
1.1.3. <i>El conocimiento de embarque como documento del trans- porte</i>	36
a) Concepto, emisión y funciones	36
b) Contenido en general del conocimiento de embarque	40
c) Contenido en particular: la cláusula de sumi- sión expresa	42
d) Reflexión sobre la naturaleza jurídica de la cláusula de sumisión expresa	49
1.1.4. <i>Elementos personales stricto sensu del contrato de transporte</i>	51

	<u>Página</u>
a) El porteador	51
b) El cargador	53
1.1.5. <i>Elemento personal discutido: el destinatario de las mercancías</i>	57
1.1.6. <i>La aseguradora como sujeto de la operación de transporte</i>	59
a) Consideraciones generales sobre la aseguradora	60
b) Incidentes habituales que motivan la intervención de la aseguradora	61
 II	
FUNDAMENTOS DE LA Oponibilidad FRENTE A TERCEROS DE LAS CLÁUSULAS DE SUMISIÓN EXPRESA	65
2.1. Consideraciones preliminares	66
2.2. Estructura de los casos y precisiones de derecho procesal ..	67
2.2.1. <i>Estructura y dinámica común de los casos litigiosos</i>	68
2.2.2. <i>Legitimación</i>	69
a) Legitimación como cuestión procesal.	70
b) <i>Legitimación ad causam en el transporte marítimo de mercancías</i>	73
c) Legitimación para oponer la cláusula de sumisión expresa	75
2.2.3. <i>Tratamiento procesal de la competencia judicial internacional</i>	76
a) Aspectos esenciales de la declinatoria	77
b) Declinatoria y transporte marítimo de mercancías	79
2.3. La transmisibilidad u oponibilidad de la cláusula de sumisión expresa	80
2.4. La condición de tercero contractual como presupuesto de la oponibilidad	81

	<i><u>Página</u></i>
2.4.1. <i>Consideraciones previas sobre las partes procesales intervinientes</i>	83
2.4.2. <i>La condición de tercero contractual como presupuesto de la oponibilidad</i>	84
2.5. Sujetos facultados para oponer la cláusula de sumisión expresa	86
2.5.1. <i>Facultad del porteador efectivo o contractual</i>	86
a) Oponibilidad por el porteador contractual ...	87
b) Oponibilidad por el porteador y dinámica del proceso judicial	87
2.5.2. <i>Facultad del transitario</i>	88
a) Concepto y caracterización general	88
b) Sobre la forma de contratar del transitario ...	92
c) Ejemplos jurisprudenciales	95
d) Valoraciones finales	97
2.5.3. <i>Facultad del consignatario del buque</i>	99
a) Concepto, caracterización general y clases ...	100
b) Intervención efectiva en el contrato de transporte	101
c) Ejemplo de intervención efectiva	106
d) Valoraciones finales	108
2.6. Oponibilidad frente a terceros de la cláusula de sumisión expresa inserta en el conocimiento de embarque	109
2.6.1. <i>Oponibilidad en sentido estricto y en sentido amplio</i>	110
2.6.2. <i>Vinculación por la cláusula de sumisión expresa y subrogaciones consecutivas</i>	111
a) Vinculación del cargador como parte originaria del contrato de transporte	111
b) Vinculación del destinatario por subrogación en la posición del cargador	115
c) Vinculación de la aseguradora por subrogación en la posición del destinatario	117

	<i>Página</i>
d) Otras cuestiones relativas a la vinculación y a la oponibilidad	120
2.7. Oponibilidad frente a terceros y jurisprudencia anterior a la LENMAR	122
 III	
APROXIMACIÓN A LA COMPETENCIA INTERNACIONAL	125
3.1. Concepto y aspectos generales en el orden jurisdiccional civil	125
3.2. Distinción de instituciones afines y juzgados de lo mercantil	129
3.3. Marco legal	134
3.4. Ausencia de normativa procesal específica en Derecho marítimo	137
3.5. El artículo 22 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial . . .	138
3.6. La competencia judicial internacional en la Unión Europea	142
3.6.1. <i>Consideraciones previas</i>	<i>142</i>
3.6.2. <i>Análisis del Reglamento Bruselas I bis: perspectiva desde del transporte marítimo</i>	<i>143</i>
a) Consideraciones esenciales sobre el art. 25 RBI bis	144
b) Caracterización general y aplicabilidad al transporte marítimo	145
c) Continuidad en la jurisprudencia y normativa comunitarias	152
d) La primacía y autosuficiencia de sus requisitos formales	156
 IV	
OPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS TRAS LA LENMAR	163
4.1. Planteamiento del problema	163

	<i>Página</i>
4.1.1. <i>El pretendido cambio de régimen en relación con la oponibilidad</i>	167
a) Cuestiones centrales sobre el régimen de la oponibilidad desde el Código de Comercio hasta la Ley de Navegación Marítima	168
b) El derecho francés como referencia de la oponibilidad	170
4.1.2. <i>Implicaciones del criterio de la forma conforme a los usos</i>	171
4.1.3. <i>El mal llamado margen del Derecho nacional aplicable</i>	174
4.1.4. <i>La respuesta de la LENMAR frente al artículo 25 RBI bis</i>	178
a) La denominación de las especialidades de jurisdicción y competencia	180
b) Origen, evolución y situación actual de los artículos 251 y 468 LENMAR.	181
4.1.5. <i>El artículo 468 LENMAR</i>	194
4.1.6. <i>El artículo 469 LENMAR</i>	205
a) Análisis de los criterios de atribución de competencia	205
b) Aplicación en relación con la desestimación de la declinatoria	209
c) Observaciones entorno a la jurisdicción española.	210
4.1.7. <i>La noción de Derecho nacional aplicable y el específico caso español</i>	211
4.2. Otras cuestiones problemáticas	224
a) <i>La noción de jurisdicción extranjera o exótica</i>	224
b) <i>La discriminación a la hora de negociar las cláusulas del contrato</i>	226
c) <i>La LENMAR como freno al derecho nacional aplicable</i> ..	228
d) <i>Futuro inmediato de las especialidades de jurisdicción y competencia</i>	229

4.3. Recapitulación.....	236
---------------------------------	------------

V

RESOLUCIONES JUDICIALES POSTERIORES AL AÑO 2014	241
--	------------

5.1. Consideraciones generales sobre la actual situación jurisprudencial	242
---	------------

5.2. La posición de la Audiencia Provincial de Barcelona	244
---	------------

5.2.1. <i>Comienzo y consolidación del criterio.....</i>	<i>245</i>
--	------------

a) Auto núm. 218/2016, de 21 de diciembre	245
---	-----

b) La posición del recurrente como origen del criterio	248
--	-----

c) Fundamentación del criterio: la relación jurídico-procesal.....	250
--	-----

d) Resolución de la declinatoria de competencia internacional.....	251
--	-----

e) Consolidación del criterio.....	253
------------------------------------	-----

f) El auto de nulidad de actuaciones.....	254
---	-----

g) Consolidación del criterio.....	256
------------------------------------	-----

h) Consolidación del criterio y acuerdo extrajudicial.....	260
--	-----

5.2.2. <i>Crítica al criterio del año 2016 y su consolidación.....</i>	<i>261</i>
--	------------

a) La interpretación literal del art. 468 LENMAR	262
--	-----

b) La relación jurídico-procesal como criterio de análisis.....	262
---	-----

c) Utilidad relativa de la relación jurídico-procesal.....	262
--	-----

d) El planteamiento de la primacía de la normativa comunitaria.....	264
---	-----

e) El uso del análisis jurisprudencial y normativo efectuado	265
--	-----

f) Reflexión desde otra Audiencia Provincial (a modo de comparación).....	267
---	-----

	<i><u>Página</u></i>
g) La cita de la STJCE Coreck	268
h) El planteamiento de la jurisdicción española	272
i) La determinación del derecho nacional aplicable	273
5.2.3. <i>Auto núm. 118/2022, de 10 de junio</i>	274
a) La delimitación del objeto del proceso	275
b) Ejemplo crítico de aplicación plena del art. 468 LENMAR	277
5.2.4. <i>Auto núm. 61/2023, de 8 de mayo</i>	279
5.3. La posición de la Audiencia Provincial de Valencia	280
5.3.1. <i>Criterio del caso a caso</i>	280
a) Auto núm. 1243/2016, de 27 de julio	282
b) Auto núm. 1244/2016, de 27 de julio	283
c) Auto núm. 1620/2016, de 8 de noviembre	284
d) Auto núm. 615/2017, de 15 de mayo	287
e) Auto núm. 7/2017, de 16 de enero	287
f) Otras resoluciones relevantes	288
g) Valoración general de las resoluciones	290
5.3.2. <i>Estructura y contenido de las resoluciones</i>	290
5.4. Supuestos especiales resueltos por la Audiencia Provincial de Valencia	291
5.4.1. <i>Cláusula de sumisión expresa y cesión de derechos</i>	291
5.4.2. <i>Cláusula de sumisión expresa y Convenio de Lugano de 2007</i>	293
5.4.3. <i>Auto núm. 22/2024, de 30 de enero</i>	302
5.5. El criterio seguido por otras Audiencias Provinciales	308
5.5.1. <i>Audiencia Provincial de Almería</i>	308
a) Auto núm. 205/2018, de 2 de mayo	308
b) Análisis de las opciones planteadas	309
5.5.2. <i>Audiencia Provincial de Cádiz</i>	312

	<i><u>Página</u></i>
5.5.3. Audiencia Provincial de Castellón	314
5.5.4. Audiencia Provincial de Madrid	316
5.5.5. Audiencia Provincial de Pontevedra	318
5.5.6. Audiencia Provincial de Vizcaya	321
5.5.7. Consideraciones finales sobre la jurisprudencia posterior a la LENMAR	323
 VI	
PERSPECTIVAS DE FUTURO: LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA	327
6.1. Consideraciones generales	328
6.2. Las cláusulas de sumisión expresa insertas en conocimientos de embarque ante las posibles reformas legislativas ...	328
6.2.1. Borrador de Código de Navegación Marítima	329
6.2.2. Propuestas de Código Mercantil	331
a) Propuesta de Código Mercantil de 2013.	331
b) Propuesta de Código Mercantil de 2018.	332
c) Observaciones comunes sobre las Propuestas de 2013 y 2018.	333
6.3. Las cuestiones prejudiciales de la Audiencia Provincial de Pontevedra	333
6.3.1. Breve apunte sobre la prejudicialidad en general y comunitaria	334
6.3.2. Consideraciones generales y elementos comunes de las resoluciones	337
a) Características comunes	337
b) Las cuestiones prejudiciales como hito del derecho marítimo español	338
c) Supuesto de hecho, devenir procesal y cláusulas concretas	339
d) Clarificación de ciertas cuestiones aparentemente confusas	342

	<i>Página</i>
6.3.3. <i>Marco jurídico y jurisprudencial en presencia</i>	344
a) Derecho y jurisprudencia comunitaria	344
b) Derecho español de origen interno	347
6.3.4. <i>Las dudas de la Audiencia Provincial</i>	349
6.3.5. <i>Consideraciones generales sobre las cuestiones prejudi-</i> <i>ciales</i>	352
a) Idéntica redacción	352
b) Posición de las partes	353
c) Valoración final y cuestiones prejudiciales planteadas	354
6.3.6. <i>STJCE Coreck y matizable planteamiento del art. 251</i> <i>LENMAR</i>	355
a) Reiteración de la doctrina de la STJCE Russ . .	356
b) La subrogación no tiene que ser siempre ínte- gra	357
c) Consideraciones teóricas en relación con la subrogación íntegra	361
6.3.7. <i>Propuesta de resolución de las cuestiones prejudiciales</i> <i>planteadas</i>	362
a) Definición de las premisas	362
b) Consideraciones generales	364
c) Primer bloque de cuestiones	364
d) Segundo bloque de cuestiones	366
e) Tercer bloque de cuestiones	368
f) La prestación del consentimiento por el terce- ro y pautas de verificación	372
g) Último bloque de cuestiones	374
h) Qué es y qué debería ser el derecho nacional aplicable	376
i) El art. 468 LENMAR y la interpretación de la STJCE Coreck son contrarios a los principios y derecho de la Unión Europea	384

	<i>Página</i>
j) El art. 468 LENMAR practica el imperialismo jurisdiccional	388
6.4. STJUE MACS: alcance, interpretación y efectos	392
6.4.1. <i>Observaciones sobre el art. 25 RBI bis y sus antecedentes normativos</i>	<i>393</i>
6.4.2. <i>Observaciones sobre los arts. 251 y 468 LENMAR</i>	<i>394</i>
a) En relación con los tribunales de un Estado miembro	394
b) En relación con tribunales extracomunitarios.	397
6.4.3. <i>Determinación del derecho nacional aplicable</i>	<i>398</i>
6.5. Sobre la condena en costas de la apelación en estos litigios	404
ANEXO I. RESOLUCIONES ANTERIORES A LA LENMAR	407
ANEXO II. RESOLUCIONES POR MOTIVO DE RECURSO	411
ANEXO III. OTRAS RESOLUCIONES	415
ANEXO IV. RESOLUCIONES POSTERIORES A LA LENMAR ...	417
BIBLIOGRAFÍA	423
RECURSOS ELECTRÓNICOS	447
LEGISLACIÓN Y DOCUMENTACIÓN RELACIONADA	451
RESOLUCIONES JUDICIALES	459
CUESTIONES PREJUDICIALES REMITIDAS AL TJUE	469

Castelletti, § 47¹¹¹. A lo anterior deben añadirse las reflexiones realizadas en páginas previas acerca del principio de separabilidad de la cláusula de sumisión expresa, es decir, que el derecho nacional aplicable puede escindir de la eficacia traslativa del conocimiento de embarque la cláusula de sumisión expresa por la mera aplicación de dicho principio en relación con la naturaleza procesal de la cláusula en cuestión ¹¹².

d) Segundo bloque de cuestiones

Al igual que sucedía con las primeras preguntas analizadas, las ahora transcritas también presentan una redacción ligeramente diferente, pero una misma duda sustancial: la hipotética facultad de los Estados miembros de establecer requisitos de forma adicionales más allá de lo dispuesto por el art. 25 RBI bis. Por otro lado, mientras que el porteador relaciona la tercera de sus preguntas con la segunda y lo plantea desde el punto de vista del consentimiento del tercero tenedor del conocimiento de embarque en relación con el art. 468 LENMAR, la Audiencia Provincial realiza la pregunta desde una perspectiva más genérica.

3.ª pregunta del porteador	3.ª pregunta de la Audiencia Provincial
«3. En caso de respuesta negativa a la pregunta anterior, si debe apreciarse el consentimiento directo del tercero tenedor ¿los requisitos para valorar ese consentimiento son los establecidos en el art. 25 del Reglamento 1215/2015 ¹¹³ , o podrán exigirse requisitos propios del derecho nacional como los establecidos en el art. 468 de la Ley de la Navegación Marítima que exigen una negociación individual y separada?»	«3.- ¿Resulta posible, conforme al Derecho de la UE, que la legislación de los Estados miembros establezca requisitos adicionales de validez para la eficacia frente a terceros de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque?»

111. STJCE *Castelletti*, § 47: «[...] el Convenio no afecta a las disposiciones de Derecho material (sentencia de 13 de noviembre de 1979, Sanicentral, 25/79, Rec. p. 3423, apartado 5), sino que tiene por objeto establecer reglas uniformes de competencia judicial internacional (sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95, Rec. p. I-3767, apartado 25)».

112. Como acertadamente señala la STJCE *Benincasa*, § 24 y 25: «24 A este respecto, procede [...], distinguir entre la cláusula atributiva de competencia y las estipulaciones materiales del contrato en el que se incluye dicha cláusula. 25 En efecto, la cláusula atributiva de competencia, que responde a una finalidad procesal, se rige por lo dispuesto en el Convenio, cuyo objetivo es establecer reglas uniformes de competencia judicial internacional. En cambio, las estipulaciones materiales del contrato principal en el que se incluye la cláusula, así como cualquier controversia sobre la validez de este, se rigen por la *lex causae*, que se determina según el Derecho internacional privado del Estado del foro».

Procede responder a la 3.^a pregunta de la Audiencia que en ningún caso los Estados miembros de la UE se encuentran facultados para establecer requisitos de forma adicionales distintos de los previstos por el art. 25 RBI bis. Los requisitos formales establecidos por dicha disposición son un *numerus clausus*¹¹⁴ y tienen por objetivo tanto garantizar la seguridad jurídica como la prestación efectiva del consentimiento, ya sea expreso [art. 25.1 a) RBI bis] o presunto [art. 25.1 b) y c) RBI bis], y ello tanto respecto a las partes originarias del contrato de transporte como en relación a otros terceros que puedan verse afectados por el mismo. No obstante, consideramos más acertada la formulación de la cuestión prejudicial del porteador, pues acude directamente a la raíz de toda la problemática, es decir, la norma en virtud de la cual debe comprobarse la prestación del consentimiento por parte del tercero cuando, en virtud del derecho nacional aplicable, aquel no ha sucedido al cargador en todos sus derechos y acciones.

Por su parte, la cuestión prejudicial de la Audiencia Provincial es muy genérica, si bien técnicamente acertada, y vista la jurisprudencia del TJUE se respondería por sí sola en forma negativa. Así lo ha establecido diversa jurisprudencia del TJUE y, en concreto, cuando de acuerdo con el derecho nacional aplicable el tercero no haya sucedido al cargador en todos sus derechos y acciones, la jurisprudencia comunitaria ha dispuesto expresamente que la verificación de dicho consentimiento debe realizarse con base en las concretas exigencias del art. 25 RBI bis. Por tanto, en caso de deber apreciar el consentimiento directo del tercero tenedor, ello deberá realizarse con los requisitos de dicho precepto y no mediante unas exigencias específicas previstas por el derecho nacional aplicable, en nuestro caso representado por los arts. 251 y 468 LENMAR. Así lo dispone, entre otras, la STJUE *Refcomp*, § 39¹¹⁵. En este sentido, lo anterior debe ser tenido en cuenta en

113. Se puede apreciar una errata, pues la norma es del año 2012, sin que haya una posterior.

114. Los requisitos del art. 25 RBI bis son consecuencia de la preocupación del legislador europeo de no dejar al arbitrio de los Estados miembros los requisitos formales de las cláusulas de sumisión expresa, manteniendo un equilibrio entre la realidad práctica y la seguridad jurídica, sin caer en excesivos formalismos. Sobre esta idea, *vid.*, ANTÓN JUÁREZ, I., «Elección...», en CALVO CARAVACA, A.-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dirs.), *El Tribunal...*, cit., p. 226.

115. Así lo dispone la STJUE *Refcomp*, § 39, al indicar que: «En tales circunstancias, remitir al Derecho nacional [...] la apreciación de la oponibilidad al subadquiriente de la cláusula atributiva de competencia incluida en el contrato inicial [...] generaría soluciones divergentes entre los Estados miembros, lo que podría menoscabar el objetivo de unificación de las normas de competencia judicial que establece el Reglamento [...]. Tal remisión al Derecho nacional ocasionaría también incertidumbres incompatibles

relación con la STJCE *Benincasa*, § 26, relativo a los objetivos fundamentales del entonces Convenio de Bruselas de 1968¹¹⁶.

e) Tercer bloque de cuestiones

En la 2.^a cuestión de la Audiencia Provincial, que se corresponde esencialmente con la 2.^a cuestión propuesta por el porteador, aquella se pregunta si el art. 251 LENMAR resulta compatible con el art. 25 RBI bis y su jurisprudencia interpretativa, al exigir dicho precepto, siempre según la Audiencia, una negociación individual y separada de la cláusula de sumisión expresa, exigencia que no contempla el Reglamento comunitario. No corresponde al TJUE la interpretación del derecho nacional, sino la del derecho la UE. En consecuencia, dicha institución no puede pronunciarse sobre la imprecisión en la que parece incurrir la Audiencia Provincial, pero que consideramos conveniente y necesario desarrollar.

2. ^a pregunta del porteador	2. ^a pregunta de la Audiencia Provincial
«2. Si la cláusula atributiva de competencia inserta en un conocimiento de embarque es válida a efectos del artículo 25 del Reglamento 1215/2012 en la relación entre el cargador y el porteador ¿puede ser invocada frente al tercero, tenedor del conocimiento, cuando el derecho nacional aplicable (art. 251 LNM) reconoce que la subrogación se ha producido en todos los derechos y obligaciones excepto por la cláusula de prórroga de jurisdicción exclusivamente?»	«2.- En el caso de circulación del conocimiento de embarque a un tercero, destinatario de las mercancías, que no intervino en la contratación entre el cargador y el porteador marítimo, ¿resulta compatible con el art. 25 del Reglamento 1215/2012, y con la jurisprudencia del TJ que lo interpreta, una norma como la contenida en el art. 251 de la Ley de Navegación Marítima, que exige que, para la oponibilidad de la cláusula a ese tercero, la cláusula de jurisdicción debe haber sido negociada con este “individual y separadamente”?»

Con el fin de comprender mejor el art. 251 LENMAR, podemos considerar que presenta una estructura ficticia interna dividida en dos partes que

con la preocupación por garantizar la previsibilidad en materia de competencia judicial, que es uno de los objetivos del Reglamento [...].»

116. STJCE *Benincasa*, § 26: «Procede señalar [...] que, [...] el objetivo del Convenio consiste, en particular, en unificar las reglas de competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes, evitando, en la medida de lo posible, la multiplicidad de los criterios de competencia judicial respecto a una misma relación jurídica, y en reforzar la protección jurídica de las personas establecidas en la Comunidad, permitiendo, al mismo tiempo, al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción, y al demandado, prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado (sentencias de 4 de marzo de 1982, *Effer*, 38/81, Rec. p. 825, apartado 6, y de 13 de julio de 1993, *Mulox IBC*, C-125/92, Rec. p. I-4075, apartado 11)».

deben ser diferenciadas. De esta forma, del tenor literal del art. 251 se puede comprobar que no exige exclusiva y directamente una negociación individual y separada, sino que dicho precepto tiene una parte dispositiva y otra de remisión¹¹⁷, con contenidos diferentes y siendo en esta última donde efectivamente se encuentra tal exigencia. En relación con esta idea, el hecho de que los Estados miembros de la UE se encuentren facultados para regular la eficacia traslativa del conocimiento de embarque en sus legislaciones nacionales sustantivas, no justifica o autoriza que mediante una disposición en este sentido (limitadora de la eficacia traslativa) se pueda introducir sorpresivamente por vía de la remisión¹¹⁸, o de alguna otra forma, un precepto que efectivamente incluye requisitos de forma adicionales no permitidos por el Reglamento comunitario. En relación con esta idea, la STJCE *Castelletti*, § 34-35, con referencia a la STJCE *Elefanten*, § 25, dispuso que:

«A este respecto procede recordar que [...] el artículo 17 tiene por objeto establecer por sí mismo los requisitos de forma que deben reunir las cláusulas atributivas de competencia, y ello en aras de la seguridad jurídica y para garantizar el consentimiento de las partes¹¹⁹. De ello se deduce que la validez de una cláusula atributiva de competencia solo puede depender del cumplimiento de un requisito de forma específico en el caso de que dicho requisito guarde relación con las exigencias del artículo 17».

117. Parte dispositiva del art. 251 LENMAR: «La transmisión del conocimiento de embarque producirá los mismos efectos que la entrega de las mercancías representadas, sin perjuicio de las acciones penales y civiles que correspondan a quien hubiese sido desposeído ilegítimamente de aquellas. El adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, [...]». Parte de remisión del art. 251 LENMAR: «[...]», excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el capítulo I del título IX».
118. Se ha dicho por la doctrina favorable a la solución de la LENMAR que el art. 251 de dicha norma fue redactado teniendo en cuenta la vía, o presunta vía, dejada abierta por la STJCE *Coreck*. En este sentido, *vid.*, FERNÁNDEZ-QUIRÓS, T., «Capítulo XXX...», en VV. AA., *Comentarios...*, cit., p. 440. No podemos estar de acuerdo, pues la STJCE *Coreck* lo que permite es que el derecho nacional aplicable regule la eficacia traslativa del conocimiento de embarque, pero no autoriza que por vía de un precepto que remite a otro se introduzcan requisitos formales para la prórroga de la competencia distintos de los previstos por el art. 25 RBI bis. Dicho de otra forma, si la afirmación de que el precepto fue redactado en línea con la resolución apuntada se refiere a la limitación de la eficacia traslativa, coincidimos con la posición, pues se trata de una cuestión que no regula el Reglamento y que la citada sentencia remite al derecho interno. Sin embargo, si lo que se pretende indicar, como parece ser, es que se pueden introducir requisitos de forma adicionales o distintos a los del Reglamento, entonces debemos discrepar, pues es lo contrario de lo que indica la resolución.
119. La idea según la cual el art. 25 RBI bis es garante tanto de la seguridad jurídica como del consentimiento de las partes, podemos encontrarla en diversas resoluciones del TJUE. Por todas, *vid.*, SSTJCE *Estasis Salotti*, § 7; *Porta-Leasing*, § 5; *Russ*, §14; *MSG*, § 15; *Segoura*, § 6; y *Coreck*, § 13.

La remisión efectuada por la norma española no ata indisolublemente un precepto (art. 251) a otro (art. 468) de tal suerte que la limitación de la eficacia traslativa lleve necesariamente a la aplicación de unos requisitos formales no contemplados por el art. 25 RBI bis ni permitidos por la jurisprudencia del TJUE. No existe una indisoluble unidad de la remisión efectuada. Tampoco de no haber habido remisión al art. 468 LENMAR y de que hubiera sido el propio art. 251 LENMAR el que hubiera exigido la negociación individual y separada, se hubiera aplicado la LENMAR sobre el RBI bis¹²⁰. En este escenario, correspondiente con la dicción de la 2.^a pregunta del porteador, también hubiera primado el RBI bis, pues en lugar del art. 468, hubiera sido el art. 251 el que hubiera introducido los requisitos de forma adicionales no permitidos por el RBI bis, primando este último, sin importar el precepto concreto de la LENMAR que hubiese sido contradictorio en relación con la norma europea.

Ante una cláusula de sumisión expresa que designe los tribunales de un Estado miembro de la UE, el efecto único e inmediato del art. 251 LENMAR es el de limitar la eficacia traslativa del conocimiento de embarque, cuestión que, como hemos visto, está no solo permitida sino remitida expresamente el derecho nacional aplicable por la jurisprudencia comunitaria. Discrepando de la concepción de la doctrina científica y la jurisprudencia española según la cual dicho derecho nacional aplicable vendría representado por el art. 251 LENMAR —como hemos manifestado ya—, lo cierto es que el primero de los efectos pretendidos por dicho precepto no plantea problemas desde el punto de vista del RBI bis ni de su jurisprudencia interpretativa. Es el precepto remitido el que contempla la exigencia de negociación individual y separada, es decir, el art. 468 LENMAR es el auténtico problema cuando la cláusula de sumisión expresa designe como competentes a los tribunales de un Estado miembro, pues contempla unos requisitos formales que el art. 25 RBI bis no prevé (negociación individual y separada) y que, por tanto, no están permitidos. Hubiera sido más preciso plantear la cuestión prejudicial 2.^a de la Audiencia en otros términos¹²¹.

120. Este podría ser un improbable escenario de reforma de la LENMAR, en virtud del cual el art. 251 LENMAR podría quedar redactado de la siguiente forma: «La transmisión del conocimiento de embarque producirá los mismos efectos que la entrega de las mercancías representadas, sin perjuicio de las acciones penales y civiles que correspondan a quien hubiese sido desposeído ilegítimamente de aquellas. El adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, que requerirán el consentimiento del adquirente mediante una negociación individual y separada de dichos acuerdos».

121. Tomando como referencia la cuestión propuesta por la Audiencia, nuestra propuesta hubiera sido la siguiente: «En el caso de circulación del conocimiento de embarque a

Mas la solución se antoja simple desde el mismo derecho marítimo español, pues el art. 468 LENMAR, según su propio tenor y puesto en relación con el art. 2 LENMAR, solo aplicará cuando el tribunal designado por la cláusula de sumisión expresa se refiera a los tribunales de un tercer Estado, es decir, de un Estado no miembro, al aplicarse la primera disposición mencionada sin perjuicio de lo previsto por el derecho comunitario. De esta forma, la remisión que el art. 251 efectúa al art. 468 no opera cuando la cláusula de sumisión expresa haga referencia a los tribunales de un Estado miembro de la UE, pues la propia jurisprudencia del TJUE remite nuevamente al Reglamento la cuestión de la verificación del consentimiento del tercero. Si, por el contrario, la cláusula de sumisión expresa designa los tribunales de un tercer Estado, entonces tanto la remisión que el art. 251 efectúa como los requisitos formales previstos por el art. 468 aplicarían plenamente al no aplicar el RBI bis. Por tanto, procede responder a la 2.^a pregunta de la Audiencia Provincial que resulta compatible con el art. 25 RBI bis y con la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta una norma como la contenida en el art. 251 LENMAR en la parte relativa a la no adquisición por parte del tercero de los derechos y acciones del cargador en relación con la cláusula de sumisión expresa, así como que, siempre que aquella designe los tribunales de un Estado miembro de la UE, no operará o quedará sin efecto la remisión efectuada al art. 468 LENMAR, al contemplar esta unos requisitos de validez no previstos por el art. 25 RBI bis.

Ahora bien, no debe confundirse la limitación de la eficacia traslativa del conocimiento de embarque —cuestión permitida por la jurisprudencia del TJUE y no regulada por el RBI bis— con el establecimiento de requisitos de validez formal de la cláusula de sumisión expresa distintos de los previstos por el art. 25 RBI bis, cuestión esta no permitida. Dicho de otra forma, no deben confundirse las cuestiones materiales (limitación de la eficacia traslativa del conocimiento de embarque) con las cuestiones procesales y formales (verificación del consentimiento del tercero respecto a la cláusula de sumisión). Por tanto, bajo el actual marco normativo la oponibilidad frente al tercero no descansa tanto en la eficacia traslativa del conocimiento de embarque, como en la verificación del consentimiento de aquel con base en el art. 25 RBI bis.

un tercero, destinatario de las mercancías, que no intervino en la contratación entre el cargador y el porteador marítimo, ¿resulta compatible con el art. 25 del Reglamento 1215/2012, y con la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta, una norma como la contenida en el art. 468 LENMAR, que exige que, para la validez formal, así como para la oponibilidad de la cláusula a ese tercero, la cláusula de jurisdicción debe haber sido negociada con este «individual y separadamente»?».

f) La prestación del consentimiento por el tercero y pautas de verificación

La jurisprudencia del TJUE ha reiterado en diversas ocasiones que la modificación operada en el art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968 mediante el Convenio de adhesión de 1978 permite presumir que se produce un acuerdo de voluntades sobre la cláusula de sumisión expresa cuando existen unos usos comerciales en el sector del comercio internacional en cuestión, que las partes conocen o deben conocer¹²². En cuanto a la flexibilización de los requisitos formales de las cláusulas de sumisión expresa resulta de gran valor la consideración manifestada por la STJCE *MSG*, § 16-17, relativa a que una mayor flexibilización no se traduce necesariamente en descuidar el consentimiento de las partes¹²³.

En relación con la verificación del consentimiento efectivo del tercero tenedor del conocimiento de embarque y teniendo en cuenta que, conforme al art. 25 RBI bis, se puede presumir el consentimiento de aquel, seguidamente exponemos las pautas que, a nuestro juicio, debería seguir dicha verificación. Debemos partir de la premisa sentada por la STJCE *Russ*, § 24-26, ya citada, en virtud de la cual el tercero tenedor de un conocimiento de embarque se verá vinculado por una cláusula de sumisión expresa si, en función del derecho nacional aplicable, ha sucedido al cargador en todos sus derechos y obligaciones. Partiendo de que en la actualidad en España ese derecho vendría representado por la LENMAR (simplemente por el hecho de que el porteador ha sido demandado en España por el cargador, el destinatario de las mercancías o la aseguradora de cualquiera de ellos), el siguiente paso es considerar única y exclusivamente el art. 251 LENMAR, pues la remisión que efectúa al art. 468 LENMAR no operará cuando la cláusula de sumisión expresa se refiera a los tribunales de cualquier Estado miembro de la UE, al prever requisitos de forma distintos de los contemplados por el art. 25 RBI bis.

122. SSTJCE *MSG*, § 19 y *Castelletti*, § 20.

123. STJCE *MSG*, § 16-17: «16 No obstante, con objeto de tener en cuenta los usos particulares y las exigencias del comercio internacional, el Convenio de adhesión de 9 de octubre de 1978 [...] introdujo en la segunda frase del párrafo primero del artículo 17 un tercer supuesto que prevé, en el comercio internacional, la estipulación válida de una cláusula atributiva de competencia en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer. 17 Sin embargo, este mayor grado de flexibilidad [...] no significa que no deba existir necesariamente un acuerdo de voluntades entre las partes sobre una cláusula de atribución de competencia, puesto que la realidad de la existencia del consentimiento de los interesados sigue siendo uno de los objetivos de dicha disposición. En efecto, es necesario proteger a la parte contratante más débil evitando que pasen desapercibidas cláusulas atributivas de competencia, insertadas en el contrato por una sola de las partes».

Una vez que hemos comprobado que con base en el art. 251 LENMAR el tercero no ha sucedido al cargador en todos sus derechos y acciones, el último paso sería la determinación de la norma procesal concreta que debe aplicarse para la verificación del consentimiento del tercero, que no es otra que el RBI bis, como en señaló la STJCE *Coreck*, § 27¹²⁴. Identificada la norma conforme a la cual debe analizarse el consentimiento del tercero, debemos señalar la importantísima consecuencia de que, en el marco de esa norma, la aplicación del art. 25.1.c) RBI bis lleva a que también pueda operar la presunción del consentimiento respecto de dicho tercero. Ya dentro del art. 25 RBI bis, deberá comprobarse que dicho tercero conoce o debía conocer el uso del comercio internacional consistente en la inclusión de cláusulas de sumisión expresa en los conocimientos de embarque por todo tipo de navieras y en todos los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías bajo conocimiento de embarque.

Finalmente, debe realizarse una última apreciación en relación con el art. 468 LENMAR. La duda acerca de si aplicar este precepto o el art. 25 RBI bis

124. STJCE *Coreck*, § 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, este 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». Para llegar a la conclusión del § 27, deben tenerse también en consideración la STJCE *Coreck*, § 23-26: «23 A este respecto, basta con recordar que el Tribunal de Justicia ha estimado que, en la medida en que la cláusula atributiva de competencia inserta en un conocimiento de embarque es válida a efectos del artículo 17 del Convenio en la relación entre el cargador y el porteador, dicha cláusula puede ser invocada frente al tercero, tenedor del conocimiento, desde el momento en que, con arreglo al Derecho nacional aplicable, el tenedor del conocimiento se subroga en los derechos y obligaciones del cargador (sentencias, antes citadas, Tilly Russ, apartado 24, y Castelletti, apartado 41). 24 De ello se deduce que corresponde al Derecho nacional aplicable determinar si el tercero respecto del contrato inicial contra el que se haya invocado una cláusula atributiva de competencia ha sucedido en sus derechos y obligaciones a una de las partes originarias. 25 Si así fuera, no ha de verificarse si el tercero dio su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia incluida en el contrato inicial. En efecto, en ese supuesto, la adquisición del conocimiento de embarque no puede conferir al tercero porteador más derechos de los que tenía el cargador. De este modo el tercero tenedor se convierte en titular, a la vez, de todos los derechos y de todas las obligaciones que figuran en el conocimiento, incluidas las relativas a la prórroga de competencia (sentencia Tilly Russ, antes citada, apartado 25). 26 Por el contrario, si, en virtud del Derecho nacional aplicable, el tercero respecto del contrato inicial no ha sucedido a una de las partes originarias en sus derechos y obligaciones, corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del litigio verificar, respecto de las exigencias enunciadas por el artículo 17, párrafo primero, del Convenio, que dicho tercero ha dado efectivamente su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia contra él invocada».

vendría resuelta por dos vías. Primera, la STJCE *Coreck*, § 27, remite la cuestión de la verificación del consentimiento del tercero, en caso de ser necesaria aquella, al art. 25 RBI bis y no al derecho nacional aplicable. Segunda, la STJCE *Castelletti* también da una observación clave en toda la problemática estudiada. Junto al hecho de la imposibilidad de que los Estados miembros puedan establecer requisitos de forma distintos de los previstos por el RBI bis¹²⁵, también dispone que las normas nacionales no pueden desvirtuar los usos del comercio internacional mediante nuevos requisitos formales¹²⁶. A nuestro juicio, una disposición nacional que exige como requisito de forma que la cláusula de sumisión expresa haya sido negociada individual y separadamente constituye una desvirtuación de los usos a los que se refiere el art. 25 RBI bis, pues precisamente lo que permiten dichos usos es que el consentimiento se pueda presumir en el sector del comercio internacional comercial considerado, mientras que el art. 468 LENMAR elimina totalmente la posibilidad de presunción del consentimiento del tercero. Dicho de otra forma, el art. 468 no puede desvirtuar la presunción del consentimiento que resulta posible de acuerdo con el art. 25 RBI bis, cuando la cláusula de sumisión expresa designe los tribunales de un Estado miembro de la UE.

g) Último bloque de cuestiones

Vistas las anteriores preguntas, la 1.^a pregunta de la Audiencia Provincial de Pontevedra parece llevar un camino no asimilable a las demás y por ello hemos considerado pertinente realizar un tratamiento diferenciado. Tampoco la 1.^a pregunta encuentra su correspondencia entre las cuestiones propuestas por el porteador, pues, mientras este plantea tres, la Audiencia plantea cuatro.

1. Pregunta de la Audiencia Provincial

«1.- ¿La regla del artículo 25 del Reglamento 1215/2012, cuando establece que la nulidad de pleno derecho del acuerdo de jurisdicción debe analizarse conforme a la legislación del Estado miembro al que se defiere la jurisdicción, comprende también —en una situación como la del litigio principal—, la cuestión de la validez de la extensión de la cláusula a un tercero no parte en el contrato en el que la cláusula se establece?»

125. SSTJCE *Castelletti*, § 37 y *Elefanten*, § 26.

126. STJCE *Castelletti*, § 38-39: «[...] los usos a que se refiere el artículo 17 no pueden ser desvirtuados por unas disposiciones legales nacionales que exijan el cumplimiento de requisitos de forma adicionales. 39 Procede responder [...] que el [...] artículo 17 del Convenio debe interpretarse en el sentido de que las exigencias concretas que engloba el concepto de «forma conforme a los usos» deben valorarse exclusivamente a la luz de los usos comerciales del sector del comercio internacional de que se trate, sin tener en cuenta las exigencias particulares que pudieran establecer las disposiciones nacionales».

En esta pregunta la Audiencia se plantea si un precepto como el art. 25 RBI bis, que establece que la nulidad de pleno derecho del acuerdo de atribución de competencia debe analizarse conforme a la legislación del Estado miembro designado por dicho acuerdo, incluye también la cuestión de la validez de la extensión u oponibilidad de la cláusula a un tercero. Debemos realizar varias observaciones en este sentido. Primera, si bien es cierto que el art. 25.1 RBI bis habla de la nulidad de pleno derecho del acuerdo de atribución de competencia, lo hace en relación con su validez material, indicándolo más adelante en el mismo numeral, cuestión de la que aquí no se está discutiendo, pues ahora nos estamos enfrentando a la validez formal del acuerdo de atribución de competencia y a su oponibilidad frente a terceros. La validez de la extensión de la cláusula de sumisión expresa a un tercero que no fue parte en el contrato de transporte no es una cuestión material que deba ser estudiada con base en derecho nacional aplicable¹²⁷. Segunda, si bien en relación con lo anterior, la validez de dicha extensión, que no es otra cosa que la oponibilidad frente al tercero de la cláusula de sumisión expresa, es una cuestión formal y no material y, consecuentemente, debe ser analizada con base en las exigencias del art. 25 RBI bis. Así lo dispone expresamente la jurisprudencia del TJUE.

Como hemos tenido ocasión de indicar, la oponibilidad frente al tercero de la cláusula de sumisión expresa y la verificación de su consentimiento respecto de la misma no constituyen un problema de validez material, sino de validez formal. El derecho nacional aplicable ha limitado la eficacia traslativa del conocimiento de embarque (art. 251 LENMAR) y el efecto lógico de dicha limitación es que, al no haber sucedido el tercero en todos los derechos y acciones del cargador, debe verificarse el consentimiento de aquel con base en el art. 25.1 RBI bis, pues ya no opera la presunción automática del consentimiento que tenía lugar cuando se encontraba vigente el art. 708 CdC. Bajo dicho precepto, sucediendo el tercero tenedor del conocimiento de embarque en todos los derechos y acciones del cargador, no resultaba necesario verificar su consentimiento, pues se había colocado en la posición de aquel para todos los efectos del contrato de transporte, ya beneficiosos, ya perjudiciales. Ante las consideraciones anteriores, procede responder a la 1.^a pregunta de la Audiencia Provincial que la regla del art. 25 RBI bis, en virtud de la cual la nulidad de pleno derecho del acuerdo de atribución de competencia debe analizarse con base en el derecho del Estado miembro designado por dicho acuerdo, que se trata de una cuestión de

127. En este sentido, resulta de gran utilidad la observación realizada por la STJUE *Ref-comp*, § 25: «[...] por lo que atañe a los requisitos de validez de una cláusula atributiva de competencia, el art. 23, apartado 1, del Reglamento enuncia fundamentalmente requisitos de forma y menciona sólo un requisito de fondo relativo al objeto de la cláusula, que debe referirse a una relación jurídica determinada».

validez material, no comprende una cuestión formal como es la extensión del acuerdo de atribución de competencia a un tercero no parte en el contrato, que no se trata de otra cuestión que de la verificación del consentimiento del tercero en relación con el acuerdo de atribución de competencia, materia de carácter formal contemplada por el art. 25 RBI bis y que la jurisprudencia del TJUE remite a dicho Reglamento.

Por último, la cuestión de la verificación del consentimiento del tercero con base en el RBI bis, podría tener como antecedente directo la posición del Gobierno de Italia, expresada en sus alegaciones dentro del § 52 de las Conclusiones en el asunto *Coreck*¹²⁸. Con todo, estas Conclusiones no recogieron que el consentimiento del tercero debía ser verificado con base en las exigencias de la norma comunitaria, sino que fue la STJCE *Coreck* la que, como hemos dicho, previó dicha cuestión. Sin embargo, la posición del Gobierno italiano adelantó la importantísima cuestión de la no oponibilidad automática de la cláusula de sumisión expresa si el tercero no había sucedido al cargador en todos sus derechos y acciones, cuestión que luego se vería reflejada en la STJCE *Coreck*.

h) Qué es y qué debería ser el derecho nacional aplicable

Por más que pudiera resultar deseable que el TJUE concretase cuál es el derecho nacional aplicable, lo cierto es que ya se pronunció al respecto en la STJCE *Coreck*, § 30-32, en relación con la cuarta cuestión prejudicial remitida por el órgano jurisdiccional remitente e indicando que era una cuestión para la que no era competente¹²⁹, y recientemente en la STJUE

128. Conclusiones en el asunto *Coreck*, § 52: «[...] el Gobierno italiano alega que el tercero tenedor únicamente está vinculado por la cláusula [de jurisdicción] cuando sucede al cargador en la relación jurídica y asume todos los derechos y obligaciones derivados de ella. De no ser así, la cláusula original no puede oponérsele de manera automática, sino sólo en virtud de un convenio especial y claro que haya aceptado». Una posición similar fue ya adoptada por la Comisión Europea en la STJCE *Russ*, § 20-21: «20 En lo que atañe a la validez de la cláusula atributiva de competencia en la relación entre el porteador y el tercero tenedor del conocimiento, a juicio de la demandante y de la Comisión, si el tercero tenedor no ha firmado el conocimiento, no le es oponible la cláusula atributiva de competencia contenida en él por cuanto no se ha acreditado el acuerdo entre ambas partes. [...] Según la Comisión, tan sólo se podría establecer una excepción a esta regla si en el ordenamiento jurídico nacional de que se trate existiera una teoría de la cesión en virtud de la cual el cargador cediera sus derechos y obligaciones al tercero tenedor del conocimiento».

129. La cuestión remitida rezaba: «¿cuál es el Derecho nacional aplicable para determinar si el tercero tenedor, al adquirir el conocimiento de embarque, ha sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones, y cuáles son las disposiciones aplicables si, en el correspondiente Derecho nacional, ni la legislación ni la jurisprudencia permiten

MACS § 54-55¹³⁰. Como hemos visto, en España el derecho nacional aplicable vendría representado por la LENMAR, sin perjuicio de la discrepancia que hemos expresado sobre su regulación. A nuestro juicio, el planteamiento de una cuestión prejudicial en relación con el derecho nacional aplicable es más que pertinente¹³¹. En cuanto a la determinación del derecho nacional aplicable y en línea con lo apuntado, resulta de interés la posición del Reino Unido en sus alegaciones contenidas en el § 70 de las Conclusiones en el asunto *Coreck*¹³². En relación con el derecho nacional aplicable, se remite a lo dispuesto por el conocimiento de embarque, es decir, a la cláusula de ley aplicable contenida en aquel, o, en el caso de su ausencia, al Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (versión consolidada) (en adelante Convenio de Roma de 1980)¹³³, antecedente inmediato del RRI.

determinar si el tercero tenedor, al adquirir el conocimiento de embarque, sucede al cargador en sus derechos y obligaciones?» (STJCE *Coreck*, § 9.4). Por su parte, la respuesta del TJUE fue: «30 La cuestión de cuál es el Derecho nacional aplicable a la definición de los derechos y obligaciones del tercero tenedor de un conocimiento de embarque es ajena a la interpretación del Convenio y es competencia del órgano jurisdiccional nacional, al que incumbe aplicar las normas de su Derecho internacional privado. 31 Asimismo, la cuestión de si se ha de colmar una posible laguna del Derecho nacional aplicable, además de ser hipotética, es ajena a la interpretación del Convenio. 32 Resulta de lo que antecede que ha de declararse la inadmisibilidad de la cuarta cuestión» (STJCE *Coreck*, § 30, 31 y 32).

130. STJUE MACS, § 54-55: «54 [...] en el marco del examen de la cuestión de si dichos terceros se subrogan en la totalidad de los derechos y obligaciones de los [...] cargadores, [...] esta subrogación se rige por el Derecho nacional aplicable al fondo, determinado en virtud de las reglas de Derecho internacional privado del Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional remitente. 55 [...]. La referida cláusula es oponible a tal tercero si, al adquirir el conocimiento de embarque, este se subroga en la totalidad de los derechos y obligaciones de una de las partes originarias del contrato, extremo que debe apreciarse con arreglo al Derecho nacional aplicable al fondo, determinado en virtud de las reglas de Derecho internacional privado del Estado miembro al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conoce del litigio».
131. Nuestra propuesta de cuestión prejudicial sería la siguiente: «La expresión «derecho nacional aplicable», en los términos señalados por la STJCE *Coreck*: ¿Se refiere al derecho del Estado designado por el acuerdo de atribución de competencia en el sentido del art. 25.1 RBI bis; al derecho del lugar en el que se demande al porteador; o al derecho designado por la cláusula de ley aplicable, si este es distinto de aquellos?».
132. Conclusiones en el asunto *Coreck*, § 70: «El Reino Unido alega que el Derecho nacional aplicable en este caso es el Derecho del conocimiento de embarque. A su entender, esta cuestión debe ser resuelta por el órgano jurisdiccional nacional conforme a las estipulaciones del conocimiento de embarque y —en caso de que estas no establezcan ningún criterio— conforme al Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Según el Reino Unido, esta cuestión no puede resolverse remitiéndose al Convenio de Bruselas [de 1968]».
133. DOUE, núm. C 27, de 26 de enero de 1998.

Teniendo en cuenta los avances normativos producidos, con el vigente RRI, suscribimos plenamente la posición del Reino Unido en dichas alegaciones, pues el derecho nacional aplicable no debería ser otro que el previsto por la cláusula de ley aplicable del contrato de transporte o, en el improbable caso de su ausencia, por la ley prevista según lo regulado por el art. 5 RRI¹³⁴. Resulta relevante destacar la STJUE *DelayFix*, § 47, según la cual el derecho nacional aplicable vendría a ser el derecho aplicable al fondo del asunto¹³⁵. En consecuencia, y como hemos defendido, el derecho nacional aplicable al fondo del asunto —al que hace referencia la STJCE *Coreck*— no puede devenir tal por la mera interposición de la demanda en un Estado miembro contra el porteador, así como por el hecho de que este se defienda mediante la proposición de declinatoria¹³⁶, ni siquiera en el supuesto de sumisión tácita, pues no es el derecho aplicable expresado en la cláusula de ley aplicable del conocimiento de embarque y que habitualmente es el derecho inglés, francés, alemán o, marginalmente, el italiano, entre otros¹³⁷. Ni la interposición de la demanda ni la proposición de declinatoria tienen como efecto modificar o alterar de alguna forma el derecho sustantivo consignado por la cláusula de ley aplicable del conocimiento de embarque, bastando

134. También el antecedente normativo del RRI contenía la exclusión de su ámbito material de aplicación de las obligaciones derivadas de instrumentos negociables, si bien no se contenían menciones expresas a los conocimientos de embarque. En este sentido, *vid.*, art. 1.2.c) del Convenio de Roma de 1980.

135. STJUE *DelayFix*, § 47: «Solo en el caso de que, conforme al Derecho nacional aplicable al fondo, el tercero hubiera sucedido a la parte contratante inicial en todos sus derechos y obligaciones, podría invocarse contra él una cláusula atributiva de competencia a la que no hubiera dado su consentimiento [...]».

136. Como inciso, debe apuntarse que el incumplimiento de un pacto de sumisión expresa ha dado lugar a indemnización por daños y perjuicios en nuestra jurisprudencia (*v. gr.* STS núm. 6/2009, de 12 de enero). Por tanto, el porteador marítimo no solo debería defenderse de la demanda indebidamente interpuesta mediante la proposición de declinatoria (lo único que hace en la práctica); sino que debería, además, solicitar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación contractual de iniciar acciones judiciales en un fuero determinado (arts. 1091, 1101 y 1258 CC). Como apunta la doctrina procesalista: «El principio de indemnidad impone el resarcimiento íntegro en la esfera patrimonial, con lo que no se excluye la posibilidad de exigir el daño no cubierto por la condena en costas [...]. Se puede entender que exigir a un parte que acuda a una jurisdicción extranjera para hacer uso de las herramientas procesales a su disposición es una carga gravosa; además de que es materialmente injusto no indemnizarle por los daños realmente sufridos e imputables a la parte incumplidora»; es decir, la eficacia procesal no hace desaparecer la eficacia material de la obligación. Sobre esta cuestión, *vid.*, SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho...*, pp. 168-171.

137. Basta realizar una lectura de las cláusulas de sumisión expresa y ley aplicable de las navieras más importantes del mundo para comprobar que dichos sistemas jurídicos son los más habituales en el transporte marítimo de mercancías.

con comprobar la regulación tanto de la demanda (arts. 399-404) como de la declinatoria (arts. 63-65) en la LEC.

Por todo lo anterior y complementando lo señalado al hablar sobre la noción de derecho nacional aplicable y el específico caso español, el juez de un Estado miembro, incluido España, debería aplicar:

- i) el derecho procesal de origen interno para la tramitación de la declinatoria y la resolución de los incidentes y recursos que pudieran recaer en relación con la misma;
- ii) el derecho nacional sustantivo, es decir, el derecho nacional aplicable al fondo del asunto, para analizar la eficacia traslativa del conocimiento de embarque (derecho previsto por la cláusula de ley aplicable del contrato de transporte¹³⁸ o, en su improbable ausencia, el determinado en función del art. 5 RRI¹³⁹, si este se considera aplicable¹⁴⁰);
- iii) el derecho del Estado designado por la cláusula de sumisión expresa para analizar la validez material de la cláusula (art. 25.1 RBI bis), y

138. Otros defienden que no se puede acudir a la cláusula de ley aplicable, aunque es una solución respetuosa con la autonomía de la voluntad de las partes y coherente tanto con el art. 25 RBI bis (garante de la libre elección del tribunal) como con la jurisprudencia del TJUE (STJUE *Ryanair*). Esta posición considera que la cláusula mencionada regula el contenido del contrato, pero no los efectos de la transmisión del conocimiento de embarque. Nosotros consideramos que la transmisión y sus efectos son parte intrínseca y sustantiva del contrato y, consecuentemente, deben estar sujetas a la ley sustantiva prevista por aquel. Sobre esta posición, *vid.*, GÓRRIZ, C., «Cláusulas...», cit., § III.

139. Téngase presente el Considerando (19) del RRI, en virtud del cual: «En defecto de elección de ley, la ley aplicable debe determinarse con arreglo a la norma especificada para el tipo particular de contrato». En concreto, el RRI cuenta normas específicas para el contrato de transporte (art. 5), así como para los contratos de consumo (art. 6), seguro (art. 7) e individuales de trabajo (art. 8).

140. En caso de no considerar aplicable el RRI al contrato de transporte marítimo de mercancías bajo régimen de conocimiento de embarque, entendemos que serían de aplicación las normas del derecho nacional de origen interno relativas a la determinación de la ley aplicable a los bienes muebles, las obligaciones contractuales o a los títulos-valores. En nuestro caso, vendrían representadas, entre otras, por los arts. 10.1, 10.3, 10.5, 12.1 y 12.2 CC. Recuérdese que, si de estas normas resultase de aplicación el art. 251 LENMAR y el tribunal designado por el acuerdo de atribución de competencia perteneciese a un Estado miembro; o si la ley aplicable prevista por el contrato fuese la española manteniendo la designación mencionada, no operaría la remisión que dicho precepto efectúa al art. 468 LENMAR, pues resultaría de aplicación el art. 25 RBI bis en los términos ya apuntados.

- iv) el derecho de la UE para analizar su validez formal, así como para determinar el consentimiento del tercero a fin de concretar la oponibilidad de la cláusula (RBI bis).

Sobre los derechos ahora mencionados debemos realizar una precisión que, sin duda, facilitará la complejidad de lo apuntado. El derecho del Estado designado por la cláusula de sumisión expresa casi siempre coincide, como demuestra la práctica, con el derecho designado por la cláusula de ley aplicable del conocimiento de embarque (*v. gr.* jurisdicción en Reino Unido y ley aplicable el derecho inglés)¹⁴¹. En el improbable, si bien posible, escenario en el cual dichos derechos fuesen diferentes (*v. gr.* jurisdicción en Alemania y ley aplicable el derecho inglés), entonces la transmisibilidad del conocimiento de embarque, en tanto que cuestión puramente sustantiva, debería analizarse con base en el derecho específicamente consignado por la cláusula de ley aplicable del contrato de transporte, pues la aplicabilidad de esta es el resultado de la autonomía de la voluntad de las partes. Por su parte, la validez material del acuerdo de atribución de competencia debe ser analizada con base en el derecho del Estado designado por la cláusula de sumisión expresa, pues así lo dispone el art. 25.1 RBI bis.

Por otro lado, si las partes no han establecido ninguna disposición en relación con dicha ley, pero sí existe una cláusula relativa a la jurisdicción¹⁴², entonces la literalidad del art. 25.1 RBI bis lleva a pensar que debería aplicarse el derecho del Estado designado por la cláusula de sumisión expresa, de tal forma que el *ius siga al forum*¹⁴³, lo cual resulta coherente con

141. Sobre la elección de la ley aplicable, téngase en cuenta el Considerando (11) del RRI: «La libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales».

142. Se trata de un supuesto teórico, pues jamás se va a encontrar un conocimiento de embarque en el que falte la cláusula de sumisión expresa o la de ley aplicable o ambas contemporáneamente. Si ello fuese así, se debería directamente a un fallo humano del propio redactor de dicho documento.

143. En el excepcional caso en que Dinamarca fuese designada como jurisdicción competente, en materia de ley aplicable no le resulta de aplicación el RRI con base en su Considerando (46), en virtud del cual dicho Estado «no participa en la adopción del presente Reglamento y [...] no está vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación [...]». Consecuentemente, le sigue resultando de aplicación el Convenio de Roma de 1980, que difiere del RRI en ciertos aspectos. No obstante, en materia de competencia internacional sí le resulta de aplicación el RBI bis. En este sentido, *vid.*, LANGEAAN OSSET, F. B., «Estudio...», cit., p. 423. Por otro lado, téngase también presente el específico caso de Irlanda, si bien este Estado que no plantea mayores problemas, pues le resulta aplicable tanto el RBI bis [Considerando (40)] como el RRI [Considerando (44)], habiendo manifestado su deseo de participar en dichos instrumentos.

ESTUDIOS

La obra aborda exhaustivamente la oponibilidad de las cláusulas de jurisdicción insertas en los conocimientos de embarque de las navieras de línea regular. En primer lugar, se define el contrato de transporte marítimo de mercancías y se hace hincapié en sus elementos personales. A continuación, se aborda detalladamente el concepto de oponibilidad de la cláusula de jurisdicción y los sujetos facultados para esgrimirla con especial atención a los transitarios y consignatarios de buques cuando actúan como portadores contractuales. Seguidamente, se expone la competencia judicial internacional desde el punto de vista del derecho marítimo mediante el análisis del Reglamento Bruselas I bis y la Ley Orgánica del Poder Judicial. La obra continúa repasando el origen, evolución y situación actual de los arts. 251, 468 y 469 de la Ley de Navegación Marítima (LNM) y se exponen otras cuestiones problemáticas en torno a la norma (p.ej. la LNM como freno al derecho nacional aplicable). Cabe reseñar que a lo largo del libro se comentan casi 200 resoluciones judiciales de diversas Audiencias Provinciales, y, en último lugar, se expone el futuro a largo plazo de las mencionadas cláusulas. En esta parte, destaca el análisis de las reformas legislativas futuras y, sobre todo, la determinación del alcance, interpretación y efectos de la STJUE MACS (As. C-345/22 a C-347/22) en la que por primera vez en 24 años el Tribunal de Justicia de la UE se pronuncia sobre la cuestión objeto de estudio. La obra resulta de gran utilidad teórica y práctica para diversos operadores jurídicos (jueces, abogados, procuradores, académicos, etc.) implicados en la litigación marítima internacional.

El precio de esta obra incluye la publicación en formato DÚO sin coste adicional (papel + libro electrónico)

ACCEDE A LA VERSIÓN ELECTRÓNICA SIGUIENDO LAS INDICACIONES DEL INTERIOR DEL LIBRO

ISBN: 978-84-1085-058-3

