

Recibido: 15 junio 2017  
Aceptado: 29 junio 2017

## LA DEROGATIO FORI DESPUÉS DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Pilar JIMÉNEZ BLANCO \*

SUMARIO: I. Introducción. II. La *derogatio fori* de la LOPJ y los Reglamentos europeos: 1. La compatibilidad de la *derogatio fori* con Bruselas I bis. 2. *Derogatio fori* y Reglamentos cerrados. III. Admisibilidad y validez del acuerdo de sumisión a tribunales extranjeros. 1. Tribunal competente para enjuiciar la validez de la sumisión. 2. Admisibilidad de la sumisión: A) Admisibilidad conforme a los Reglamentos; B) Admisibilidad conforme al Derecho nacional. 3. Criterios de validez del acuerdo y ley aplicable. 4. El impacto de las normas imperativas sobre el acuerdo de sumisión. IV. Tratamiento procesal de la sumisión a tribunales extranjeros: 1. El efecto suspensivo y derogatorio de la sumisión a los tribunales extranjeros. 2. De oficio o a instancia de parte. V. Conclusiones: deficiencias del sistema y estrategias procesales.

RESUMEN: La reciente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha introducido por primera vez una regulación sobre la *derogatio fori*. Esta *derogatio fori* también se aplica en el marco de los Reglamentos europeos sobre competencia judicial internacional, considerando siempre el efecto útil de sus normas. El trabajo analiza los problemas concretos que se plantean para determinar la validez del acuerdo de sumisión, el régimen de la suspensión del proceso abierto en España y el control, de oficio o a instancia de parte, de esa sumisión. Finalmente, se proponen diferentes estrategias procesales para las partes.

PALABRAS CLAVE: LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL – REGLAMENTOS EUROPEOS – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – ACUERDOS DE SUMISIÓN – DEROGATIO FORI.

### **ABSTRACT: *Derogatio Fori* After the Reform of Spanish Organic Law of the Judiciary Power**

*The recent reform of the Organic Law of the Judiciary Power has for the first time introduced a regulation on derogatio fori. This derogatio fori also applies in the framework of the European regulations on international jurisdiction, always considering the useful effect of its rules. The paper analyzes the specific problems that arise to determine the validity of the submission agreement, the regime of the suspension of the process open in Spain and the control, of its own motion or at the request of the parties, of that submission. Finally, different procedural strategies are proposed for the parties.*

\* Profesora titular, Catedrática acreditada, de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo. Esta contribución se adscribe al Proyecto de Investigación I+D+I del MINECO “Hacia un modelo migratorio europeo: la movilidad de personas conforme a su estatuto en la UE”, Ref. DER 2013–44950–R.

KEYWORDS: ORGANIC LAW OF JUDICIAL POWER – EUROPEAN REGULATIONS – INTERNATIONAL JURISDICTION – CHOICE-OF-COURT AGREEMENTS – DEROGATIO FORI.

## I. Introducción

1. Ha tenido que ser la LO 7/2015 la que, por vez primera, regule expresamente la *derogatio fori* en nuestro Derecho autónomo de competencia judicial internacional, lo que ha transformado, aunque no cerrado, el debate doctrinal y jurisprudencial sobre este problema<sup>1</sup>. Son bien conocidos los argumentos que se barajaban en torno a una y otra posición y que iban desde el análisis estrictamente normativo (de forzoso unilateralismo de la LOPJ y, por tanto, de alternatividad del sistema) hasta una visión funcional (basada en la protección de la autonomía de la voluntad de las partes, los intereses del comercio internacional y la analogía con la sumisión a órganos arbitrales). Por su parte, nuestra práctica jurisprudencial, aunque con posicionamientos vacilantes, venía admitiendo la eficacia derogatoria de los acuerdos de sumisión a terceros Estados<sup>2</sup>. Dejando al margen cualquier valoración general crítica sobre la reforma, la versión vigente de la LOPJ resuelve, al menos parcialmente, este problema admitiendo los efectos de las cláusulas de sumisión a favor de tribunales “extranjeros”, debiendo entenderse por tales, claro está, los tribunales de Estados que no sean parte ni de un Reglamento europeo ni de un Convenio internacional. Particularmente relevante será la aplicación de la LOPJ en relación con las habituales cláusulas de sumisión a los tribunales británicos, después del Brexit<sup>3</sup>. No obstante, el alcance de la nueva disposición sigue siendo incierta en su articulación y alcance: primero, en su relación con los Reglamentos europeos; segundo, en lo relativo a los límites de la *derogatio*, particularmente en relación con el problema de la indisponibilidad del objeto del litigio y la incidencia de normas imperativas; tercero, en lo referente a su funcionamiento dentro del

<sup>1</sup> Un resumen de este interesante debate doctrinal puede encontrarse en R. Arenas García, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 233 ss.; M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alferez, *Derecho Procesal Civil Internacional: Litigación Internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi/Thomson, 2007, pp. 303–304.

<sup>2</sup> Vid. los diferentes posicionamientos de nuestros tribunales en torno a la *derogatio fori* en J.M. Espinar Vicente y J.I. Paredes Pérez, “Análisis y valoración crítica de la regulación de la sumisión a la jurisdicción española antes y después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 7/2015)”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 199–247, esp. pp. 212 ss.

<sup>3</sup> Se plantea aquí un problema específico por cuanto el Convenio de Lugano de 2007, que podría servir de nuevo escenario competencial, no está suscrito por el Reino Unido, sino por la UE, lo que dejaría también fuera del ámbito convencional al Estado británico, que funcionaría, a estos efectos, como un tercer Estado (cf. R. Arenas García, “Brexit y Derecho Internacional Privado”, *Diario La Ley*, nº 8797, 6 julio 2016, ap. 9; vid. P.A. De Miguel Asensio, “Brexit y litigios internacionales: primeras reflexiones”, *ibid.*, nº 8791, 27 junio 2016). Lo propio habría que decir sobre la posibilidad de aplicar al Reino Unido el Convenio de La Haya de 30 junio 2005 sobre acuerdos de elección de foro, del que también es parte la UE.

proceso, atendiendo al efecto (suspensivo y/o derogatorio) de la sumisión y al control (de oficio y/o a instancia de parte) de la misma.

## II. La *derogatio fori* de la LOPJ y los Reglamentos europeos

### 1. La compatibilidad de la *derogatio fori* con Bruselas I bis

2. El escenario que abre el art. 22.ter de la LOPJ es incierto en su alcance cuando la competencia de los tribunales españoles, que pretende excluirse mediante la sumisión, se basa en un foro previsto en un Reglamento europeo. La literalidad del art. 22.ter solo establece la eficacia de la sumisión cuando nuestros tribunales sean competentes con base en las normas de la LOPJ<sup>4</sup>, lo que parece excluir su aplicación cuando la competencia judicial internacional se fundamente en otras fuentes. La interpretación literal no debe entenderse, sin embargo, como un argumento definitivo: la dicción del art. 22.ter responde a las exigencias derivadas de una regulación de Derecho autónomo que no puede (ni debe) pronunciarse sobre qué hacer cuando resulten aplicables Reglamentos europeos o Convenios internacionales. En estos contextos, debe procederse a la inversa para determinar la solución a la admisibilidad (o no) de la *derogatio fori*: es decir, debe verificarse en los propios textos europeos o convencionales si existe un pronunciamiento sobre la sumisión a tribunales de terceros Estados o si se deja tal cuestión a la regulación de los Estados miembros. Sabido es que el Reglamento Bruselas I bis, a pesar de sus sucesivas reformas y del debate en torno a esta cuestión, sigue sin regular expresamente la *derogatio fori*<sup>5</sup>. Ninguna consecuencia cabe derivar a estos efectos del hecho de que Bruselas I bis contemple la incidencia de procesos en terceros Estados en los arts. 33 y 34, sin pronunciarse sobre la eficacia

<sup>4</sup> En concreto, el art. 22.ter.4 indica que “la competencia establecida *conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo* podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un Tribunal extranjero...”.

<sup>5</sup> *Vid.* F.C. Villata, “Choice-of-court agreements in favor of third States in light of the suggestions by Members of the European Parliament”, F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata, *Recasting Brussels I*, Milán, CEDAM, 2012, pp. 219 ss. Hubo propuestas, sin éxito, del Reino Unido y de Francia en las que pretendieron que Bruselas I bis solucionara expresamente esta cuestión [*vid.* en F.J. Garcimartín Alférez, “Choice of court agreements”, en A. Dickinson y E. Lein (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, 2015, Oxford, OUP, 2015, pp. 277 ss, aps. 9.13 a 9.15]. La propuesta del Reino Unido se basaba en la eficacia de la sumisión a terceros Estados vinculada a un proceso abierto en el extranjero. Las condiciones examinadas dependían entonces de la reconocibilidad de la decisión y de valoración en términos de buena administración de justicia, considerando que este requisito no se cumplía si la sumisión era contraria al orden público [*vid.* el art. 34.ter de la Propuesta británica de 22 marzo 2012, Interinstitutional File: 2010/0383 (COD)]. Por su parte, la propuesta francesa partía de un efecto suspensivo de la sumisión a los tribunales de terceros Estados a menos que el tribunal extranjero hubiera declinado su competencia o dictado una sentencia no reconocible en el Estado del foro [*vid.* el art. 34 de la propuesta francesa Interinstitutional File: 2010/0383 (COD)].

de la sumisión. La ausencia de regulación no significa una inadmisibilidad de la *derogatio fori*; antes al contrario, los antecedentes en la interpretación del Reglamento muestran que este no excluye la eficacia de la sumisión a tribunales de terceros Estados<sup>6</sup>.

3. Ante el silencio del legislador europeo, la opción que pasa por excluir en el ámbito patrimonial toda operatividad de la sumisión a terceros Estados lleva a resultados no deseables para la utilidad del Reglamento en el tráfico comercial internacional. Las carencias de vías específicas de protección y de garantía de esta sumisión son notorias, una vez que instrumentos como el *forum non conveniens* y las *antisuit injunctions* han sido excluidos del ámbito del Reglamento<sup>7</sup>. De ahí la importancia de dejar abierta la puerta a la *derogatio fori*. No se plantea especial problema cuando la sumisión a tribunales de Estados no miembros ha sido contemplada en algún instrumento convencional asumido por la UE. Véanse, en este sentido, el Convenio de La Haya de 2005 sobre elección de foro y el Convenio de Lugano de 2007.

Ahora bien, cuando tal cobertura convencional no exista, no cabe tampoco entender que la aplicación imperativa de las reglas de competencia de Bruselas sea un impedimento para la *derogatio fori*. Dicha imperatividad, enunciada por el TJUE en el asunto *Owusu* para excluir el *forum non conveniens*, no es trasladable como argumento para excluir la *derogatio fori*. Es cierto que ambas vías tienen por objetivo liberar al juez de un Estado miembro de seguir aplicando un foro de competencia del Reglamento. Pero ambas vías procesales difieren tanto en la discrecionalidad de su aplicación (mayor en el primer caso) como en su fundamentación (la proximidad en el primer caso, la autonomía de la voluntad en el segundo).

Y son precisamente estas diferencias las que permiten conciliar la *derogatio fori* con Bruselas I bis, partiendo de unos márgenes de apreciación y un criterio de competencia (el de la autonomía de la voluntad) plenamente asumido en la jerarquía de foros del Reglamento<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> En este sentido, el considerando 24 del Reglamento Bruselas I bis introduce, para valorar el criterio de la buena administración de justicia en el marco de la litispendencia con terceros Estados, la existencia de una competencia exclusiva ante los tribunales de un tercer Estado, lo que ha llevado a algunos autores a extender la misma idea respecto de cláusulas de sumisión a tribunales extranjeros a pesar del silencio del citado considerando sobre este punto [cf. R. Fentiman en U. Magnus y P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law (Vol. I Brussels I bis Regulation)*, Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016, p. 766. S. Leible en T. Rauscher, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht Kommentar (Band I Brüssel Ia-VO)*, 4ª ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016, p. 911].

<sup>7</sup> STJCE 1 marzo 2005, asunto C-281/02: *Owusu*, ECLI:EU:C:2005:120, en relación con el *forum non conveniens*; STJCE 27 abril 2004, asunto C-149/02: *Turner*, ECLI:EU:C:2004:228

<sup>8</sup> Cf. F.J. Garcimartín Alferez, *loc. cit.*, p. 281, ap. 9.14.

Tal ha sido el sentido manifestado por la jurisprudencia del TJUE desde la Sentencia *Coreck*<sup>9</sup>, para entender admisible la *derogatio fori* en el régimen Bruselas; tal ha sido también el presupuesto de las más recientes Sentencias en los asuntos *Anmadde*<sup>10</sup> y *Taser*<sup>11</sup>. En este contexto, no se duda sobre la admisibilidad de la sumisión a terceros Estados, sino sobre el modelo para encajar los posibles efectos de esa sumisión en el Reglamento Bruselas I bis: ya sea dejando en manos de los Derechos nacionales la decisión final (modelo *Coreck*)<sup>12</sup>; o ya sea proyectando la plantilla del art. 25 del Reglamento hacia fuera (modelo del efecto reflejo)<sup>13</sup>. Este último modelo, sostenido también en relación con las “hipotéticas” competencias exclusivas de tribunales de terceros Estados, tiene la ventaja de garantizar una uniformidad de apreciación sobre las normas de competencia del Reglamento, pero presenta serias dificultades para su articulación práctica: por una parte, porque el efecto reflejo implica de hecho una verdadera regulación, si entendemos que “todas” las condiciones de sumisión del Reglamento deben ser respetadas, incluidas las reglas de forma de los acuerdos fijadas en el art. 25; por otra parte, porque en todo caso sería una regulación inacabada y de difícil engarce con los Derechos nacionales<sup>14</sup>. En consecuencia, en el estadio actual de Bruselas I bis, lo razonable sería, siguiendo al TJUE, partir del régimen de la *derogatio* establecido

<sup>9</sup> STJCE 9 noviembre 2000, asunto C-387/98: *Coreck Maritime*, ECLI:EU:C:2000:606.

<sup>10</sup> STJUE 19 julio 2012 (asunto C-154/11: *Ahmed Mahamdia*), ECLI:EU:C:2012:491, que interpreta que, dentro de los acuerdos de sumisión “que permitan al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la presente sección” [art. 23.2) del Reglamento Bruselas I bis, hay que entender incluidos también los acuerdos a favor de tribunales de terceros Estados.

<sup>11</sup> La sumisión tácita a favor de los tribunales de un Estado miembro impediría la aplicación de la *lex fori* para declinar de oficio la competencia basándose en una sumisión expresa a favor de un tribunal de un tercer Estado (STJUE 17 marzo 2016, asunto C-175/75: *Taser*, ECLI:EU:C:2016:176), lo que presupone, en otro caso, la eficacia de esa sumisión a los tribunales de terceros Estados.

<sup>12</sup> En este sentido, la sentencia en el asunto *Coreck Maritime* recogiendo el informe de P. Schlosser al Convenio de Bruselas de 1968, se limitó a establecer que la validez de la sumisión a terceros Estados deberían enjuiciarse conforme a la ley del foro, incluidas sus normas de conflicto de leyes.

<sup>13</sup> Las opciones se dividen, por tanto, entre quienes se decantan por el efecto reflejo, aplicando como espejo, todas las reglas de sumisión del Reglamento, y quienes entienden que la eficacia de la *derogatio fori* debe depender de los Derechos nacionales, al ser una cuestión no regulada por el Reglamento (*vid.* al respecto S. Leible, en T. Rauscher, *op. cit.*, p. 911; U. Magnus en U. Magnus y P. Mankowski, *op. cit.*, pp. 608 ss.; A. Briggs, *Agreements on Jurisdiction and Choice-of-Law*, Oxford, OUP, 2008, p. 295; F.J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, aps. 9.13 ss.; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2016, pp. 86-87; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, p. 383; A. Rodríguez Benot, “Arts. 25 y 26”, en P. Blanco-Morales Limones, F.F. Garau Sobrino, M.L. Lorenzo Guillén, F.J. Montero Muriel (coord.), *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016, pp. 545 ss, esp. p. 556).

<sup>14</sup> En efecto, atribuir eficacia a la sumisión a tribunales extranjeros requiere pronunciarse sobre el efecto suspensivo y/o derogatorio de esa sumisión, las condiciones de su aplicación, el plazo para inhibirse y el modelo de control, de oficio o a instancia de parte, de la competencia judicial internacional.

por los Derechos nacionales<sup>15</sup>, pero respetando las prohibiciones derivadas del Reglamento (competencias exclusivas, foros de protección) para no menoscabar el efecto útil de sus disposiciones.

## 2. *Derogatio fori* y Reglamentos cerrados

4. Un planteamiento parcialmente diferente se ha sostenido para los Reglamentos de “última generación”, que contienen un catálogo cerrado de normas de competencia y desplazan en su integridad los criterios de competencia establecidos en los Derechos nacionales<sup>16</sup>. Se incluyen aquí los Reglamentos sobre alimentos<sup>17</sup>, sobre sucesiones<sup>18</sup>, sobre regímenes económicos matrimoniales<sup>19</sup> y sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas<sup>20</sup>. Ningún pronunciamiento expreso existe en estos Reglamentos en relación con la sumisión a terceros Estados y su carácter cerrado no debe entenderse que excluye la admisibilidad de la *derogatio fori*, aunque sí puede incidir en el cómo debe admitirse.

5. En efecto, el objetivo uniformador de los Reglamentos no es sinónimo de aplicación universal excluyente de procesos en terceros Estados, en una suerte de “imperialismo jurisdiccional europeo”. Ni la fundamentación ni el funcionamiento de estos Reglamentos difieren, en este contexto, del régimen Bruselas I bis. En todos los casos, es la UE, en cuanto tal, la competente para firmar cualquier instrumento convencional que contenga reglas de competencia judicial internacional<sup>21</sup>. En todos los casos, el problema de la *derogatio fori* se suscita cuando resulten aplicables las normas de competencia de los Reglamentos. A tales efectos, es

<sup>15</sup> Vid. en este sentido el Informe de A. Nuyts, “Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States’ Rules concerning the “Residual Jurisdiction” of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)”, de 3 septiembre 2007, donde se reflejan las diferentes posiciones entre los Estados miembros en torno a la eficacia de la sumisión a terceros Estados: en unos casos, solucionando la cuestión a través de su propio Derecho nacional; en otros casos, con la aplicación refleja del Reglamento.

<sup>16</sup> En relación con el Reglamento de alimentos, vid. M. Andrae [en T. Rauscher (Coord.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht Kommentar (EuZPPR/EuIPR)*, Band IV, 4ª ed., München, Sellier, 2015, pp. 548 ss.], que defienden la valoración de esa *derogatio fori* a partir de los Derechos nacionales. Sin embargo, otros autores negaron virtualidad a la *derogatio fori* por el desplazamiento total que hace el Reglamento de los Derechos nacionales [A. Bonomi y P. Wautelet (*Le droit européen des successions : commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2013, p. 203), quienes, sin embargo, matizan su posición al respecto en la segunda edición, admitiendo la posibilidad de un efecto reflejo de la sumisión (*ibíd.*, 2ª ed., 2016, p. 203, nota 9).

<sup>17</sup> Reglamento (CE) n° 4/2009, del Consejo, de 18 diciembre 2008, DO L de 10.1. 2009.

<sup>18</sup> Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, DO L 201 de 27.6.2012.

<sup>19</sup> Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 junio 2016, DO L 183 de 8.7. 2016.

<sup>20</sup> Reglamento (UE) 2016/1104, del Consejo, de 24 junio 2016, *ibíd.*

<sup>21</sup> Recuérdese en este punto el Dictamen del Tribunal de Justicia 1/03, de 7 febrero 2006, en relación con firma del Convenio de Lugano en nombre UE.

lo mismo que se plantee la eficacia de la sumisión a los tribunales de Nueva York en un contrato con un demandado domiciliado en España (art. 4 de Bruselas I bis) o en una demanda de pensión compensatoria de un acreedor residente en España [art. 3.a) del Reglamento 4/2009]; en ambos supuestos se trata de determinar si el tribunal del Estado miembro puede entenderse “liberado” de aplicar un foro de competencia establecido en un Reglamento como consecuencia de la sumisión al tribunal de un Estado no miembro.

La ausencia de vocación universal de los Reglamentos, exclusivo y excluyente frente a tribunales de Estados no miembros, queda patente en las “autolimitaciones” incluidas en estos instrumentos que presuponen procesos (existentes o posibles) ante tribunales de terceros Estados. Así se explica la posible limitación de la competencia de los tribunales del foro en atención a inmuebles situados en terceros Estados (art. 12 del Reglamento de sucesiones) y los límites de procedimientos para modificaciones de decisiones de alimentos en relación con la posible competencia de tribunales de Estados parte del Convenio de La Haya de 2007 (art. 8 del Reglamento de alimentos). También existen precedentes sobre la consideración de la sumisión a tribunales de Estados no miembros pero partes del régimen convencional<sup>22</sup>. Estos Reglamentos europeos imponen un catálogo cerrado de competencias para evitar la disparidad de criterios de competencia en función de la conexión espacial de las partes con Estados miembros, fundamentalmente en función del domicilio o residencia en un Estado miembro<sup>23</sup>, pero no implica un pronunciamiento excluyente de otras jurisdicciones.

6. Cuestión diferente es que el objetivo uniformador de la competencia, auténtica *ratio* de estos Reglamentos, pueda excluir un modelo de *derogatio fori* “a la carta” dependiente de la regulación establecida en los Derechos nacionales. Desde esta perspectiva, podría entenderse más justificada en este tipo de Reglamentos la admisión de la *derogatio fori* sobre la base del efecto reflejo, que permite proyectar la plantilla del Reglamento hacia fuera y evitaría la distorsión de aplicar las soluciones basadas en los Derechos nacionales. Así, por ejemplo, en el ámbito sucesorio, sería conciliable con el Reglamento una sumisión a los tribunales correspondientes a la ley nacional (de un Estado no miembro) elegida por el causante; una vez que la finalidad del Reglamento de coordinación entre competencia

<sup>22</sup> En este sentido, la compatibilidad del Reglamento de alimentos con el Convenio de Lugano de 2007 implica que cede la aplicación del primero cuando exista una sumisión a los tribunales de un Estado parte de Lugano no miembro de la UE, con la excepción de la prohibición de la sumisión sobre alimentos en relación con menores de 18 años que se aplicará en todo caso (art. 4.4º del Reglamento). También puede verse la admisión de la sumisión, como norma de competencia judicial internacional indirecta, en el art. 20.1º.b) del Convenio de La Haya de 2007.

<sup>23</sup> *Vid.* en este sentido el Considerando 15 del Reglamento sobre alimentos, que ratifica la idea de que excluir la remisión a las reglas de competencia nacional cuando el demandado tenga su residencia habitual en un Estado tercero.

judicial internacional y ley aplicable no puede mantenerse, ninguna voluntad existe de garantizar a toda costa la competencia de un tribunal de un Estado miembro<sup>24</sup>. En las demandas de alimentos, cabría admitir la sumisión a tribunales de Estados no miembros en los mismos supuestos que los previstos en el Reglamento, prohibiéndola para alimentos respecto de menores de 18 años. En las demandas sobre regímenes económicos matrimoniales o efectos patrimoniales de las parejas registradas cuando la sumisión se realizara a los tribunales correspondientes a la ley elegida o cuando favorezca la concentración de litigios ante el mismo tribunal<sup>25</sup>. La construcción del efecto reflejo mantendría la uniformidad para identificar los supuestos en los que la sumisión resulte admisible, pero subsistirían los problemas articulación en los Derechos procesales nacionales, que seguirían decidiendo sobre el efecto suspensivo o derogatorio de la sumisión y sobre su control, de oficio o a instancia de parte.

### III. Admisibilidad y validez del acuerdo de sumisión a tribunales extranjeros

#### 1. Tribunal competente para enjuiciar la validez de la sumisión

7. Cuando se trata de hacer valer la eficacia de un acuerdo de sumisión, una cuestión determinante es verificar la validez del mismo lo que, a su vez, requiere primero indicar qué tribunal es el competente para enjuiciar dicha validez (el tribunal español donde el actor ha presentado la demanda o el tribunal elegido en el acuerdo) y, en segundo lugar, la ley que en su caso regirá dicha validez<sup>26</sup>. El art. 22.2º bis LOPJ indica que la competencia establecida por la sumisión se extenderá también a la validez del acuerdo de sumisión, siguiendo el criterio de la competencia sobre la competencia. Ahora bien, la cuestión es si cabe derivar de ahí una interpretación *a sensu contrario* que implique una competencia “exclusiva” de los tribunales extranjeros elegidos y la obligada suspensión del proceso abierto en España<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> En materia de sucesiones se ha admitido la posibilidad de un acuerdo de sumisión con eficacia derogatoria en relación con causantes nacionales de un tercer Estado, pero con residencia habitual en un Estado miembro en el momento del fallecimiento, que hayan elegido su ley nacional como ley rectora de la sucesión; en la medida en que la correlación *forum-ius* que persigue el Reglamento de sucesiones no está asegurada, no habría inconveniente en ese efecto derogatorio (cf. R. Magnus, “Gerichtsstandsvereinbarungen m Erbrecht?”, *IPRax*, 2013, pp. 393 ss, esp. p. 395; A. Deixler-Hübner y M. Schauer, *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO)*, Viena, Manz’sche Verlag, 2015, p. 102).

<sup>25</sup> Vid. art. 7 Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y nº 2016/1104.

<sup>26</sup> Vid. un análisis de las diferentes posiciones en torno a la validez de la cláusula de sumisión en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 385.

<sup>27</sup> Vid. F.J. Garcimartín Alferez, “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, nº 8614, 28 septiembre 2015, pp. 1–7, esp. p. 4, advirtiendo de los riesgos en este caso de una interpretación *a sensu contrario*.

La determinación del tribunal competente para enjuiciar la validez de la sumisión es especialmente relevante cuando, como es el caso en la LOPJ, esta sumisión solo puede tener para el tribunal español un efecto derogatorio, pero no alcanza a fijar el efecto prorrogatorio de la competencia de los tribunales elegidos, lo que genera un riesgo evidente de decisiones inconciliables sobre la valoración de la sumisión<sup>28</sup>.

Adviértase en este sentido que en el ámbito del anterior art. 23.3° del Reglamento Bruselas I<sup>29</sup>, se defendía una competencia “exclusiva” de los tribunales elegidos para controlar su competencia y, dentro de ella, claramente la validez de la cláusula<sup>30</sup>. Algo similar podría defenderse para la *derogatio fori* en el ámbito de la LOPJ. Existen argumentos a favor y en contra de esa competencia exclusiva. A favor de la competencia exclusiva podrían esgrimirse razones procesales (basadas en la propia voluntad de las partes en la medida en que se extienda a “cualquier litigio” que se pudiera plantear entre ellas), como razones materiales (ante la ausencia de reglas comunes de validez de la sumisión en los diferentes Estados, la previsibilidad y seguridad jurídica de las partes estaría mejor asegurada con la aplicación de las reglas de DIPr. del tribunal elegido). En contra de dicha exclusividad cabría considerar que ello podría amparar conductas abusivas del demandado y una carga desproporcionada para la parte perjudicada ante acuerdos manifiestamente nulos o inadmisibles.

8. Lo razonable, en consecuencia, es decantarse por una competencia compartida entre los tribunales españoles (foro derogado) y los tribunales extranjeros

---

<sup>28</sup> El control de validez de la cláusula podría tratarse de manera diferente en función de que la sumisión pueda tener efecto atributivo/derogatorio (art. 25 del Reglamento Bruselas I bis) o solo derogatorio (art. 22 ter.4 LOPJ). En el primer caso, no debería haber problema ni de competencia judicial ni de ley aplicable para apreciar la validez de la cláusula dado que, en muchos aspectos, se han establecido condiciones de aplicación uniformes. Ningún instrumento avala una competencia de los tribunales elegidos que impida al tribunal del foro pronunciarse sobre la validez de la sumisión. Que no existe dicha competencia exclusiva se deriva claramente del art. 25.1 del Reglamento Bruselas I bis cuando establece una regla de Derecho aplicable a la validez de la cláusula que presupone la competencia de otros tribunales para examinarla. A la misma solución se llega en el CH 2005, que habilita al tribunal ante el que se planteó la demanda a pronunciarse sobre el efecto derogatorio de la sumisión, incluyendo la valoración sobre la nulidad del acuerdo.

<sup>29</sup> Recuérdese que tal disposición solo preveía un efecto derogatorio de la sumisión a los tribunales de un Estado miembro cuando ninguna de las partes tenía su domicilio en un Estado parte, de modo que el efecto prorrogatorio atributivo de la competencia dependerá exclusivamente de los tribunales del foro elegido.

<sup>30</sup> Así se deriva del Informe del P. Schlosser al antecedente de este precepto en el Convenio de Bruselas de 1968. A favor de esta competencia de los tribunales elegidos también se pronuncia U. Magnus, en U. Magnus y P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law (Brussels I Regulation)*, Múnich, Sellier, 2007, p. 391.

(foro elegido)<sup>31</sup>. En este sentido, los tribunales españoles deberían poder decidir sobre la nulidad o ineficacia de un acuerdo de sumisión que sea “evidentemente” nulo por no cumplir las condiciones de admisibilidad o de validez que dependen del foro (por ejemplo, vulneración de las competencias exclusivas). Ahora bien, si se planteara una cuestión de validez formal o material relativo al consentimiento emitido o incluso a la interpretación sobre el alcance de la voluntad de las partes sería razonable que tales pronunciamientos dependieran del propio tribunal elegido, dados los riesgos de diferente valoración sobre la sumisión por parte de unos u otros tribunales. Con esta solución se garantizaría, por una parte, la autonomía de la voluntad de las partes y, por otra, se evitarían comportamientos abusivos del demandado en el foro al invocar un pacto notoriamente nulo.

Queda la cuestión de si la respuesta sobre la competencia para enjuiciar la validez del acuerdo de sumisión va a variar en supuestos de litispendencia. En el ámbito Bruselas I bis, si hay dos demandas, se relega la cuestión a una competencia superior de los tribunales designados para controlar su propia competencia, al margen de que la demanda en el foro se hubiera presentado en primer lugar<sup>32</sup>. En todo caso, el tribunal del foro examinará, antes de suspender el proceso, la admisibilidad del acuerdo a la luz de los foros de protección<sup>33</sup>. En el marco de la LOPJ, la suspensión del proceso abierto en España establecida en el art. 22.ter.4 opera al margen de que este proceso sea anterior o posterior a un eventual proceso abierto ante los tribunales elegidos; es más, de hecho, obligará a que se plantee ese segundo proceso ante los tribunales elegidos para que se pronuncien sobre su competencia. En definitiva, la prioridad para la valoración de la validez de la sumisión es la del tribunal elegido, no la prioridad temporal.

El análisis realizado implica que, en realidad, la validez y eficacia de los acuerdos de sumisión están sometidas a un doble control: primero por el tribunal español para valorar el efecto suspensivo y/o derogatorio de la sumisión; segundo por el tribunal elegido para pronunciarse sobre el efecto prorrogatorio de la competencia. Determinada, por tanto, la competencia compartida para enjuiciar la validez (o nulidad evidente) del acuerdo de sumisión, procede identificar qué y cómo

<sup>31</sup> En este sentido, M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alferez (*op. cit.*, pp. 282–283) defienden la competencia exclusiva de los tribunales designados excepto si la nulidad es evidente. P. Mankowski (en T. Rauscher, *op. cit.*, *Band I*, p. 740) también niega la competencia exclusiva para conocer sobre la eficacia de las cláusulas de sumisión, so pena de vaciar de contenido las limitaciones previstas en foros de protección y competencias exclusivas establecidas en el Reglamento.

<sup>32</sup> Cf. R. Fentiman, en U. Magnus y P. Mankowski, *op. cit.*, *Vol. I*, p. 749. Cabe recordar que precisamente ese criterio se estableció en el art. 31.2 de Bruselas I bis para contrarrestar el efecto de la controvertida jurisprudencia *Gasser* (STJUE 9 diciembre 2003, asunto C–116/02, ECLI:EU:C:2003:657) que fomentaba claramente las denominadas acciones torpedo.

<sup>33</sup> Cf. el art. 31.4º Reglamento Bruselas I bis. A ello habría que añadir, aunque este precepto no las cite, que los tribunales del foro tampoco tendrían que otorgar ningún efecto suspensivo a un acuerdo de sumisión que vulnerara las competencias exclusivas de otro Estado miembro.

pueden valorar los tribunales españoles dicha validez, considerando que esta es fragmentable en los siguientes aspectos: la admisibilidad de la sumisión, la extensión subjetiva del acuerdo y cuestiones de capacidad, los aspectos de fondo y forma, y la incidencia de las normas imperativas.

## 2. Admisibilidad de la sumisión

### A) Admisibilidad conforme a los Reglamentos

9. No parece discutible, y así cabe derivarlo también de la jurisprudencia del TJUE, la aplicación de los criterios de admisibilidad a la *derogatio fori* fijados por los Reglamentos europeos, al margen del carácter abierto o cerrado de sus catálogos de competencias. El efecto útil de estos instrumentos obliga a considerar sus prohibiciones de sumisión tanto si es a favor tribunales de Estados miembros como de terceros Estados. De este modo, no resultarán admisibles los acuerdos de sumisión que vulneren competencias exclusivas establecidas en el art. 24 o los límites impuestos a la sumisión en los foros de protección en el Reglamento Bruselas I bis (asunto *Ahmed Mahamdia*)<sup>34</sup>. Asimismo, la sumisión tácita posterior desactivaría la sumisión a tribunales de terceros Estados (asunto *Taser*)<sup>35</sup>.

10. En el caso de los Reglamentos en materia de familia y sucesiones, coexisten aquí dos cuestiones: las prohibiciones concretas de sumisión y los condicionantes para que esta opere cuando está permitida. En este contexto, en relación con los procesos de divorcio, la inoperatividad de la sumisión como regla general en Bruselas II bis (excepto mutuo acuerdo) privaría de la posibilidad de una eventual sumisión contenida en un acuerdo prematrimonial cuando el demandado sea nacional o residente habitual en un Estado miembro (*ex art. 6 del Reglamento*). No podría justificarse la desactivación en la aplicación de las normas de competencia de Bruselas II bis como consecuencia de una sumisión a los tribunales de un tercer Estado: si no se admite para tribunales de Estados miembros tampoco debiera admitirse para tribunales de terceros Estados. Para los litigios sobre responsabilidad parental, podría valorarse la *derogatio fori* vinculada al criterio del *fórum non conveniens* admitido en el art. 15 RB II bis. Así puede ocurrir en un litigio sobre

<sup>34</sup> En el mismo sentido, *vid.* A. Espiniella Menéndez, “Contratos de consumo en el tráfico comercial UE–terceros Estados”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 277–303, pp. 295 ss.

<sup>35</sup> *Vid.* M. Requejo Isidro y F. Koechel, “Elección de foro a favor de un tercer Estado en el sistema Bruselas”, *La Ley Unión Europea*, n.º 39, 29 julio 2016; asimismo *vid.* I. Lorente Martínez, “Cláusula atributiva de competencia en favor de tribunales de terceros Estados y sumisión tácita a favor de tribunales de un Estado miembro: el dilema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, n.º 1, pp. 444–453.

la custodia con traslado del menor a otro Estado al que se someten las partes<sup>36</sup>. También podría justificarse una sumisión a los tribunales de situación de los bienes de un menor, en relación con un litigio relativo a la administración de los mismos; o una sumisión a favor de los tribunales que estén conociendo de un proceso de divorcio, que les permita conocer también sobre la responsabilidad parental y los alimentos. En estos casos, la concentración de la competencia podría valorarse en relación con la “mejor situación” de los tribunales elegidos.

11. En los Reglamentos cerrados, como se ha indicado, la garantía de uniformidad en la aplicación de los foros de competencia pasaría por la admisión de la *derogatio fori* considerando no sólo las prohibiciones concretas establecidas para determinados tipos de litigios (por ejemplo, la sumisión expresa en relación con demandas de alimentos respecto de menores de 18 años)<sup>37</sup> sino también respetando los criterios concretos que permiten la sumisión exigiendo una vinculación adicional entre el tribunal elegido y la relación litigiosa<sup>38</sup>. En estos casos, habría que entender que el margen que se deja a la autonomía de la voluntad *ad extra* estará condicionado por las posibilidades de elección permitidas por los Reglamentos<sup>39</sup>.

#### B) Admisibilidad conforme al Derecho nacional

12. Junto a las condiciones de admisibilidad derivadas de los Reglamentos europeos, también deben verificarse cuáles son las limitaciones impuestas por nuestro propio Derecho para aquellos supuestos en los que resulten aplicables las normas de competencia judicial internacional autónomas, ya sea por razones espaciales (demandados domiciliados en terceros Estados en el ámbito de Bruselas I bis, con las salvedades del art. 6) o ya sea por razones materiales (litigios sobre capacidad o filiación o, hasta la entrada en vigor de los respectivos Reglamentos, procesos sobre regímenes económico matrimoniales o parejas de hecho registradas).

---

<sup>36</sup> *Vid.* el supuesto resuelto por la SAP Barcelona 1 abril 2003 (AC 2003\112); se solicita la guarda y custodia de una hija no matrimonial, siendo el demandante español, y residente en España, y la demandada ecuatoriana que traslada a su hija a Ecuador; aunque hay un (aparente) de traslado ilícito, también hay una (aparente) sumisión del padre ante los tribunales ecuatorianos (basada en la demanda de restitución presentada ante tribunales de Ecuador), entendiéndose el tribunal español que, aunque la residencia del hijo estaba en España en momento de la demanda, toda la conexión actual del litigio se encuentra en Ecuador y, por tanto, se justifica la incompetencia de nuestros tribunales.

<sup>37</sup> Recordemos que el art. 4.4º Reglamento de alimentos extiende dicha prohibición a la sumisión a tribunales parte del Convenio de Lugano.

<sup>38</sup> *Vid.*, en este sentido, las limitaciones a la autonomía de la voluntad del art. 4 del Reglamento de alimentos; art. 7 del Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales; y art. 7 del Reglamento sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas.

<sup>39</sup> M. Andrae (en T. Rauscher, *op. cit.*, *Band IV*, p. 549–550) así lo indica: según su concepción del efecto reflejo del Reglamento de alimentos, habrá que partir de este instrumento para determinar las condiciones de admisibilidad, sus condiciones y el efecto derogatorio.

El art. 22 ter LOPJ contiene en este punto una doble regla sobre la admisibilidad de la sumisión. Por una parte, el art. 22.ter.4 fija la regla positiva de que “la competencia establecida conforme al apartado 1 de este artículo podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un Tribunal extranjero”, lo que significa que podrá excluirse la competencia basada en el foro del domicilio del demandado o en los foros especiales de los arts. 22 quater y 22 quinquies. Por otra parte, el art. 22 ter.5 fija la regla negativa de que “no tendrá efecto la exclusión de la competencia de los tribunales españoles en aquellas materias en las que no cabe sumisión a ellos”; esta última regla deberá ser completada a su vez con el art. 22 bis LOPJ que establece que no caben acuerdos de sumisión “si son contrarios a lo establecido en el art. 22 quater, 22 quinquies, 22 sexies y 22 septies”. Dejando fuera la materia concursal, objeto de su propia regulación sectorial, procede determinar los límites a la sumisión (*ad intra* y, por tanto, *ad extra*) derivados de las competencias exclusivas, de los foros de protección, de los litigios en materia de persona y familia y de las medidas cautelares.

13. Es obvia la exclusión de la sumisión en los litigios afectados por las competencias exclusivas; así lo establece expresamente el art. 22.bis.1 LOPJ, lo que, en todo caso, ya cabía derivar del art. 24 de Bruselas I bis.

14. Deben incluirse asimismo las limitaciones derivadas de los foros de protección. En la medida en que la relación quede incluida dentro del ámbito material de los foros de protección de Bruselas I bis, serán las prohibiciones previstas en este Reglamento las que operen directamente incluso respecto de acuerdos a tribunales de terceros Estados, en los términos ya vistos. Ahora bien, el concepto de consumidores puede entenderse más amplio en la LOPJ, dado que ningún condicionante se establece en función de su carácter pasivo como en Bruselas. Esto supondría que pueden identificarse casos de foros de protección que entrarían como tales solo en la LOPJ<sup>40</sup>, lo que obligaría a aplicar los límites a la sumisión previstos en ella. En estos casos, la *derogatio fori* solo operaría a favor de los tribunales del domicilio o residencia habitual común o si el consumidor hubiera sido demandante ante el tribunal del tercer Estado elegido por las partes<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Vid. al respecto A. Espiniella Menéndez, *La protección de los consumidores*, Madrid, Rasche, 2015, pp. 129–130.

<sup>41</sup> Ese es el resultado al que lleva la proyección hacia fuera de la admisibilidad de la sumisión en consumidores en la LOPJ, que admite los acuerdos posteriores al nacimiento del litigio (irrelevantes a nuestros efectos), o en supuestos en que ambos contratantes tengan su domicilio en España en el domicilio en el momento de la celebración del contrato o el demandante sea el consumidor. Adviértase en todo caso del error de la LOPJ en este punto (J.M. Espinar Vicente y J.I. Paredes Pérez, *loc. cit.*, p. 234): en caso de acuerdo de elección de los Tribunales españoles después de surgir la controversia, el art. 22 *quinquies* exige además que el demandante sea la parte débil, lo que no se concilia ni con el art. 19 del Reglamento Bruselas I bis (que la LOPJ pretende reproducir) ni con la comparativa con el art. 22 bis 1.párr. 2, donde

15. Respecto a los litigios sobre persona y familia, el debate está en la disponibilidad del objeto del proceso. Existe, en este caso, un amplio espectro de tipo de litigios que va desde casos de restricción absoluta de la autonomía de la voluntad (como los relativos a la ausencia, capacidad o filiación), pasando por litigios en los que se permite una autonomía de la voluntad relativa o “controlada” (divorcios, responsabilidad parental o alimentos), hasta llegar a procesos con amplio margen de libertad (relaciones económicas entre los cónyuges o pensiones compensatorias). La literalidad de los arts. 22 bis y 22 quinquies LOPJ permite justificar tanto la admisión como el rechazo de la sumisión en este ámbito y, lo que es peor, cualquiera de estas dos conclusiones, formuladas radicalmente, estarían equivocadas<sup>42</sup>. El condicionante sobre el carácter inquisitivo de los procesos sobre persona y familia debe examinarse con cautela. Por una parte, no hay correlación automática entre la autonomía material (posibilidad de llegar a acuerdos sobre el fondo) y la autonomía procesal (posibilidad de elegir un tribunal). A modo de ejemplo, el divorcio por mutuo acuerdo, de carácter claramente dispositivo, no permite la sumisión a tribunales, ni siquiera elección de notario cuando se trate de un divorcio notarial<sup>43</sup>. Por otra parte, el riesgo de *forum shopping* no conlleva necesariamente la prohibición absoluta de sumisión, que podrían evitarse, para supuestos aun no armonizados conflictualmente, utilizando vías alternativas, como los expedientes de abuso de derecho o fraude procesal o exigiendo un mínimo de proximidad con el tribunal elegido. Ello puede dejar un margen para la autonomía de la voluntad en los litigios de familia, que permite la concentración

---

claramente se observa la alternitud entre los casos de sumisión posterior o supuestos en los que la parte débil sea el demandante.

<sup>42</sup> Vid. J.M. Espinar Vicente, “Los riesgos de la incorrecta adaptación de las normas de la Unión Europea. La sumisión de las partes a la jurisdicción española tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015”, *La Ley: Unión Europea*, nº 31, noviembre de 2015, pp. 1–6, esp. pp. 3–4. El art. 22.bis.1 LOPJ comienza diciendo: “En aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos...”. Es decir, la regla sería “todo lo que no está permitido, está prohibido”. El inciso siguiente del precepto lleva a la conclusión contraria: “No surtirán efectos los acuerdos que atribuyan la competencia a los Tribunales españoles ni las estipulaciones similares incluidas en un contrato si son contrarios a lo establecido en los arts. 22. quater, 22. quinquies, 22. sexies y 22. septies, o si excluyen la competencia de los órganos judiciales españoles exclusivamente competentes conforme lo establecido en el art. 22, en cuyo caso se estará a lo establecido en dichos preceptos.”. Una redacción de este tipo solo tendría sentido si partimos, como regla general, de la sumisión salvo limitación o prohibición.

<sup>43</sup> En relación con el divorcio por mutuo acuerdo previsto en el art. 777 LEC, el art. 769.2º LEC (en relación con el ap. 4) establece una competencia inderogable por las partes en el último domicilio común o en el domicilio de cualquiera de ellos. Lo mismo ocurriría con los divorcios por mutuo acuerdo notariales, que tampoco se benefician de la autonomía de la voluntad como criterio de competencia, dado que el art. 54.1º Ley del Notariado establece que los cónyuges “Deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes” (precepto introducido por D.F.11ª la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

de los litigios vinculados (divorcio, custodia, alimentos) ante un mismo tribunal y, en consecuencia, facilita alcanzar acuerdos globales en estos procesos, aspecto clave para protección del interés del menor y la economía procesal. Es asimismo un instrumento idóneo para garantizar la coordinación entre la ley aplicable y el tribunal competente, lo que resulta especialmente necesario para asegurar la seguridad jurídica, por ejemplo, en el ámbito de los pactos o capitulaciones matrimoniales.

16. Finalmente, debe indicarse el alcance de la *derogatio fori* para excluir la competencia de los tribunales españoles para adoptar medidas cautelares<sup>44</sup>. Cuando es el tribunal competente sobre el fondo el que va a adoptar la medida cautelar, la exclusión de la competencia de este tribunal por la sumisión puede abarcar, si así se deriva del alcance del acuerdo, también la exclusión para adoptar medidas cautelares. El planteamiento entendemos que no tendría por qué ser diferente cuando se suscita la exclusión del foro “alternativo” del art. 22 sexies LOPJ, basado en la urgencia y el carácter territorial de las medidas, si así ha sido la voluntad de las partes en el acuerdo de sumisión<sup>45</sup>. No se entiende, en este sentido, la limitación que parece introducir el art. 22 ter, dejando fuera de la posibilidad de sumisión a tribunales extranjeros al foro del art. 22 sexies, dado que no existe ninguna base normativa que convierta en inderogable por acuerdo dicho criterio de competencia.

### 3. Criterios de validez del acuerdo y ley aplicable

17. Verificada la admisibilidad de la sumisión conforme a los límites marcados por el Derecho europeo y el Derecho nacional, los tribunales españoles deberían presumir válida la sumisión para que sean los tribunales designados los que se pronuncien con carácter definitivo sobre la validez<sup>46</sup>. Ello supone que puede entenderse válido un acuerdo que finalmente será declarado nulo por los tribunales

<sup>44</sup> El AAP Santa Cruz Tenerife 3ª nº 189/2004 de 29 octubre (, JUR 2004\302218) no admite incidencia de la *derogatio fori* sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares ex art. 22.5 LOPJ (en la versión anterior a la reforma).

<sup>45</sup> En este sentido, en relación con el art. 24 del Convenio de Bruselas (actual art. 35 del Reglamento Bruselas I bis), F.J. Garcimartín Alferez, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 119–120; M. Virgós Soriano y J.F. Garcimartín Alferez, *op. cit.*, p. 293. *Vid.* que, sin embargo, el art. 7 del CH de 2005, de elección de foro, deja fuera de su ámbito de aplicación las medidas provisionales y cautelares.

<sup>46</sup> Esta presunción de validez es perceptible en el art. 25 de Bruselas I bis; *vid.* en P. Mankowski en T. Rauscher, *op. cit.*, *Band I*, p. 721; esa presunción también se derivaría del art. II.3 del Convenio Nueva York de 1958, sobre arbitraje comercial internacional. En la práctica española, *vid.* el AAP A Coruña 4ª 13 diciembre 2005 (JUR\2006\13046), que parte de la eficacia derogatoria de la cláusula de sumisión a los tribunales argentinos en la medida en que no se cuestiona ni la validez ni la eficacia de la misma.

elegidos, pero como esta sumisión solo tiene, inicialmente, efectos suspensivos sobre el proceso abierto en España<sup>47</sup>, no se producirán conflictos negativos de competencia ni riesgos de vulnerar la tutela judicial efectiva.

Presupuesto ineludible es, evidentemente, que el pacto exista y que sea introducido por alguna de las partes en el proceso, consecuencia directa del carácter dispositivo del proceso, sin que el juez pueda indagar de oficio si dicho acuerdo existe o no<sup>48</sup>. Debe quedar acreditado un consentimiento claro y preciso a la sumisión. En la práctica, tal acreditación se ha limitado en ocasiones a una mera constatación de hecho de la presencia de dicha cláusula<sup>49</sup>, mientras que en otros casos, se ha valorado el cumplimiento de las condiciones de forma del acuerdo establecidas en el art. 25 del Reglamento Bruselas I bis (reproducidas en el art. 22 bis.2 LOPJ), entendidas como mínimos aplicables al margen de que la sumisión se realice a favor de los tribunales de un Estado parte o de un tercer Estado<sup>50</sup>. Ahora bien, no parece justificada la exigencia de cumplir estrictamente las condiciones de forma establecidas en el Reglamento (entendidas como condiciones de validez *ad solemnitatem*) sino solo como elementos destinados a facilitar la prueba de la existencia de la cláusula<sup>51</sup>: precisión y claridad en el acuerdo que deje constancia de su aceptación y también de que hayan sido designados unos tribunales

<sup>47</sup> *Vid. infra* ap. 24 sobre ese efecto suspensivo.

<sup>48</sup> Cf. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, en U. Magnus y P. Mankowski, *op. cit.*, Vol. I, p. 668.

<sup>49</sup> Es la tesis fáctica a la que se refieren A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 385. En este sentido, flexible se muestra el AAP Madrid 12<sup>a</sup> 18 enero 2010 (JUR 2010\106140), que no aplica los criterios del art. 17 de Bruselas, sino que se limita a indagar sobre la voluntad de las partes manifestada de manera clara y precisa. De manera semejante, el AAP Madrid 28<sup>a</sup> 4 febrero de 2011 (JUR 2011\161665) parte de la verificación material de la cláusula de sumisión, apareciendo en un conocimiento de embarque “una cláusula contundente que contiene un pacto expreso e irrevocable de sumisión expresa, clara y precisa a favor del Tribunal del Distrito de Tokio en Japón”. La mera constatación de la existencia de acuerdo, entre la documentación aportada, sirve para apreciar su existencia, sin comprobación de más requisitos formales: AAP Santa Cruz de Tenerife 3<sup>a</sup> 29 octubre 2004 (JUR 2004\302218).

<sup>50</sup> En este sentido, el AAP Sevilla 4 julio 2014 (JUR 2014\264770) parte de una aplicación de los criterios del art. 17 Bruselas como elementos asumidos de carácter general para determinar la existencia de un consentimiento claro y preciso (es decir, como funcionamiento *ad probationem*). En el mismo sentido, el AAP Barcelona 15<sup>a</sup> 17 febrero de 2011 (JUR 2011\203050) se pronuncia sobre la aplicación general del art. 17 de Bruselas para acreditar ese consentimiento también en relación con la firma de la cláusula por parte del destinatario de la mercancía en un conocimiento de embarque en sumisión a terceros Estados, considerando que no tiene sentido que se utilicen unos criterios diferentes en función de que el Estado a cuyos tribunales se han sometido las partes sea o no miembro de la UE, con parámetros de validez o eficacia más restrictivos o rigurosos en este último supuesto.

<sup>51</sup> Cf. A. Briggs, *op. cit.*, pp. 294–295. En el mismo sentido, en relación con el art. 23.3<sup>o</sup> del Reglamento Bruselas I (sumisión a los tribunales de un Estado miembro solo con efecto derogatorio), se entendía que no eran exigibles los requisitos formales del art. 23 a los efectos de dar validez formal a la sumisión considerando que esto dependía del Derecho del Estado cuyos tribunales fueran elegidos (U. Magnus, en U. Magnus y P. Mankowski, *Brussels I...*, *op. cit.*, p. 391; P. Mankowski en T. Rauscher, *Brussels I...*, *op. cit.*, p. 539).

determinados. La amplitud y flexibilidad en la apreciación de esta existencia de sumisión es perceptible en la práctica, en la que atendiendo a la valoración económica global de diversos contratos, se ha llegado a considerar eficaz la sumisión a un tribunal extranjero incluso cuando solo está contenida en uno de los contratos litigiosos suscritos por las partes, pero no en el otro<sup>52</sup>.

Un problema singular se ha planteado en torno a la aplicación de las reglas de incorporación de las cláusulas de sumisión, tipo art. 54.2º LEC, a los acuerdos de sumisión a tribunales extranjeros<sup>53</sup>. Dichas reglas son particularmente importantes en el ámbito de los contratos de adhesión que vinculan no solo a consumidores sino también a profesionales, tal y como ocurre en los contratos de agencia o en el ámbito de la contratación marítima internacional. La práctica viene estableciendo que tales reglas de incorporación solo resultan operativas para el ámbito de la sumisión en el ámbito de la competencia territorial interna, pero no para la sumisión internacional<sup>54</sup>. Esta conclusión es clara en el ámbito de Bruselas I bis cuando existe sumisión a favor de los tribunales de un Estado miembro, en la medida en que la aplicación e interpretación del art. 54.2º LEC podría colisionar con el art. 25 del Reglamento, de modo que las exigencias allí establecidas supondrían ya la acreditación de las condiciones mínimas sobre la realidad del consentimiento<sup>55</sup>. Este mismo resultado debería extenderse a la sumisión a tribunales de terceros Estados, siguiendo nuestra jurisprudencia en la materia y la necesaria adecuación de la sumisión a los usos y hábitos del comercio internacional.

<sup>52</sup> La SAP Castellón 1ª 26 mayo 1997 (AC\1997\1343) aplicó en este caso la doctrina del interés prevalente, de modo que se admite la fuerza atractiva del contrato en el que se aceptó, mediante la firma de la entidad remitente de las mercancías la competencia de los Tribunales de la principal sede de la transportista, incluyendo a otro contrato vinculado, aunque en él se hubiera hecho constar tal cláusula.

<sup>53</sup> El art. 54.2º LEC establece que “No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios”.

<sup>54</sup> Alude a ello la STS 1ª 31 mayo 2012, RJ 2012\6551; el AAP Barcelona 15ª 17 febrero 2011 (JUR 2011\203050), claramente niega la aplicación del art. 54.2º LEC que queda reservada para la sumisión en el ámbito de la competencia judicial interna: *vid.* también la SAP Tenerife 10 septiembre 2001, AC 2002\356. En relación con el art. 25 Bruselas I bis, P. Mankowski (en T. Rauscher, *op. cit.*, *Band I*, p. 730) es claramente contrario a esa aplicación de los controles de condiciones. *Vid.*, no obstante, otra posición en el Auto del Juzgado de 1ª Instancia de Moncada de 10 mayo 2017, Cendoj ECLI: ES:JPII:2017:4ª, que aplicó la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y entendió abusiva una cláusula de sumisión a los tribunales de Estados impuesta a la demandante por la parte “predominante” en esa relación.

<sup>55</sup> *Vid.* P. Jiménez Blanco, “Alcance de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de agencia”, *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 129–150, p. 147 ss.). *Vid.* en este sentido, la reciente STJUE 7 julio 2016 (asunto C-222/15: *Hörszig*, ECLI:EU:C:2016:525) que comprueba que la cláusula atributiva de competencia, contenida en unas condiciones generales de la contratación, sea válida desde la perspectiva únicamente del Reglamento Bruselas I bis. *Vid.*, sin embargo, otra posición en U. Magnus, en U. Magnus y P. Mankowski, *op. cit.*, vol. I, pp. 623–624, en relación con el alcance de la STJCE 27 junio 2000, asuntos 240/98 a 244/98: *Océano Grupo Editorial*, ECLI:EU:C:2000:346.

18. Elemento importante vinculado a la existencia de la cláusula (y que, por tanto, debe ser valorable por el tribunal español antes mismo de darle el efecto suspensivo del art. 22.ter.4 es la determinación del alcance subjetivo de la misma, lo que a su vez requiere valorar la capacidad de las partes y oponibilidad de la cláusula frente a terceros.

La cuestión de la capacidad de las partes no ha sido objeto de unificación conflictual en ningún instrumento y, al menos inicialmente, debe entenderse sometida a las reglas de DIPr. del foro (Derecho español) dado que siendo nula la sumisión por falta de capacidad de las partes ninguna consecuencia debería derivarse del acuerdo ni en su vertiente prorrogatoria, ni en su vertiente derogatoria. En esta clave, el art. 6 del CH 2005 somete la cuestión de la capacidad al foro, donde expresamente se indica que se renunció, por ambiciosa, a la formulación de una norma de conflicto uniforme sobre la capacidad de la sumisión<sup>56</sup>. No obstante, ello conlleva realmente una aplicación cumulativa sobre las reglas de capacidad: primero, la aplicación de las reglas de DIPr. del foro en materia de capacidad deberá valorarse para el efecto suspensivo de la cláusula de sumisión; segundo, aunque se considerara válida a estos efectos y se le dotara de efectos suspensivos, serían los tribunales elegidos los que valoraran finalmente si la cláusula es válida en cuanto a su efecto prorrogatorio.

La valoración de la oponibilidad de la cláusula frente a terceros, como cuestión procesal, también corresponderá a los tribunales españoles a la hora de determinar el efecto suspensivo y/o derogatorio del acuerdo. Será el Derecho español (a título de *lex fori*) el que fije la extensión subjetiva posible de los acuerdos de sumisión y su transmisibilidad. De este modo, el tribunal español decidirá en qué medida no puede invocarse el pacto frente a un tercero (*v.gr.*, un adquirente de un bien frente al fabricante) y aquellos en los que sí es posible esta invocación, *v.gr.*, en caso de subrogación<sup>57</sup>. Es este un aspecto importante en la práctica comercial internacional, en relación con la posición de las aseguradoras de las mercancías que reclamen al transportista<sup>58</sup>. En estos supuestos, la *lex fori* española determinará las

---

<sup>56</sup> Cf. T. Hartley y M. Dogauchi, *Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention*, <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3959>, p. 50, ap. 150, destacando cómo el art. II.3 del Convenio de Nueva York no resuelve expresamente ese problema. En el ámbito Bruselas, también se ha entendido que la capacidad queda fuera del art. 25 (U. Magnus, en U. Magnus y P. Mankowski, *op. cit.*, vol. I, p. 633).

<sup>57</sup> Así se ha declarado la inoponibilidad de la cláusula de sumisión que conste en un contrato entre el fabricante y el adquirente de un bien frente a un tercero subadquirente cuando este quiera demandar al fabricante, al menos que conste expresamente su consentimiento a la cláusula (STJUE 7 febrero 2013, asunto C-543/10: *Refcomp*, ECLI:EU:C:2013:62).

<sup>58</sup> En la contratación de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque, es muy frecuente la subrogación de las aseguradoras de las mercancías en la posición del adquirente para dirigir su

posibilidades de transmisión por subrogación de la cláusula de sumisión y será la ley rectora de la relación jurídica correspondiente (*v.gr.*, ley del contrato de seguro) la que determine si esa subrogación efectivamente se ha producido o no en el caso concreto<sup>59</sup>.

19. Queda finalmente por verificar conforme a qué Derecho habría que determinar los requisitos de validez material de la cláusula, en esencia, los relativos a la emisión del consentimiento. En este contexto, la invocación del acuerdo de sumisión por parte del demandado en el proceso abierto en España podría ser contrarrestado por parte del demandante alegando la nulidad del mismo por vicios en el consentimiento. Tal cuestión debería ser valorada conforme al DIPr. de los tribunales elegidos para evitar una diferente solución entre el tribunal del foro y el designado por las partes<sup>60</sup>. Ahora bien, esta remisión integral al DIPr de los tribunales elegidos tiene difícil encaje en nuestro régimen de Derecho aplicable y no evita el riesgo de divergencias en cuanto a la valoración del acuerdo de sumisión; además, supondría vaciar de contenido la suspensión a la que obliga el art. 22.ter.4 LOPJ a la espera de la decisión del tribunal extranjero sobre su propia competencia. Por ello, en este ámbito los tribunales españoles deberían presumir (salvo manifiesta nulidad) válida la sumisión y deberían ser los tribunales elegidos los que se pronuncien sobre tal extremo.

#### 4. El impacto de las normas imperativas sobre el acuerdo de sumisión

20. Un último aspecto a valorar en la validez de la sumisión a tribunales de terceros Estados tiene que ver con el impacto de las normas imperativas sobre estos acuerdos. Es evidente, que detrás de determinadas cláusulas de sumisión, particularmente en el ámbito de la contratación internacional, puede estar una intención de eludir este tipo de reglas imperativas, utilizando la sumisión como instrumento de *fórum shopping*. La cuestión puede plantearse en una doble vertiente: la incidencia de las normas imperativas cuando la relación jurídica litigiosa está vinculada únicamente con el Derecho español y la incidencia de las normas de

---

reclamación frente al porteador y, en consecuencia, la oponibilidad de la sumisión incluida en el conocimiento: AAP Madrid 28<sup>a</sup> 4 febrero de 2011 (JUR 2011\161665); SAP Castellón 1<sup>a</sup> 26 mayo de 1997 (*loc. cit.*).

<sup>59</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, *El contrato internacional a favor de tercero*, Santiago de Compostela, Univ. Santiago, 2002, pp. 143 ss. En el ámbito Bruselas, es doctrina consolidada en las STJCE 19 junio 1984, asunto 71/83: *Tilly Russ*, ECLI:EU:C:1984:217; de 19 marzo 1997, asunto 159/97: *Transporti Castelletti*, ECLI:EU:C:1999:142, y asunto *Coreck Maritime*.

<sup>60</sup> Esta es la solución de los arts. 5 y 6 CH 2005 y así se deriva del Informe de T. Hartley y M. Dogauchi (*loc. cit.*, 50); en el mismo sentido U. Magnus (en U. Magnus y P. Mankowski, *op. cit.*, Vol. I, p. 629) en relación con el Considerando 20 del Reglamento Bruselas I bis; *vid.* también P. Mankowski, en T. Rauscher, *op. cit.*, *Band I*, pp. 718–719; A. Rodríguez Benot en P. Blanco–Morales Limones, F.F. Garau Sobrino, M.L. Lorenzo Guillén, F.J. Montero Muriel (Coord.), *op. cit.*, p. 561.

policía (nacionales o europeas) cuando la relación jurídica está vinculada con los Estados miembros. El interrogante común en ambos casos es si es posible utilizar la sumisión a tribunales extranjeros para “escapar” del marco imperativo “natural” en el que se ubica la relación jurídica litigiosa.

En dos ámbitos, al menos, se ha planteado esta problemática. El primero es el de los contratos de agencia, con un marco normativo regido por la Directiva 86/653/CEE sobre agencia y la Ley 20/1992 de contrato de agencia, cuya D.A. 1ª establece la obligación de litigar ante los tribunales del domicilio del agente. Dicha disposición no limita la sumisión a los tribunales de un Estado parte de Bruselas I bis<sup>61</sup>. Ahora queda por determinar el alcance prohibitivo de la sumisión cuando es hacia terceros Estados, con la finalidad de garantizar la competencia de un tribunal comunitario para aplicar las normas imperativas protectoras derivadas de la Directiva. La doctrina y la jurisprudencia, nacional<sup>62</sup> y comparada<sup>63</sup>, se han mostrado vacilantes en este punto.

La normativa sobre el Derecho de la competencia es el segundo ámbito donde se evidencia el problema de la incidencia de las normas imperativas, en particular, en relación con las acciones privadas indemnizatorias derivadas a la infracción de

---

<sup>61</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, “Alcance de las cláusulas...”, *loc. cit.*, pp. 131 ss. Vid, esta problemática en torno a la STJCE 9 noviembre 2000, asunto C-381/98: *Ingmar*, ECLI:EU:C:2000:605. En contra de la sumisión en contratos de agencia, *vid.* SAP Valencia 9ª 4 mayo 1999, *Aranzadi Civil*, 1999, nº 5520. A favor de la sumisión se mostró, entre otras, la SAP Santa Cruz de Tenerife 1ª 10 septiembre 2001 *Actualidad Civil*, 2002, nº 8, @59; AAP Barcelona 17ª 28 mayo 2009 (JUR 2009\421063); a SAP Alicante de 15 mayo 2013 (JUR 2013\266846) admite la sumisión a tribunales italianos aunque en el caso queda desplazada por una sumisión tácita posterior del demandado. El problema también se ha manifestado en las relaciones entre la D.A. 1º de la Ley de contrato de agencia y la sumisión a arbitraje: *vid.*, *v.gr.*, el AAP Barcelona 17ª 28 mayo 2009 (JUR 2009\421063) considerando que la presencia de normas imperativas no afecta al convenio arbitral.

<sup>62</sup> Vid, esta problemática en torno a la STJCE 9 noviembre 2000, asunto C-381/98: *Ingmar*, ECLI:EU:C:2000:605. En contra de la sumisión en contratos de agencia, *vid.* SAP Valencia 9ª 4 mayo 1999, *Aranzadi Civil*, 1999, nº 5520. A favor de la sumisión se mostró, entre otras, la SAP Santa Cruz de Tenerife 1ª 10 septiembre 2001 *Actualidad Civil*, 2002, nº 8, @59; AAP Barcelona 17ª 28 mayo 2009 (JUR 2009\421063); a SAP Alicante 15 mayo 2013 (JUR 2013\266846) admite la sumisión a tribunales italianos aunque en el caso queda desplazada por una sumisión tácita posterior del demandado. El problema también se ha manifestado en las relaciones entre la D.A. 1º de la Ley de contrato de agencia y la sumisión a arbitraje: *vid.*, *v.gr.*, AAP Barcelona 17ª 28 mayo 2009 (JUR 2009\421063) considerando que la presencia de normas imperativas no afecta al convenio arbitral.

<sup>63</sup> Existen diferentes posiciones en la materia en la doctrina y práctica comparadas. En Alemania, ignorando la cláusula de sumisión si existe el riesgo de que los tribunales elegidos no apliquen las normas imperativas alemanas de transposición de la Directiva de agencia, *vid.* Sent. OLG Múnich 17 mayo 2006, *IPRAX*, 2007, pp. 322 ss. y G. Rühl, “Die Wirksamkeit von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im Lichte der Ingmar-Entscheidung des EuGH”, *ibid.*, pp. 294 ss. En Francia, admitiendo la sumisión a pesar de las normas imperativas, *vid.* Sent. *Cour de Cassation* de 22 octubre 2008, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2009, pp. 69 ss; H. Gaudemet-Tallon, “La clause attributive de juridiction, un moyen d’échapper aux lois de pólíce”, en K. Boele-Woelki, *Convergence and Divergence in Private International Law*, La Haya, Schulthess, 2010, pp. 707 ss.

dicha normativa. Aquí el objetivo es garantizar el efecto útil del Derecho de la competencia UE (arts. 101–102 TFUE) y determinar si dicho efecto útil es inconciliable con la sumisión a tribunales de terceros Estados<sup>64</sup>.

21. Desde la perspectiva de la ley aplicable, la cuestión se resuelve con los arts. 3.3º y 3.4º de Roma I, que limita la “huida” del marco imperativo estatal o europeo, respectivamente<sup>65</sup>. En el ámbito de la competencia judicial internacional, este problema ha sido abordado en el CH 2005 sobre elección de foro donde se excluye la eficacia de la sumisión a tribunales extranjeros si dar efecto al acuerdo conduciría a una manifiesta injusticia o sería manifiestamente contrario al orden público del Estado del tribunal donde se planteó la demanda [art. 6.c)], interpretado de manera restrictiva referido a normas de orden público internacional, que incorporen principios fundamentales del Estado<sup>66</sup>. Adicionalmente, el Convenio parte de la internacionalidad de la relación como presupuesto de eficacia de los acuerdos de sumisión<sup>67</sup>. No hay preceptos paralelos ni en Bruselas I bis, ni en la LOPJ, que se limita a decir que “no tendrá efecto la exclusión de la competencia de los tribunales españoles en aquellas materias en las que no cabe sumisión a ellos” (art. 22 ter.5 LOPJ). Queda la duda de cómo interpretar este silencio: si realmente existe una laguna de regulación que debe colmarse o sencillamente significa que tales normas imperativas no deben ser consideradas a los efectos de la *derogatio fori*.

Debe distinguirse en este punto entre materias disponibles y la incidencia que puedan tener normas imperativas sobre un sector. Lo determinante es que el objeto de la controversia sea disponible para las partes al margen de que esté disciplinado por normas imperativas<sup>68</sup>. Existen motivos suficientes para entender que la eventual incidencia de normas imperativas no puede ser un límite a la *derogatio fori* si

---

<sup>64</sup> Vid. en ese sentido Ch. Heinze, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción y la ejecución efectiva del derecho de la competencia de la UE. Algunas precisiones sobre el alcance de los acuerdos de jurisdicción tras la Sentencia del TJUE CDC”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 79–101, esp. pp. 96 ss. La STJUE 21 mayo 2015, asunto C–352/13: *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, ha entendido admisibles los acuerdos de sumisión en el marco de las acciones indemnizatorias derivadas de la infracción del Derecho de la competencia comunitario siempre que estas resulten oponibles a las partes y así se derive del alcance del acuerdo, aunque el TJUE no se manifestó expresamente en relación con la sumisión a tribunales de terceros Estados. Sobre este aspecto, si se pronunció el Abogado General N. Jääskinen en sus Conclusiones (ap. 124), mostrándose contrario a la *derogatio fori* en estos casos si ello menoscaba el efecto útil del art. 101 TFUE.

<sup>65</sup> En términos similares, *vid.* los aps. 2 y 3 del art. 14 del Reglamento Roma II.

<sup>66</sup> *Vid.* esta interpretación restrictiva en el Informe Explicativo del Convenio de T. Hartley y M. Dogau-chi, ap. 153 (*vid.* en [www.hcch.net](http://www.hcch.net)).

<sup>67</sup> En concreto el art. 1.2 establece: “A los efectos del Capítulo II, una situación es internacional salvo que las partes sean residentes en el mismo Estado contratante y la relación entre éstas y todos los demás elementos relevantes del litigio, cualquiera que sea el lugar del tribunal elegido, estén conectados únicamente con ese Estado”.

<sup>68</sup> *Cf.* M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 322, en relación con la arbitrabilidad de los litigios.

la materia es, en sí misma, disponible: primero, porque cuando se han querido establecer límites basados en la garantía de determinados intereses o estándares de protección se ha hecho expresamente (competencias exclusivas y foros de consumidores, seguros o trabajo); segundo, por las dificultades de identificar en cada momento las reglas imperativas y el carácter incierto sobre cuál será el contenido, en su caso, de la decisión extranjera, debiendo realizar un análisis prospectivo en sede de competencia; tercero, porque ello equivaldría a introducir un control anticipado de ley aplicada cuando el orden público en el ámbito del reconocimiento de decisiones será la vía idónea para rechazar la eficacia de la decisión cuando se hubieran infringido normas internacionalmente imperativas<sup>69</sup>.

22. Nada dice la LOPJ sobre la exigencia de internacionalidad de la relación como presupuesto para dar efectos a la sumisión a tribunales extranjeros<sup>70</sup>; es decir, si es posible la *derogatio* en supuestos meramente internos, en los que tanto los domicilios de las partes, como los elementos objetivos de la relación se encuentran localizados en el mismo Estado pero las partes se someten a los tribunales de otro Estado. La cuestión ya ha sido controvertida en el ámbito del Reglamento Bruselas I bis<sup>71</sup>. La ausencia de este condicionante en la LOPJ debe interpretarse, a mi juicio, como que no se exige el presupuesto previo de la internacionalidad de la relación si, en los términos indicados, la materia es disponible para las partes. Por tanto, es posible la invocación de la sumisión a tribunales extranjeros, con el único límite de la disponibilidad del litigio, incluso aunque se trate de un supuesto interno. Cabe entender que la eventual incidencia de las normas materiales imperativas se relegará al momento posterior del reconocimiento de decisiones a través del orden público, que seguirá actuando como causa de rechazo a la eficacia de sentencias de terceros Estados.

---

<sup>69</sup> Ch. Kohler (“Agreements Conferring Jurisdiction on Courts of Third States”, en F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata, *op. cit.*, pp. 199 ss, esp. pp. 214–215) se muestra favorable a limitar el efecto derogatorio de la sumisión en aquellos supuestos que él califica como normas de policía de “carácter constructivo” (p. 215) que conceden un derecho que no se garantiza por el foro elegido, tal y como ocurre en el ámbito de los foros de protección; pero no defiende lo mismo con las normas que tienen naturaleza “destructiva”, es decir, cuando anulan una operación, porque entiende que en esos supuestos es suficiente el orden público para rechazar reconocimiento de la sentencia. En esta clave puede interpretarse la STJCE 1 junio 1999, asunto C-126/97: *Eco Swiss*, ECLI:EU:C:1999:269, considerando la posibilidad de que un tribunal nacional anule un laudo arbitral si entiende que es contrario al Derecho de la competencia de la UE.

<sup>70</sup> Tampoco resulta exigible la conexión con el país cuyos tribunales hayan sido elegidos (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 384).

<sup>71</sup> P. Mankowski (en T. Rauscher, *op. cit.*, *Band I*, p. 713), entiende que sí opera el presupuesto de la internacionalidad de la relación en el marco del art. 25 Bruselas I bis apoyándose en art. 3.3 Roma I y art. 1.2 CH 2005; U. Magnus (en U. Magnus y P. Mankowski, *op. cit.*, vol. I, p. 604) entiende que el art. 25 del Reglamento no exige ese presupuesto.

23. En los supuestos transfronterizos, vinculados únicamente con la UE, el impacto de las normas imperativas europeas también debe medirse con los mismos parámetros indicados. Si, por ejemplo, para el contrato de agencia, se hubiera considerado relevante establecer un criterio de competencia indisponible para las partes, así debería haberse hecho siguiendo la plantilla de los contratos de consumo, trabajo o seguros. En este sentido, nada se dice sobre límites a la sumisión ni en la Directiva 86/853 sobre agencia ni en la Directiva 2014/104<sup>72</sup>. Existen, asimismo, dificultades para identificar, según los sectores, las normas de policía y el interés a proteger. Así, por ejemplo, se entiende que la finalidad de la Directiva de agencia no es la protección del agente, sino igualar las condiciones de competencia dentro de la UE, por lo que no se justificaría necesariamente un foro de competencia basado exclusivamente en el domicilio del agente<sup>73</sup>. Finalmente, las normas imperativas presentes en cada sector tendrán perfecta cabida en el ámbito del reconocimiento de las decisiones, siguiendo el esquema que se utiliza en el arbitraje<sup>74</sup>. La solución pasa, por tanto, por evitar un análisis prospectivo de la decisión extranjera al menos en el momento inicial de la suspensión del proceso. Cuestión diferente es que se tenga en cuenta *a posteriori* a la hora de fijar la fecha final de la suspensión, vinculándola no a la declaración de competencia del tribunal extranjero sino a la reconocibilidad de la decisión que vaya a dictar<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 noviembre 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DO L 349 de 5.12.2014).

<sup>73</sup> Así, la STJCE 9 noviembre 2000 (asunto C-381/98: *Ingmar GB*, ECLI:EU:C:2000:605, aps. 24 y 25) indica que el objetivo de la Directiva, más que de la finalidad de protección del agente, es igualar las condiciones de competencia dentro de la Comunidad, lo que condiciona la aplicación de las normas imperativas en ella prevista al ejercicio de la actividad por parte del agente comercial en un Estado miembro (*vid.* R. Freitag y S. Leible, “Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie – Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?”, *R.I.W.*, 2001, n° 4, pp. 287–295, pp. 292–293).

<sup>74</sup> En este sentido, el art. V.2º del Convenio de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras que establece como causas de rechazo, apreciables de oficio, la inarbitrabilidad de la controversia y el orden público. Así, existe un amplio consenso sobre la posibilidad de arbitraje en los contratos de agencia, a pesar de las reglas imperativas que rigen en este sector (*Cf.* M. Gómez Jene, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007, pp. 63–64; J. Fernández-Armesto, “El arbitraje internacional”, en A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro (Coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 731 ss, esp. p. 761).

<sup>75</sup> Sobre esta cuestión *vid. infra* ap. 27. El art. 23.bis de la Propuesta del GEDIP de reforma de Bruselas establecía que el tribunal del foro derogado podría conocer del proceso si la sentencia dictada por el tribunal extranjero no pudiera ser reconocida en dicho Estado; en la interpretación de esta propuesta, se consideraba incluida la vulneración de las normas materiales imperativas, entre otras, las que protegieran al agente comercial [*cf.* M. Fallon, “Commentaire de la proposition de modification du chapitre II du règlement 44/2001 en vue de son application aux situations externes”, en M. Fallon, P. Kinsch y Ch. Kohler (eds.), *Le droit international privé Européen en construction : vingt ans de travaux du GEDIP*, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2011 pp. 708 ss, esp. pp. 705 y p. 712].

#### IV. Tratamiento procesal de la sumisión a tribunales extranjeros

##### 1. El efecto suspensivo y derogatorio de la sumisión a los tribunales extranjeros

24. Tradicionalmente, la doctrina y la práctica jurisprudencial habían valorado la eficacia de los acuerdos de sumisión a tribunales extranjeros en términos derogatorios de la competencia de los tribunales españoles<sup>76</sup>. No es ésta, sin embargo, la opción seguida en la versión vigente de la LOPJ que establece inicialmente solo la obligación de suspender el proceso, pudiendo nuestros tribunales entrar a conocer cuando el tribunal extranjero haya declinado su competencia. Evidentemente tal circunstancia entrará a valorarse solo en el caso de que el acuerdo de sumisión al tribunal extranjero asuma un carácter exclusivo y, por tanto, excluyente de la competencia de los tribunales españoles. La solución dada por la LOPJ parte de un equilibrio entre la admisión de eficacia procesal a los acuerdos de sumisión y la tutela judicial efectiva que quiere brindarse ante los tribunales españoles. En ese equilibrio juega especialmente la idea de que la sumisión a tribunales extranjeros no determina inmediatamente una derogación de nuestra competencia sino un efecto suspensivo<sup>77</sup>. El diseño se corresponde con el antiguo art. 23.3º del Reglamento Bruselas I<sup>78</sup>. Las ventajas de esta solución desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva son evidentes, en la medida en que se evitan conflictos negativos de competencia. Un efecto derogatorio inmediato obligaría a recurrir al *forum necessitatis* del art. 22 septies para volver a plantear el proceso en España; el efecto suspensivo, sin embargo, deja latente el criterio de competencia que tienen nuestros tribunales (el domicilio del demandado o el foro especial por razón de la materia) que se reactivaría si el tribunal extranjero se declara incompetente. Ahora bien, la redacción en términos positivos del art. 22.ter.4 (“los Tribunales... solo podrán conocer... en el supuesto de que los Tribunales extranjeros designados hubieren declinado su competencia”) se convierte en una laguna de regulación

<sup>76</sup> Claramente lo enuncia el AAP Madrid 12ª 18 enero de 2010, JUR 2010\106140: “Lo determinante, pues, es el efecto derogatorio del fuero de los tribunales españoles que ha de reconocerse a la cláusula controvertida, admitida la inequívoca presencia de aquella voluntad común de las partes. Excluida la competencia exclusiva de los tribunales españoles, se ha de mantener la plena efectividad de la cláusula de atribución de competencia”; AAP Barcelona 15ª 17 febrero 2011 (*loc. cit.*); también SAP Madrid 13ª 7 septiembre 2012, JUR 2012\381603; AAP Madrid 28ª 4 febrero de 2011, JUR 2011\161665; AAP Madrid 12ª 18 enero 2010, JUR 2010\106140.

<sup>77</sup> Las posiciones en nuestra doctrina ante esta solución son contrapuestas. Discutible para F.J Garcimartín Alférez (*Derecho internacional privado*, 3ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2016, p. 188) que solo se produzca ese efecto suspensivo; lo ven bien A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (*op. cit.*, p. 386) y J.M. Espinar Vivente y J.I. Paredes Pérez (*loc. cit.*, p. 242) para evitar una denegación de justicia.

<sup>78</sup> La solución se diferencia parcialmente del art. 6 CH 2005, que deja la opción entre otorgar un efecto suspensivo o rechazar la demanda, lo que sí tiene evidentes riesgos para la tutela judicial efectiva.

cuando los tribunales extranjeros se han declarado competentes: debe presuponerse en este caso, aunque el precepto no lo diga expresamente, que los tribunales españoles deben inhibirse otorgando, desde ese momento, un verdadero efecto derogatorio a la competencia de nuestros tribunales. Tal conclusión no es baladí en tanto en cuanto incide en la articulación procesal del control de la competencia, como se verá seguidamente.

Ahora bien, se plantean en este contexto una serie de cuestiones sobre las que es preciso pronunciarse: primero, la base jurídica de la suspensión; segundo, la necesidad de una declaración sobre la competencia del tribunal elegido; tercero, la fecha crítica en la que finaliza dicha suspensión y, finalmente, los efectos de esta suspensión.

25. La base jurídica del efecto suspensivo acordado por el art. 22.ter.4 no se garantiza con el control de la sumisión a tribunales extranjeros a través de la declinatoria del art. 65 LEC, dado que el contenido del auto que se dicte en el marco de este procedimiento siempre es la declaración de competencia o de incompetencia de nuestros tribunales<sup>79</sup>. No existiendo una regulación *ad hoc* en la materia, podría aplicarse analógicamente el art. 43 LEC, precepto que prevé la suspensión por prejudicialidad civil cuando para resolver el objeto del litigio sea necesario resolver una cuestión que sea el objeto principal de otro proceso<sup>80</sup>. Esta suspensión se articula a instancia de parte (a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria); en este caso, la imperatividad de la regla del art. 22.ter.4 obligaría a decretar la suspensión sin margen de discrecionalidad. La aplicación analógica del art. 43 LEC conllevaría también la aplicación del régimen de recursos allí disponibles<sup>81</sup>. Si el tribunal extranjero se declarara competente, ningún obstáculo habría ya para que el demandado solicitara ya la inhibición de nuestros tribunales a través de la declinatoria del art. 65 LEC.

26. El efecto suspensivo está vinculado, en principio, a la declaración sobre la competencia que realicen los tribunales elegidos. Ello conlleva, inicialmente, la obligación del demandante de plantear una demanda ante esos tribunales, a menos que el demandado ante los tribunales españoles ya la hubiera interpuesto de manera preventiva. Si el tribunal extranjero declina su competencia, se reactiva el

<sup>79</sup> Vid. en ese sentido el art. 65 LEC y la práctica citada de nuestros tribunales.

<sup>80</sup> Este precepto se utilizó en su momento para defender la litispendencia internacional en el Derecho autónomo español, antes de la vigencia de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (M. Gardeñes Santiago, "Litispendencia y cosa juzgada en el extranjero ante la nueva LEC", *AEDIPr*, t.I, 2001, pp. 315 ss).

<sup>81</sup> Bien es cierto que el régimen de recursos es, sustancialmente, igual a los previstos para la declinatoria: el art. 43, párr. 2 LEC establece que contra el auto que deniegue la petición cabrá recurso de reposición, y contra el auto que acuerde la suspensión, cabrá presentar recurso de apelación. Estos recursos coinciden con los previstos en el art. 66 frente a la declinatoria.

proceso abierto en España. Si existe ya un pronunciamiento de los tribunales designados sobre dicha sumisión admitiendo competencia cabría entender que se produciría entonces el efecto derogatorio de la competencia de los tribunales españoles. Parece razonable entender que tal declaración sobre la competencia tiene que ser firme. Cabe asimismo admitir que sería suficiente una declaración sobre la competencia basada en una misma cláusula en relación con el mismo contrato aunque se hubiera dictado en un proceso anterior. Más dudas plantea si se hubiera requerido al tribunal extranjero un pronunciamiento sobre la competencia y esta no se efectúa o no se efectúa en un plazo razonable. La cuestión puede ser especialmente problemática si ello se debiera a un entorpecimiento por la actitud de una las partes. Cabría en este caso plantearse un levantamiento de dicha suspensión por analogía a la solución mantenida en sede de litispendencia<sup>82</sup>.

27. Otro tipo de problemas se plantea si el proceso ante los tribunales elegidos posteriormente se sobreseyó o finalizó en una sentencia de fondo no reconocible en España. Si la demanda se presentara en España, ya dictada la resolución judicial extranjera no reconocible, el actor en España podría oponerse a la suspensión del proceso invocando la imposibilidad de reconocimiento de la sentencia extranjera<sup>83</sup>. En estos supuestos, la tutela judicial debiera bastar para entender que si no ha podido obtener la tutela por reconocimiento, pueda obtenerse por vía de declaración de un tribunal español<sup>84</sup>. La pregunta es qué ocurre si el tribunal extranjero se ha declarado competente y aun así el demandante en España pretende demostrar que el proceso extranjero no va a ser viable o la sentencia no reconocible<sup>85</sup>. La cuestión es: ¿deben las partes asumir los riesgos de haberse sometido a un tribunal poco adecuado o debe el Estado asegurar, aun en esos casos, la tutela judicial por nuestros tribunales?

---

<sup>82</sup> Tal supuesto es considerado a los efectos de denegar la litispendencia en los arts. 39 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional y 33 del Reglamento Bruselas I bis y, sin embargo, no se considera a los efectos del art. 22.ter.4 LOPJ. En términos similares, la propuesta GEDIP favorable a la *derogatio fori* establecía un límite a la duración de la suspensión vinculada al hecho de que dictara sentencia en un tiempo razonable (M. Fallon, P. Kinsch, Ch. Kohler, *op. cit.*, pp. 705), aunque ello podía plantear dudas con la actitud del demandado precisamente cuando contestara al proceso en el Estado requerido, pero permanecía inactivo en el Estado de origen (*vid.* Ch. Kohler, *op. cit.*, p. 205 y nota 20).

<sup>83</sup> Para ello podría utilizarse la vía del pronunciamiento del reconocimiento a título incidental art. 44.2 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil.

<sup>84</sup> Precisamente el fundamento de la litispendencia es la sustitución de tutela por declaración frente a tutela por reconocimiento; por eso es necesario el requisito de reconocibilidad de la decisión (M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 377). Aquí se trataría del supuesto inverso: si no puede ser la tutela por reconocimiento, que lo sea por la vía de la declaración.

<sup>85</sup> Es decir, sería hacer un test similar al previsto en el art. 39 LCJI y art. 33 Reglamento Bruselas I bis. Defendiendo esta alegación por parte del actor *cf.* F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 188.

Técnicamente, el juicio de reconocibilidad que vale para la litispendencia no encajaría, en principio, para la valoración de la *derogatio fori*<sup>86</sup>. Parece razonable entender que, desde el momento en que el tribunal elegido se haya declarado competente, el tribunal español debería declararse incompetente. En este contexto, el demandado en España podría presentar la declinatoria, que se tramitaría con carácter previo y al margen de la litispendencia, dado que esta sería invocable en el trámite de la contestación a la demanda (art. 405.3º LEC)<sup>87</sup>. Estratégicamente, el demandado debe asegurar la declinatoria, de lo contrario dejarlo todo a la excepción de litispendencia puede suponer arriesgarse a otorgar competencia a los tribunales del foro por la vía de la sumisión tácita. En cualquier caso, el auto que dicte el tribunal español declarándose incompetente no produce efecto de cosa juzgada material<sup>88</sup> y, en consecuencia, pueden alegarse circunstancias sobrevenidas posteriores que alteren la apreciación sobre los criterios de competencia. De este modo, dictada una sentencia por los tribunales elegidos que no sea reconocible en España, podría volver a plantearse el proceso ante los tribunales españoles invocando los mismos criterios (domicilio del demandado o foro especial por razón de la materia) que fueron inicialmente desactivados por la sumisión al tribunal extranjero. En consecuencia, la tutela judicial efectiva del demandante quedaría intacta.

No obstante, podrían invocarse razones de economía procesal para entender que el plazo de suspensión del proceso no tiene como fecha crítica el pronunciamiento sobre la competencia del tribunal extranjero, sino la fecha de la resolución de

---

<sup>86</sup> Dentro de las propuestas de revisión que dieron lugar al conocido hoy como Bruselas I bis, el Reino Unido partió de una propuesta basada de eficacia de la sumisión a terceros Estados basada no en una apreciación aislada de la misma, sino vinculada a un proceso abierto en el extranjero. Las condiciones examinadas dependían entonces de la reconocibilidad de la decisión y de valoración en términos de buena administración de justicia, considerando que este requisito no se cumplía si la sumisión era contraria al orden público (*vid.* el art. 34.ter de la Propuesta británica de 22 marzo 2012, *loc. cit.*). Importante en todo caso subrayar que la necesidad de reconocibilidad de la decisión para apreciar la *derogatio fori* solo se entendía necesaria para el caso de que el demandado no tuviera suficientes bienes en el Estado de origen.

<sup>87</sup> *Vid.* al respecto M. Fernández Fernández en A. Fernández-Tresguerres García (coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Barcelona, Wolters Kluwer, 2017, p. 330. La declinatoria (que se interpone dentro del plazo de los primeros días para contestar a la demanda) se realiza a través del correspondiente incidente y en trámite separado a la contestación a la demanda, suspendiendo, de hecho, el plazo para contestar (art. 64 LEC). En estos casos la suspensión se establece hasta que exista un pronunciamiento sobre la competencia por parte del tribunal de origen. *Vid.*, no obstante, que la práctica española ha admitido la posibilidad de articular la declinatoria en el propio escrito de contestación a la demanda, articulando aquella como cuestión previa y reservando la contestación propiamente dicha como mera cuestión subsidiaria, sin entenderlo como sumisión tácita (AAP Murcia 4ª 5 diciembre 2005, JUR 2006\20580). Recuérdese la problemática anterior en nuestro Derecho de considerar que la alegación de la litispendencia equivaldría a una sumisión tácita: STS 1ª 18 junio 1990, RJ 1990\4764).

<sup>88</sup> *Cf.* R. Arenas García (*op. cit.*, p. 280 y nota 192).

fondo. En la medida en que, estrictamente, el art. 22.ter.4 LOPJ no establece la obligación de inhibición vinculada a la declaración de competencia del tribunal extranjero, este silencio podría interpretarse a favor de entender que la fecha crítica de finalización de la suspensión es la misma que la de la litispendencia, es decir, hasta que se dicte una sentencia de fondo y, si esta no es reconocible, podrá reanudarse el proceso suspendido en España.

Queda, en todo caso, la duda de la fijación temporal de la suspensión si dicho proceso no se ha abierto en el extranjero, en cuyo caso se ha defendido que la duración de la suspensión pueda ser *sine die* o que se valore en cada caso<sup>89</sup>. No obstante, podrían aplicarse aquí las reglas de la caducidad de la instancia de los arts. 237 ss. LEC que, establecen para la instancia, un plazo de dos años si no se produce en ese tiempo actividad procesal alguna. También habría que tener prevista la posibilidad de que el demandado renuncie a dicha suspensión que podría entenderse como una sumisión tácita posterior del mismo.

28. En cuanto a los efectos de la suspensión, su primer efecto tiene que ver con la competencia, lo significa, como se ha dicho, que los tribunales españoles mantendrán la competencia y se reactivará el criterio de competencia inicialmente excluido por las partes (domicilio del demandado o foros especiales), por lo que no resultará necesario acudir al *forum necessitatis* del art. 22 octies para justificar el proceso en España. Por la misma razón, no será necesario volver a plantear una nueva demanda ante los tribunales del foro, quienes deberán tener por hechas las actuaciones procesales ya efectuadas hasta la fecha.

Cabe plantearse también qué ocurre con la interrupción de los plazos de prescripción o la caducidad de las acciones: ¿Hasta qué punto una demanda interpuesta ante un tribunal español cumple esa función interruptiva si posteriormente el proceso se suspende *sine die*?<sup>90</sup>. Podría encubrirse aquí la estrategia procesal del demandante que deja deliberadamente abierto ese proceso en el foro sin plantear el proceso ante tribunal extranjero. Una apertura *sine die* de la prescripción generaría en estos casos un grave problema de seguridad jurídica para el demandado, lo que refuerza el argumento de la aplicación de las reglas de caducidad de la instancia establecidas en la LEC.

---

<sup>89</sup> F.J. Garcimartín Alferez, “La competencia judicial internacional...”, *loc. cit.*, p. 4; A.L. Calvo Carravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 386, entienden que debe valorarlo el juez a la vista del caso concreto. En el ámbito del antiguo art. 23.3 de Bruselas I se consideró criticable una indefinición temporal de este tipo, entendiéndose conveniente establecer un plazo de duración máxima de la suspensión y, si no, en caso contrario, rechazar la demanda (P. Mankowski, en T. Rauscher, *Brussels I...*, *op. cit.*, p. 538).

<sup>90</sup> En este contexto, era interesante lo que se proponía en el art. 34.2º de la propuesta francesa de revisión de Bruselas I (*loc. cit.*): “2. *During the period of the stay, the party who has seised the court shall not lose the benefit of interruption or suspension of prescription or limitation periods provided for under the law of the Member State of this court*”.

## 2. De oficio o a instancia de parte

29. Ni la LOPJ ni la LEC resuelven de modo claro y definitivo el tratamiento procesal de la sumisión a tribunales extranjeros. La práctica habitual, que ha admitido la *derogatio fori*, lo ha hecho a instancia de parte a través de la declinatoria; solo excepcionalmente, puede encontrarse algún caso que haya valorado de oficio la sumisión a tribunales extranjeros, pero incluso en ese caso para desestimar su eficacia<sup>91</sup>. Con la nueva regulación de la LOPJ no se ha producido, como hubiera sido deseable, una reforma de la LEC para ajustar el procedimiento para hacer valer los efectos de esa sumisión. La respuesta debe considerarse entre el principio dispositivo de los procesos civiles y la imperatividad derivada del art. 22.ter.4 LOPJ. El primero implica que los tribunales solo tendrán conocimiento de la cláusula de sumisión cuando así se derive de lo manifestado o alegado por las partes<sup>92</sup>; no cabe una indagación de oficio por el juez para averiguar la posible existencia de una cláusula de este tipo si las partes no la han introducido en el proceso. La imperatividad de la sumisión significa que, conocida esta sumisión, el art. 22.ter.4 LOPJ obliga a suspender el proceso por parte del juez, quien en teoría debería ser garante de la eficacia de una cláusula de sumisión presentada.

30. A instancia de parte, parece claro que el demandado que invoque la sumisión tendrá que solicitar la suspensión del proceso en España, en el caso de que no exista todavía un pronunciamiento sobre la competencia ante los tribunales de origen, o su inhibición, en el caso de que dicho pronunciamiento ya exista. Durante la tramitación, podrá el demandante en España intentar hacer valer la inadmisibilidad o manifiesta nulidad de la cláusula desde la perspectiva del DIPr español en los términos analizados anteriormente.

31. El verdadero problema se encuentra en las posibilidades de control de oficio de la eficacia de dicha sumisión. La regulación desde la perspectiva del Derecho autónomo español no permite entender zanjada la cuestión. Se ha indicado que, de la literalidad de la LEC, se deriva que la invocación de la sumisión debe hacerse siempre a instancia de parte<sup>93</sup>. Sin embargo, dicha literalidad no parece concluyente en ese sentido. A favor del control exclusivo a instancia de parte militaría

<sup>91</sup> Un control de oficio puede verse en la SAP Madrid 13ª 7 septiembre 2012, JUR 2012/381603, quien finalmente acordó el mantenimiento de la competencia del Juzgado español para conocer de la reclamación.

<sup>92</sup> Esto es consecuencia directa del carácter dispositivo del proceso y la necesidad de que las partes aleguen o invoquen el acuerdo de sumisión; el juez de oficio no debe hacerlo (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, en U. Magnus y P. Mankowski, *op. cit.*, vol. I, p. 668).

<sup>93</sup> F.J. Garcimartín Alferez, *op. cit.*, p. 188, entiende que del art. 36.3º LEC (sic) se derivaría que la *derogatio fori* solo es invocable a instancia de parte; siguen la misma interpretación J.M. Espinar Vicente y J.I. Paredes Pérez, *loc. cit.*, p. 242; al control a instancia de parte también llegan A.L. Calvo Caravaca y

una supuesta analogía con el tratamiento procesal de la sumisión a arbitraje e, incluso, con el régimen de la sumisión en el ámbito de la competencia territorial<sup>94</sup>. En relación a la competencia judicial internacional, el legislador debiera haber solucionado este problema modificando parcialmente el art. 36.2º LEC para incluir la referencia a la sumisión, pero no lo hizo. Por una parte, el art. 36.2.2ª LEC (en relación con el art. 38) solo obliga a la declaración de oficio de la incompetencia cuando existen competencias exclusivas recogidas en Convenios internacionales, lo que, por el tipo de competencia y por la fuente, no resulta aplicable a la sumisión a tribunales extranjeros. Más dudosa es la posibilidad de encaje el control de oficio en el art. 36.2.3ª LEC, previsto para los supuestos en los que el demandado no comparezca y los tribunales españoles únicamente pudieran fundamentar su competencia en la sumisión tácita. Este supuesto debería tener alcance en relación con la sumisión a terceros Estados si esta funcionara realmente con un efecto derogatorio de la competencia: siendo esto así, se produciría una verdadera *derogatio fori* de modo que los tribunales españoles ya solo podrían ser competentes con base en una eventual sumisión tácita posterior del demandado. El problema es que esta interpretación choca con el carácter inicialmente suspensivo (no derogatorio) que produce el art. 22.ter.4 LOPJ sobre el proceso abierto en España, suspensión que, en los términos indicados, habrá que hacer valer además a instancia de parte.

En definitiva, si el demandado quiere asegurar la eficacia de la sumisión tiene en la práctica la carga de impugnar la competencia del tribunal español donde el actor presentó la demanda y, posteriormente, en su caso, intentar hacer valer una acción resarcitoria por incumplimiento del acuerdo de sumisión. Conocida la existencia de un pronunciamiento sobre la competencia de los tribunales elegidos, deberá acreditarla ante los tribunales españoles pudiendo, en ese momento, solicitar la inhibición de los mismos.

## V. Conclusiones: deficiencias del sistema y estrategias procesales

32. Dentro de la, más que criticable, reforma de la LOPJ que ha supuesto la LO 7/2015, puede salvarse, aun con cautelas, la introducción de una solución a la *derogatio fori* en nuestro sistema. Que el art. 22 ter .4 ha supuesto un avance, en términos de seguridad jurídica, para reforzar la sumisión a tribunales extranjeros es indudable. La eficacia prorrogatoria de la cláusula de sumisión depende, en último término, del Derecho del Estado de los tribunales designados, por lo que,

---

J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 384, haciendo una interpretación a *sensu contrario* de los arts. 63.1º, 38 y 39 LEC.

<sup>94</sup> *Vid.* en ese sentido los arts. 58, 59 y 63 LEC. También el art. 6 del Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, de Ginebra de 21 abril 1961.

los tribunales españoles deberían partir de una presunción de validez, siempre que la sumisión sea admisible para la concreta relación jurídica litigiosa. Los Reglamentos cerrados no impiden la admisión de la *derogatio fori* pero la garantía de la uniformidad en su aplicación aconsejaría aplicar, con efecto reflejo, las condiciones establecidas en los mismos. En cualquier caso, se sigue echando en falta que la UE asuma el reto de regular los efectos de la sumisión a tribunales de terceros Estados.

33. No obstante, en nuestro estudio también se han evidenciado algunas limitaciones de carácter procedimental que deberían subsanarse:

– Las deficiencias en la articulación procesal de la eficacia de estos acuerdos: la declinatoria no se corresponde con el efecto inicialmente suspensivo de la sumisión y tampoco está garantizado que de oficio el juez vaya a suspender y, en su caso, inhibirse como consecuencia de esos acuerdos.

– El silencio sobre la fecha crítica de la suspensión y la obligación de inhibición del tribunal español en caso de declaración de competencia del tribunal elegido: en todo caso, de ese silencio puede derivarse una vinculación de la suspensión a un juicio de reconocibilidad de la sentencia extranjera, lo que puede tener ventajas en términos de economía procesal.

– Por otra parte, la no fijación de un plazo máximo de suspensión del proceso para los casos en los que no se dicte un pronunciamiento sobre la competencia por parte de los tribunales extranjeros elegidos (ya sea porque no se haya planteado una demanda ante ellos o porque ese procedimiento se alargue injustificadamente): una suspensión *sine die* genera problemas en el tráfico jurídico, tales como la incertidumbre sobre el efecto interruptivo de los plazos de prescripción de las acciones. En este caso, sería aconsejable aplicar las reglas de caducidad de la instancia establecidas en la LEC.

34. Como consecuencia de la regulación vigente, desde la perspectiva del demandante lo aconsejable sería:

– Asegurarse con carácter preventivo la obtención de un pronunciamiento de los tribunales del Estado de origen en el que declinen su competencia. Con ello aseguraría no solo el conocimiento del proceso por parte de los tribunales españoles, sino que evitaría cualquier posibilidad de una demanda resarcitoria por incumplimiento del acuerdo de sumisión.

– Demostrar ante el tribunal español la inexistencia, nulidad manifiesta o inadmisibilidad de la sumisión a tribunales extranjeros, considerando las prohibiciones marcadas por los Reglamentos europeos y/o por el Derecho nacional.

35. Desde la perspectiva del demandado, su actuación para reforzar el alcance de la sumisión pasaría por:

– Plantear una demanda preventiva en el Estado de origen para obtener una resolución que declare la competencia de los tribunales elegidos.

– Comparecer ante los tribunales españoles para hacer valer la sumisión a tribunales extranjeros, ante los riesgos de que la suspensión del proceso no sea apreciada de oficio.

– Si ya ha habido un pronunciamiento sobre la competencia o sobre el fondo en el Estado de origen, invocarlo ante el tribunal español para que este se inhiba.

– Pedir, en su caso, la acción indemnizatoria por incumplimiento del acuerdo de sumisión.

### Bibliografía

- Arenas García, R.: *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996
- : “Brexit y Derecho Internacional Privado”, *Diario La Ley*, nº 8797, 6 julio 2016.
- Blanco-Morales Limones, P., Garau Sobrino, F.F., Lorenzo Guillén, M.L. y Montero Muriel, F.J. (Coord.), *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016.
- Bonomi, A. y Wautelet, P.: *Le droit européen des successions : commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2013 y 2ª ed. 2016.
- Briggs, A.: *Agreements on Jurisdiction and Choice-of Law*, Oxford, OUP, 2008.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Granada, Comares, 2016.
- Deixler-Hübner, A. y Schauer, M.: *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO)*, Viena, Manz'sche Verlag, 2015.
- Espinar Vicente, J.M.: “Los riesgos de la incorrecta adaptación de las normas de la Unión Europea. La sumisión de las partes a la jurisdicción española tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015”, *La Ley: Unión Europea*, nº 31, noviembre de 2015, pp. 1–6.
- Espinar Vicente, J.M. y Paredes Pérez, J.I.: “Análisis y valoración crítica de la regulación de la sumisión a la jurisdicción española antes y después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 7/2015)”, *AEDIPr.*, T. XVI, 2016, pp. 199–247.
- Espiniella Menéndez, A.: “Contratos de consumo en el tráfico comercial UE–terceros Estados”, *AEDIPr.*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 277–303.
- : *La protección de los consumidores*, Madrid, Rasche, 2015.
- Fallon, M.: “Commentaire de la proposition de modification du chapitre II du règlement 44/2001 en vue de son application aux situations externes”, en M. Fallon, P. Kinsch y Ch. Kohler (eds.), *Le droit international privé Européen en construction : vingt ans de travaux du GEDIP*, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2011 pp. 708 ss.

- Fernández-Arnesto, J.: “El arbitraje internacional”, en A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro (Coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 731 ss.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Navarra, Civitas/Thomson Reuters, 2016.
- Fernández-Tresguerres García, A. (Coord.): *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Barcelona, Wolters Kluwer, 2017.
- Freitag, R. y Leible, S.: “Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie – Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?”, *R.I.W.*, 2001, n° 4, pp. 287–295.
- Garcimartín Alférez, F.J.: “Choice of court agreements”, en A. Dickinson y E. Lein (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, 2015, Oxford, OUP, 2015, pp. 277 ss.
- : “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, n° 8614, 28 septiembre 2015.
- : *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Navarra, Civitas/Thomson Reuters, 2016.
- Gardeñes Santiago, M.: “Litispendencia y cosa juzgada en el extranjero ante la nueva LEC”, *AEDIPr*, t.I, 2001, pp. 315 ss.
- Gaudemet-Tallon, H.: “La clause attributive de juridiction, un moyen d’échapper aux lois de pólíce”, en K. Boele-Woelki, *Convergence and Divergence in Private International Law*, La Haya, Schulthess, 2010, pp. 707 ss.
- Gómez Jene, M.: *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007.
- Hartley, T. y Dogauchi, M.: *Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention*, <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3959>.
- Jiménez Blanco, P.: *El contrato internacional a favor de tercero*, Santiago de Compostela, Univ. Santiago, 2002.
- : “Alcance de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de agencia”, *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 129–150.
- Kohler, Ch.: “Agreements Conferring Jurisdiction on Courts of Third States”, en F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata, *Recasting Brussels I*, Milán, CEDAM, 2012, pp. 199 ss.
- Lorente Martínez, I.: “Cláusula atributiva de competencia en favor de tribunales de terceros Estados y sumisión tácita a favor de tribunales de un Estado miembro: el dilema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, n° 1, pp. 444–453.
- Magnus, R.: “Gerichtsstandsvereinbarungen m Erbrecht?”, *IPRax*, 2013, pp. 393 ss.
- Magnus, U. y Mankowski, P.: *European Commentaries on Private International Law (Brussels I Regulation)*, Munich, Sellier, 2007.
- : *European Commentaries on Private International Law*, vol. I, *Brussels I bis Regulation*, Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Brexit y litigios internacionales: primeras reflexiones”, *Diario La Ley*, n° 8791, 27 junio 2016.
- Nuyts, A.: “Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States’ Rules concerning the “Residual Jurisdiction” of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)”, de 3 septiembre 2007.
- Rauscher, T.: *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht Kommentar (Band I Brüssel Ia-VO)*, 4ª ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016.

- : *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht Kommentar (EuZPPR/EuIPR)*, Band IV, 4ª ed., München, Sellier, 2015.
- Requejo Isidro, M. y Koechel, F.: “Elección de foro a favor de un tercer Estado en el sistema Bruselas”, *La Ley Unión Europea*, nº 39, 29 julio 2016.
- Rühl, G.: “Die Wirksamkeit von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im Lichte der Ingmar-Entscheidung des EuGH”, *IPRax*, 2007, pp. 294 ss.
- Villata, F.C.: “Choice-of-court agreements in favor of third States in light of the suggestions by Members of the European Parliament”, en F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata, *Recasting Brussels I*, Milán, CEDAM, 2012, pp. 219 ss.
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alferez, F.J.: *Derecho procesal civil internacional: Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi/Thomson, 2007.