

La cláusula atributiva de jurisdicción en el conocimiento de embarque

Clara Isabel CORDERO ÁLVARO
Real Centro Universitario
«Escorial-María Cristina»
San Lorenzo del Escorial

Resumen: Los contratos internacionales de transporte de mercaderías por mar pueden formalizarse de muchas formas, y entre las más extendidas se encuentra el contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque. Estos documentos que acreditan la obligación del porteador frente al destinatario, suelen contener cláusulas de atribución de competencia, cuya naturaleza, alcance y efectos no son aceptadas de forma unánime, precisamente, por ese carácter no negociado.

Abstract: The international contracts of transport of goods by sea can be formalized of many forms and among the most widespread one finds the contract of transport in regime of bill of lading. These documents that credit the obligation of the carrier opposite to the addressee, are in the habit of containing clauses of attribution of competition, which nature, scope and effects are not accepted of unanimous form, precisely, for this not negotiated character.

Palabras claves: Conocimiento de embarque, Cargador, Transportista, Mercaderías, Cláusulas de atribución de competencia, Transporte, Mar, Competencia internacional.

Keywords: Bill of Lading, Shipper, Transporter, Goods, Clauses of attribution of competition, Transport, Sea, International competition.

Sumario:

I. Introducción.

- 1.1. *Delimitación conceptual de conocimiento de embarque. Naturaleza jurídica y valor contractual.*
- 1.2. *Régimen jurídico internacional del conocimiento de embarque.*

II. Cláusula de elección de jurisdicción en conocimiento de embarque: Requisitos para la validez de la cláusula en la regulación institucional.

- 2.1. *Problemas de interpretación de la normativa institucional: el artículo 17 del CB y el artículo 23 del R44/2001 -TJCE-.*
- 2.2. *Condiciones de aplicación del art. 17 CB-23 R/44.*
 - 2.2.1. Existencia de un litigio sobre relación jurídica internacional.
 - 2.2.2. Domiciliación en Estado contratante de al menos una de las partes.
 - 2.2.2.1. Determinación del domicilio.
 - 2.2.3. Designación de tribunal/es de estado contratante.
- 2.2. *Requisitos sustantivos del convenio.*
- 2.4. *Requisitos formales del acuerdo.*
- 2.5. *Grado de concreción de la designación del tribunal.*
- 2.6. *Falta de firma de una de las partes.*
- 2.7. *Superación del formalismo y operatividad de los usos en la atribución de competencia.*
 - 2.7.1. Concepto, naturaleza, justificación y requisitos del uso a la luz de la normativa institucional (caso «MSG» y Castelletti Trumpy).
 - 2.7.2. Comercio internacional y usos.
 - 2.7.3. Existencia y conocimiento de los usos por las partes.
- 2.8. *Aplicación de normativa imperativa sobre condiciones generales de la contratación: ¿Necesidad de firma?*
 - 2.8.1. Cláusula abusiva y nulidad.
- 2.9. *Cláusula de elección del foro y subrogación. Extensión, límites y alcance frente a terceros del acuerdo de elección.*

*A mis padres, por todo lo que me apoyan, y a Pachuca,
por su inestimable ayuda.*

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Delimitación conceptual de conocimiento de embarque. Naturaleza jurídica y valor contractual

Los contratos de transporte de mercaderías puede formalizarse de muchas formas, y entre ellas se encuentra el contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque. El Conocimiento de Embarque –Bill of Lading (en adelante BL)– es un recibo dado por el transportista o porteador al embarcador/cargador (*'shipper'*) por las mercancías entregadas; de tal manera que se reconoce la naturaleza de contrato de adhesión del conocimiento, toda vez que no es el resultado de las negociaciones entre las partes, sino que las condiciones son impuestas por una de las partes, el porteador.

Son varias cosas las que este documento demuestra:

- 1. La existencia de un contrato de transporte, y*
- 2. otorga derechos sobre las mercancías.*

Los BL son emitidos en juegos de originales, normalmente dos o tres, y cualquiera de ellos puede ser usado para obtener la posesión de la mercancía. Por tanto, quién posea el BL acredita la posesión de la mercancía.

Naturaleza jurídica y valor contractual del conocimiento de embarque.

- Naturaleza jurídica del BL. Partimos de Jurisprudencia nacional de nuestro más alto tribunal, así la STS de fecha 3 de marzo de 1997 determina la naturaleza jurídica del BL:

«La doctrina establece que estos documentos acreditan la obligación del porteador frente al destinatario, pero que éste no necesita presentar el documento para reclamar la entrega de las mercancías, por lo que es suficiente que se identifique como el sujeto inicialmente designado como beneficiario del derecho a la entrega. Carecen

estos documentos de las propiedades que definen los títulos valores y se emiten cuando no se prevé la transmisión de las mercancías y, en consecuencia, no están destinadas a la circulación.»

– Valor contractual: El TS en esta misma sentencia reconoce el valor contractual del conocimiento de embarque: *«los conocimientos de embarque reflejan el contenido de los derechos y obligaciones de los transportes marítimos contratados libremente (...).»*

Por su parte, la STS 20 julio 1998, aborda la cuestión de la posible calificación de abusivo de BL como contrato de adhesión:

«Se reconoce la naturaleza del contrato de transporte de mercaderías en conocimiento de embarque como contrato de adhesión, pero no cabe aludir a su naturaleza para exonerarse del cumplimiento de lo asumido –aunque fuera mediante endoso del conocimiento– de cualquiera de sus cláusulas. No puede equipararse adhesión a abusivo. La naturaleza de contrato de adhesión es consustancial al tipo de contrato, por lo que no cabe aludirse vicio del consentimiento: vicio de nulidad desde su origen por dicho carácter –de adhesión–, por ser abusivo.»

1.2. Régimen jurídico internacional del conocimiento de embarque

Actualmente en el sector de transporte marítimo de mercancías existe vigencia simultánea de diferentes regímenes, que particularmente afectan al transporte en conocimiento de embarque:

- Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento, hecho en Bruselas 1924 –en adelante CB 1924 –Reglas Haya–, modificado por los Protocolos de Bruselas de 23 de febrero de 1968 y de 21 de diciembre de 1979 –Reglas Haya-Visby– (CB 1924 + Protocolos 1968 y 1979).
- Convenio de Hamburgo de 1978 sobre transportes marítimos de mercancías –Reglas Hamburgo–.
- Legislaciones internas que incorporan la normativa convencional.

Problemas que plantea esta diversidad de regulación:

- Vigencia simultánea de 4 textos convencionales imperativos todos ellos, con diversos ámbitos de aplicación:
 - CB1924: art. 10: disposiciones del convenio se aplican a todo conocimiento de embarque formalizado en uno de los estados parte. Ámbito de aplicación por el documento o título negocial: lugar de emisión o formación del conocimiento de embarque –en un estado parte–.
 - Protocolo 68: incorpora posibilidad de determinar aplicación de la normativa convencional (CB24) mediante las llamadas cláusulas paramount.
 - Protocolo 79: otra modificación en materia de cálculo de los límites de la responsabilidad, introduciendo derechos especiales de giro del FMI.
- No todos los estados parte del CB1924 han ratificado los protocolos genera problemas de concurrencia de convenios reguladores de la misma materia, de una forma tan distinta –sobre todo en materia de responsabilidad y limitación de ésta.
- Leyes nacionales que no se limitan a introducir o incorporar el convenio en cada respectivo ordenamiento interno, incorporando modificaciones en su contenido, frecuentemente, en su ámbito de aplicación. Leyes internas que muchas de ellas declaran su imperativa/obligatoria aplicación, dentro de su ámbito, estableciendo la nulidad de aquellas cláusulas contractuales que sean contrarias a sus disposiciones, o imponen la obligación de incluir en el conocimiento de embarque una cláusula que declare la aplicación de tal normativa. Por ejemplo, art. 24 de la Ley Transporte Marítimo (LTM) de 1949 española, art. 91 de la ley marítima belga o art. 16 de la ley francesa de 18 junio 1966.

No obstante, en este panorama de diversidad de regímenes hay que establecer que en el marco del régimen específico convencional aplicable a los conocimiento de embarque: CB 1924 –Reglas Haya–, y Reglas Haya–Visby: ninguna hace referencia a materia de jurisdicción o problemas de competencia en base al ejercicio de la autonomía de la voluntad, es decir, a la autonomía jurisdiccional de las partes. Sin embargo, sí se hace expresa mención en el art. 21 de las Reglas Hamburgo (C Hamburgo 1978), pero España, como la mayoría de los Estados UE, no lo ha ratificado.

Por ello, en aquellos Estados donde no se ha ratificado dichas Reglas Hamburgo, para determinar la competencia judicial internacional en materia de conocimientos de embarque hay que acudir al régimen aplicable para los problemas de competencia de carácter general: R-44/2001-CB-CL (art. 23 R44, art. 17 CB-L) y en su defecto las normas de origen autónomo del tribunal de foro de atribución de competencia judicial internacional, en caso de España art. 22.2. LOPJ.

1.3. *Incidencia de la autonomía de la voluntad, en el ámbito marítimo, en el sector de la competencia judicial internacional*

La libertad contractual en la elección de jurisdicción por las partes tiene manifestaciones particulares en el ámbito marítimo, como son las llamadas *cláusulas flotantes de jurisdicción*.

Además dentro del propio sector de sector del transporte marítimo existen particularidades específicas dependiendo del régimen de transporte. Así, las cláusulas atributivas de jurisdicción para conocer de los litigios respecto de contratos transporte mercaderías bajo régimen de conocimiento plantean problemas específicos, fundamentalmente derivados del hecho de que el conocimiento en la mayoría de los casos no es objeto de negociación por las partes, sino impuesto por una de las partes, el transportista, y, por lo tanto, tampoco la cláusula de elección de jurisdicción.

En la mayoría de los supuestos el conocimiento convenido entre cargador y transportista es emitido unilateralmente por el transportista. En el dorso del documento suele contener distintas condiciones relativas al transporte, entre ellas la cláusula de elección de foro que en la práctica no es objeto de negociación por las partes. Por ello, en muchas ocasiones el cargador queda obligado a aceptar esas condiciones que pueden favorecer de forma exclusiva al transportista/porteador.

Particularmente, se da la frecuente sumisión del litigio a los tribunales del Estado donde el transportista tenga su sede principal, y esto dificulta, en principio, la eventual reclamación del cargador, ya que será el puerto de destino el lugar donde pueda apreciar las circunstancias que puedan dar lugar a las eventuales reclamaciones, por ejemplo, deterioros de las mercancías.

Otra problemática específica que plantea este sector se concreta en los acuerdos de elección de foro convenidos entre cargador y porteador que pueden producir efectos frente a terceros que no fueron parte en ese contrato; terceros que podrían quedar vinculados por el mismo, o alegar en su favor la existencia de ese acuerdo atributivo de jurisdicción.

Asimismo, cabe la posibilidad de que en contrato de fletamento se incorpore una cláusula de sumisión al arbitraje y su posterior incorporación al conocimiento de embarque emitido. Existen diversas posturas doctrinales al respecto, pero particularmente señalar STS (sala 1.^a) de 30 de diciembre de 1992 (R.A.J., 1992, n.º 10566), que establece que *dicha cláusula de sumisión a arbitraje no vincula a quienes no fueron parte en el contrato de fletamento*.

Breve crítica a esta sentencia: escueta argumentación para fundamentar tal decisión, que no profundiza en la finalidad que se persigue con la incorporación de la cláusula, ni en los requisitos necesarios para la validez de la remisión global al contenido de la póliza de fletamento contenida en el conocimiento de embarque posteriormente emitido. Pero abordaremos esta cuestión al tratar el tema de la cláusula de elección de foro y subrogación.

Por tanto, debe analizarse el valor de dicha cláusula para el destinatario de las mercancías objeto del transporte, que será invocada por el transportista frente a cualquier reclamación que el adquirente de las mercaderías realice.

Pero junto a los foros calificados como «neutrales» aparecen los foros de protección, en favor de la parte más débil de la relación contractual, tienen particular manifestaciones en el ámbito del transporte; y que en los convenios fundamentalmente se concretan en la posibilidad de admitir la validez de los acuerdos atributivos de jurisdicción, siempre que éstos sean convenidos con posterioridad al nacimiento del litigio o a la materialización del hecho dañoso que genera la reclamación, o mediante la exigencia de que tales acuerdos atribuyan competencia a los tribunales de un Estado contratante con el fin de garantizar la aplicación de las disposiciones imperativas que en materia de responsabilidad del transportista establezca el Convenio (C. Hamburgo 1978).

II. CLÁUSULA DE ELECCIÓN DE JURISDICCIÓN EN CONOCIMIENTO DE EMBARQUE: REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA EN LA REGULACIÓN INSTITUCIONAL

2.1. *Problemas de interpretación de la normativa institucional: el artículo 17 del CB y el artículo 23 del R44/2001 –TJCE–*

Aquí procederemos a analizar la jurisprudencia más relevante al respecto del TJCE, a la hora de determinar la interpretación para la aplicación adecuada de la normativa comunitaria de referencia.

En primer lugar, STJCE 24 de junio 1981:

*El objeto del art. 17 del CB, trasladable dicha doctrina al art. 23 del R44, se centra en la eficacia de las cláusulas de sumisión expresa, atributivas de jurisdicción aunque se cuestione la existencia y validez del contrato*¹.

STJCE 9 noviembre de 2000, caso Coreck Maritime GmbH v. Handelveem Bv y otros: Sociedad alemana (Sede Hamburgo) Corock, fletador por tiempo del buque, celebra contrato transporte marítimo de lotes de cacahuets de China a Países Bajos con el cargador Handelveem Bv. Buque propiedad de Sociedad rusa Sevrva. Sociedad Corock emite diversos conocimientos de embarque inserta en cada uno de ellos cláusulas de atribución de competencia.

Por daños sufridos en mercancías durante el transporte, Handelveem Bv (tenedor legítimo de los conocimientos de embarque), las sociedades propietarias de las mercancías transportadas sobre la base de dichos conocimientos, y la aseguradora de las mercancías deterioradas, interponen demanda frente a la propietaria del buque y a la fletadora ante el Tribunal primera instancia de Países Bajos, en base al art. 5.1 del CB (puerto descarga Róterdam). Sociedad Coreck presenta excepción de incompetencia por la cláusula de atribución de competencia contenidas en los conocimientos de embarque. Tribunales P. Bajos mediante sentencia excluye aplicación de dicha cláusula de elección por considerarla inválida, declarándose competente para conocer. Coreck presenta recurso apelación ante Tribunal apelación P. Bajos, que ratifica sentencia de instancia. Presenta Recurso

1. Refrendado por otras SS del TJCE: STJCE 14 diciembre de 1977 «Snaders vs. Van dei Putte»; STJCE 22 marzo de 1982– «Effer vs. Kantner»; STJCE 3 julio 1997 «Benincasa vs. Dental kit», entre otras.

Casación ante Tribunal Casación P. Bajos, que formula 23 de octubre de 1998 petición de decisión prejudicial ante TJCE.

Son varias las cuestiones prejudiciales elevadas al TJCE, pero que abordan distintos aspectos problemáticos derivados de la cláusula de elección de jurisdicción inserta en conocimiento de embarque; que se irán aduciendo a medida que se desarrolle el tema conforme al esquema.

Aquí respecto del problema de interpretación del art. 17 CB, la cuestión prejudicial elevada al TJCE se concreta en el grado de concreción que exige la primera frase del art. 17 CB, especialmente las palabras *hubieren acordado*; en concreto:

- a) si debe deducirse que para la validez de la cláusula de elección entre las partes es necesario, en todo, caso que la misma esté formulada de tal manera que incluso para el juez su tenor literal revele claramente o, al menos, permita determinar fácilmente que el tribunal es el competente para conocer del litigio, o si,
- b) por el contrario, hay una necesaria flexibilización del art. 17, por lo que es suficiente para la validez de dicha cláusula que para las propias partes, según las circunstancias del caso, esté claro que tribunal es el competente para conocer del asunto litigioso de que se trate.

El TJCE, en esta sentencia, determina que la expresión «*hubieren acordado*» del art. 17 CB párr. 1.º, primera frase, debe interpretarse en el sentido de que sea posible identificar los elementos objetivos sobre los cuales las partes se han puesto de acuerdo para elegir el tribunal o tribunales a los que desean someter los litigios surgidos o que puedan surgir. Estos elementos deben ser lo suficientemente precisos para permitir al Juez que conoce del litigio determinar si es competente, y pueden ser concretados, en su caso, por las circunstancias propias de cada situación.

Justificación del TJCE de esta conclusión:

«(...) si bien el art. 17 CB tiene por objetivo proteger la voluntad de los interesados (lo que hay que comprobarse es que existe dicho consentimiento, que en el caso no se niega entre porteador y cargador), debe interpretarse de modo que se respete esta voluntad a partir del momento en que esté acreditada.»

Esta postura ratifica doctrina del TJCE anterior, STCE caso Salotti y Colzani de 14 de diciembre 1976, Sentencia Galeries Segoura SPRL de 14 de diciembre de 1976, o en la Sentencia caso Porta-Leasing de 6 de mayo de 1980, que puso de manifiesto que a los efectos del art. 17 CB, únicamente se admita una cláusula de atribución de competencia cuando el consentimiento de las partes a las mismas se haya manifestado de una forma clara y precisa. La exigencia de claridad y precisión, en las sentencias aludidas, se refiere a la existencia de un consentimiento entre las partes originarias para la validez de la cláusula atributiva de jurisdicción (que no se discute en el caso Corerk)².

2.2. Condiciones de aplicación del art. 17 CB-23 R/44

2.2.1. Existencia de un litigio sobre relación jurídica internacional

Para que pueda hablar de autonomía jurisdiccional de las partes, materializada en acuerdos atributivos de jurisdicción o *electio iuris*, sobre la base del art. 17 del CB/art. 23 R44, es necesario que estemos ante un supuesto litigioso sobre una relación jurídica internacional, de tráfico externo no vinculada en exclusiva a un único ordenamiento y/o jurisdicción nacional. Aunque no se recoge literalmente en este precepto, sí se deriva del preámbulo del Convenio, párrafo 3.º, que establece que las reglas de competencia del convenio resultan de aplicación en el orden internacional³.

Unanimidad de la doctrina. Necesidad de que el supuesto litigioso goce de un carácter internacional, que en el acuerdo de atribución de competencia se contenga un elemento de extranjería jurídicamente relevante (por la propia elección del foro, por el objeto del litigio, por las personas intervinientes)

2. De hecho, el TJCE ha admitido tácitamente en otras Sentencias la validez, en el marco del art. 17 CB, de las cláusulas atributivas de jurisdicción que determinaban como tribunal competente al de la sede de una de las partes en el litigio STJCE, caso Gerling Konzern de 14 de julio 1983; STJCE, caso Anterist 24 junio 1986; STJCE Duffryn 10 marzo 1992.

3. RODRIGUEZ BENOT, A, *Los Acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en derecho comunitario europeo*; Madrid, Beramar, Eurolex, D.L. 1994, pp. 103-163.

El problema, las discrepancias, vienen en concreto a la hora de determinar el elemento, en concreto, del que emana la internacionalidad para la atribución convencional de competencia. En un primer momento hay que determinar si la internacionalidad puede derivarse del propio acuerdo de elección de foro en sí, y no necesariamente la relación jurídica por la que se acordó dicha cláusula. Pues si partimos de esta base, cabría aplicarse el art. 17 CB por el mero hecho de que las partes designaran como competentes un tribunal/es de un Estado parte extranjero para conocer de un supuesto litigioso, cuyos elementos subjetivos, objetivos y formales fueran puramente internos –relacionados con un único estado parte–⁴. Argumentos a favor:

- Interpretación histórica de la normativa convencional: el ánimo del comité de expertos encargados de redactar el CB 68 en admitir esta tesis, dos fuentes para afirmarlo:
 1. G.A.L. DROZ –observador del comité representando la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado–, con el objeto de prevenir toda discusión sobre carácter interno o internacional de la relación jurídica litigiosa, por lo que no se incluyó en el texto explícitamente la condición de aplicación por el carácter internacional del litigio.
 2. El informe Jénard, que establece que sólo exige para la aplicación del CB que se dé la designación de un Estado parte contratante y al menos una o las dos de las partes en litigio esté domiciliada en un estado parte, *incluyendo el supuesto de que ambas partes esté domiciliadas en el mismo estado contratante*.
- La interpretación literal del precepto contenido en el párrafo 1.º, que no exige que las partes que convienen el acuerdo de elección de foro estén domiciliadas en Estados parte distintos, sino que lo único que se exige es que una de las partes esté domiciliada en un Estado contratante.
- La no exigencia de una conexión entre el litigio surgido o por surgir de la relación jurídica respecto de la cual se celebró el acuerdo de elección y el tribunal/es designados para conocer

4. Abogan por esta tesis más liberal profesores como G.A.L. Droz, E. Mezger, L. Collins; J. L. Iglesias Buhígues, entre otros. Que consideraN esta tesis como consecuencia inevitable de la no exigencia de una vinculación entre el litigio y el tribunal prorrogado.

del litigio, por lo que ofrece a las partes la posibilidad de elegir el foro que más les conviene según intereses.

Pero si no se admite esta tesis, no bastaría para justificar la incorporación de una cláusula atributiva de competencia en el ámbito del convenio, la mera designación de un foro extranjero de un Estado parte para que conozca de los litigios surgidos o que puedan surgir de una relación jurídica cuyos elementos integrantes están, todos ellos, vinculados en otro Estado parte.

Argumentos que apoyan la tesis contraria, la no admisión de la simple elección de foro extranjero parte del convenio para dotar de internacionalidad al litigio y determinar la aplicación del art. 17 CB:

- Interpretación histórica: precisamente la no inclusión de tesis alguna para zanjar problemas en el convenio de adhesión de 1978, al no reformar el art. 17 en ninguno de los dos sentidos, aunque por algunos autores se entiende precisamente la ratificación de la tesis de que la elección de foro en sí misma, y no la relación jurídica, es la que debe revestir el carácter internacional. Pero el informe Schlosser, en el capítulo referido al comentario del art. 17 declarado tajantemente: *«únicamente es de aplicación cuando la operación de que se trate implique relaciones internacionales (...) condición que no se cumple mediante la simple elección de una jurisdicción de un Estado determinado»*.
- Interpretación sistemática de la normativa convencional, y en concreto, en la necesidad de respetar el sistema de relaciones que el Convenio establece entre los ordenamientos procesales de los Estados contratantes y la organización comunitaria de la competencia judicial⁵. Es decir, las reglas de competencia de las secciones 2.^a y 6.^a del Tít. II del CB son normas especiales que delimitan su esfera de aplicación respecto de los supuestos litigiosos que por su objeto o por los elementos personales intervinientes tengan un carácter internacional. Si se admitiera la tesis anterior se rompería el equilibrio instaurado entre las reglas comunitarias de competencia, por una parte, y las reglas de los Estados contratantes, por otra. Pero este argumento presenta dudas para algunos autores, como Rodríguez

5. Lo que se denomina por P. Gothot y D. Holleaux «el sistema propio del convenio».

Benot ⁶, que fundamentándose en el propio TJCE –declara la primacía de la normativa convencional sobre la interna–, y ello aun en ámbitos especialmente conflictivos, como de derecho imperativo o de orden público, o protección parte débil de la relación. Por ello, aunque hay que respetar la autonomía de los ámbitos de aplicación del sistema convencional y el interno de cada Estado, por esa primacía no se puede condicionar al legislador comunitario por los intereses internos de los Estados contratantes.

2.2.2. Domiciliación en Estado contratante de al menos una las partes

Para que se aplique el art. 17 CB/23 R44 es necesario, siguiendo el tenor literal de este artículo, que al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado parte de este Convenio/Reglamento. Esta cuestión plantea varios problemas previos, concretamente en relación con el contenido de la cláusula de elección a jurisdicción.

En primer lugar, cuando estamos hablando de conocimiento de embarque, y en relación con la anterior cuestión: elementos objetivos necesarios en la cláusula de elección para que el juez pueda determinar, con base a lo contenido en el conocimiento y las circunstancias del caso, cuál es el tribunal competente. El primer problema que se plantea es la determinación de quién es la parte para concretar el domicilio. Esto ocurre en el caso *Coreck*, donde en los conocimientos de embarque se hace referencia en la cláusula de elección de jurisdicción, la sumisión a los tribunales de establecimiento principal del porteador. Pero se cuestiona quién es el porteador, ya que *a priori* tendríamos dos posibles: el fletador (sociedad alemana) o del propietario del buque (sociedad rusa). El segundo problema es la determinación concreta del término establecimiento principal para determinar la sede del tribunal al que se han sometido en la cláusula.

Quién es el porteador (Caso *Coreck*): en un principio existe una presunción *iuris tantum* de que el porteador –para determinar tribunal competente– es la empresa naviera propietaria derivada del contenido de la cláusula –contenida en su origen en el contrato de fletamento–; pero si tomamos el propio texto de la cláusula en su segun-

6. RODRÍGUEZ BENOT, o.c., pp. 488-505.

da parte, donde la sociedad Coreck será considerada porteador, al menos a los solos efectos de la cláusula de atribución de competencia, al tomarse los conocimientos de embarque donde las cláusulas están insertas. Si tomamos los conocimientos, éstos fueron emitidos por la sociedad Coreck, y llevaban impresos en el anverso la mención «Coreck Maritime G.m.b.H. Hamburg», por lo que en relación con los conocimientos de embarque que contienen las cláusulas de elección de jurisdicción, la sociedad Coreck es la única porteadora.

2.2.2.1. Determinación del domicilio y establecimiento principal

Para aclarar este término, hay que partir de la premisa de que el lugar donde se encuentra el establecimiento principal de porteador no tiene porqué coincidir necesariamente con el lugar en el que se halla el domicilio o la sede del mismo; cuya determinación corresponde efectuarla conforme al art. 53 del CB. Asimismo, el domicilio es un concepto jurídico, mientras que el establecimiento principal es una cuestión fáctica que tiene atribuidas ciertas consecuencias jurídicas. Por otro lado, que el porteador tenga un establecimiento, por ejemplo, una agencia o sucursal, en un determinado Estado no significa necesariamente que su establecimiento principal esté situado en dicho país.

En el caso Coreck recordamos que en el anverso del conocimiento se hace expresamente mención a Hamburgo, pero por el TJCE no se entendió que éste fuera necesariamente, por este hecho, su establecimiento principal, sino que tiene un establecimiento en Hamburgo –como pretendía la empresa Coreck en sus recursos–⁷. La determinación de dicha cuestión es esencial, pues en función de si el establecimiento principal de la porteadora se encuentra en un Estado parte o en un tercer Estado será o no aplicable el art. 17 CB/23 R44.

Será el tribunal nacional donde se presente la causa, juez del foro, el que determine mediante un análisis fáctico, principalmente del contenido del conocimiento de embarque y las circunstancias que rodean el caso, el establecimiento principal de la porteadora.

7. Postura abrazada por diversos autores, como es el caso de Hilda Aguilar Grieder, en su artículo «Cláusula de elección de foro, conocimiento de embarque y artículo 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968», en *La Ley*, n.º 9, 2000, pp. 140-1410.

2.2.3. Designación de tribunal/es de Estado contratante.

Otra condición para la aplicación del art. 17 CB/23 R44 es que el acuerdo de atribución de competencia designe como competente los tribunales nacionales de un Estado parte del CB/R44. Si bien, para la aplicación del art. 17 CB, requiere que al menos alguna de las partes domiciliada. El art. 17 CB, sólo aplicable cuando alguna de las partes originarias, tengan su domicilio en un Estado parte en el convenio y que el tribunal designado por la cláusula de atribución sea un Tribunal de un Estado parte. Si se cumplen estas condiciones y la causa se plantea ante otro Tribunal parte, supone que este tribunal deberá declinar su competencia e inhibirse a favor del tribunal al que sometieron las partes –por el tenor literal del art. 17.1 que determina la competencia exclusiva de ese tribunal, controla de oficio su competencia (art. 20 CB).Y será el tribunal designado el que tenga que comprobar los presupuestos para la aplicación, así como las condiciones de forma y fondo del art. 17.1, y si se cumplen será el competente para conocer, salvo S. Tácita ante otro tribunal.

2.3. *Requisitos sustantivos del convenio. El consentimiento de las partes a la cláusula de jurisdicción en un conocimiento de embarque*

De forma general, el art. 17 de CB, en su versión del 1978, exige con carácter prioritario, efectivamente el consentimiento de ambas partes del contrato, junto con el requisito sustancial de verificar la existencia del acuerdo atributivo de competencia. Dicho consentimiento deberá de manifestarse de forma clara y precisa⁸, recogido por escrito o de forma oral con confirmación posterior por escrito –regla general–, si bien, como veremos posteriormente al hablar de los requisitos formales, la jurisprudencia del TJCE, indica la necesidad de adaptar tales requisitos a los caracteres propios del transporte marítimo, que al menos se ven atenuadas, incluyéndose el recurso a los usos del comercio internacional⁹. Es fundamental constatar la existencia de tal acuerdo de sumisión, y que sea consentido por ambas partes para que sea válido, pues en caso contrario se pondrán

8. STJCE 14 diciembre de 1976, asunto Colzani, y asunto Segoura, de la misma fecha.

9. Paradigmática a respecto Sentencia STJCE de 16 marzo de 1999, asunto Castelletti.

en marcha los foros subsiguientes de competencia: foro general del domicilio demandado y los especiales por razón de la materia.

Asimismo, cabe establecer límites sustantivos a la autonomía jurisdiccional de las partes materializada en dicha cláusula atributiva de competencia.

- a) Se trata de los supuestos en los que la materia objeto de litigio se considere por el sistema convencional como competencia exclusiva a favor de un Estado parte exclusivamente, es decir, foros imperativos. En este sentido no cabría acuerdo por las partes para dotar de competencia a cualquier otro Estado contratante, no tendría validez dicho acuerdo, pues se trata de una materia indisponible (art. 20 CB).
- b) Sumisión tácita posterior a la sumisión expresa a favor de otro tribunal Estado parte (art. 24 CB): que se produce cuando se ejercite acción por el demandante, existe, por tanto, un proceso abierto como consecuencia, con intervención de un órgano jurisdiccional y comparecencia del demandado, salvo para impugnar la competencia o si existiera otra jurisdicción exclusivamente competente. Requisitos: comparecencia del demandado para realizar cualquier acto procesal relevante distinto de impugnar competencia (por ejemplo, contestar demanda).
- c) Supuestos de relaciones jurídicas con parte débil, como es el caso de los contratos con consumidores, contratos de seguros o contratos individuales de trabajo. El sistema del convenio establece una serie de requisitos adicionales para que el acuerdo atributivo de jurisdicción tenga validez. En materia de transporte marítimo sólo cabría darse el supuesto de contrato de consumidores, donde el CB exige que el acuerdo atributivo de jurisdicción sea siempre posterior al litigio y siempre que le dé al consumidor otra opción distinta para litigar que las recogidas en las normas especiales por razón de la materia, domicilio del consumidor o domicilio de la empresa prestadora de los servicios.

La cuestión aquí es determinar si en el comercio internacional, en el transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque entre cargador y porteador, existe una relación de consumidor empresario. Para España son diversas las resoluciones judiciales de nuestros tribunales: *V. gr.*, Audiencia Provincial de Santander, Auto de 9 junio de 2000, en la que claramente se afirma que no existe rela-

ción de consumo, puesto que no hay parte débil, no hay consumidor, toda vez que no se encuentran dentro de la definición de consumidor que establece el art. 1 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Esto se traduce en que aunque en virtud de esta ley, la cláusula de elección de jurisdicción contenida en conocimiento de embarque sería considerada como abusiva y como consecuencia nula, según la LCGC, si tuviera el cargador el carácter de consumidor, carácter que se niega por casi la unanimidad de nuestra jurisprudencia.

Por su parte, el TS, en su Sentencia 20 julio 1998, reconoce la naturaleza del contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque como contrato de adhesión, pero eso no invalida, vicia de origen sus cláusulas, incluyendo la de elección de foro, puesto que adhesión no es equiparable a abusivo. Toda vez que no es abusivo, de por sí, desde el punto de vista de que exista una parte débil, porque no la hay, ya que no hay consumidor; ni tampoco abusivo desde punto de vista que exista posición dominante de una de las partes (porteador) respecto de la otra (cargador), aun en el supuesto hipotético de que todos los transportes marítimos internacionales sean realizados por empresas extranjeras.

d) Existencia de normas especiales de derecho internacional, a las que expresamente se refiere el art. 57.3 del CB: disposiciones materiales particulares sobre competencia judicial internacional en actos institucionales o en legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos. El problema de la determinación de la concurrencia de una de esas normas especiales, lo podemos ver en la SAP Santa Cruz de Tenerife, 10 septiembre de 2001 ¹⁰. La Audiencia, en este caso, siguiendo al TJCE, determina que se ha de interpretar de forma autónoma determinados conceptos del Convenio al margen de la calificación dada por la ley nacional aplicable a la relación jurídica, y, por otro lado, la dispo-

10. Sentencia dictada en materia de contrato de agencia. En el caso por la parte demandada se alega la falta de aplicación del acuerdo atributivo de jurisdicción por ser contrario a la ley 12/1992, de 27 mayo sobre contrato de agencia, por la que se traspone la Directiva Comunitaria 86/653/CEE, de 18 diciembre, donde se establece como fuero obligatorio e irrenunciable el foro del domicilio del agente, declarando nula cualquier cláusula de sumisión expresa que determine cualquier otro foro (Disposición adicional Ley 12/1992), entendiéndose que entra dentro del ámbito de aplicación de dicha ley por incluirse en la definición de contrato de agencia que determina esta ley.

sición adicional de la ley introduce un criterio interno e imperativo de determinación de competencia territorial que presupone la jurisdicción de los tribunales españoles, pero sin que establezca la extensión de la jurisdicción española para conocer de todas las pretensiones derivadas de un contrato de agencia con elemento extranjero y en el que el agente sea español. Toda vez que son otras normas de nuestro ordenamiento jurídico las que determinan la jurisdicción española ¹¹. Por lo tanto, en el caso de referencia, la Disp. Adicional de esta ley no está integrada en el conjunto normativo que regula la extensión y límites de la jurisdicción española. La Directiva europea cuya transposición es la Ley 12/1992 no contiene ninguna norma sobre competencia judicial internacional, por lo que esta Disp. Adicional no tiene origen comunitario, ni es la consecuencia de una función propiamente armonizadora del derecho interno a la Directiva comunitaria, puesto que introduce novedades, como es el caso del foro imperativo, que no se prevé en ella para armonizar. Por eso, siguiendo jurisprudencia reiterada del TJCE ¹², el objetivo del CB consiste, en particular, unificar las reglas de competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes, evitando, en la medida de lo posible, la multiplicidad de los criterios de competencia judicial respecto de la misma relación jurídica.

2.4. *Requisitos formales del acuerdo*

Existen divergencias jurisprudenciales internas relativas al tratamiento de la validez de los acuerdos atributivos de jurisdicción establecidos en los conocimientos de embarque, que reflejan problemas de interpretación de la normativa convencional –art. 17 CB–, que podrá ser extensiva a la aplicación del art. 23 R44/2001: requisitos materiales y formales del acuerdo de jurisdicción, extensión, límites y eventual alcance frente a terceros del pacto ¹³.

11. Así, la LOPJ no distribuye competencia judicial internacional, sino que delimita la jurisdicción española, al igual que ciertos arts. de la LEC de 2000, y en virtud de los art. 21 LOPJ y art. 96.1 CE: aplicación preferente de los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

12. STJCE, de 3 julio de 1997, asunto Benincasa vs. Dental kit, entre otras.

13. Art. 17 CB (redacción por art. 7 Conv. de San Sebastián 1989): «*El convenio atributivo de competencia debe celebrarse por escrito o verbalmente con confirmación escrita, pero también es admisible en una forma que se ajuste a los hábitos que*

En cuanto a las exigencias formales más problemáticas del acuerdo atributivo de jurisdicción, en particular: forma escrita del acuerdo o verbal con confirmación escrita, el idioma en el que está redactada la cláusula, la exigencia o no de firma por parte de los contratantes del acuerdo y la extensión de sus efectos frente terceros no partes originarias del contrato; existen contradictorias resoluciones de nuestros tribunales internos.

Dos orientaciones fundamentales:

1. Orientación jurisprudencial que aboga por interpretación flexible de los requisitos formales para dotar de validez dichas cláusulas: Sentencia de la AP de Pontevedra (Secc. 2.^a) n.º 160/ de 8 mayo de 2000, que admite la validez de la cláusula de atribución contenida en conocimiento de embarque y critica la postura por ultra nacionalista del TS en la interpretación del derogado art. 51 LEC (falta validez cláusula de atribución de competencia en contrato de adhesión) y art. 267 de la anterior LOPJ, declarando nulas y sin validez las cláusulas de sometimiento ¹⁴. Aunque su postura se puede considerar correcta, el fundamento de su argumentación no lo es, pues se apoya para alegar la validez de la cláusula en el Convenio Bruselas 1924 para unificación de ciertas reglas en materia de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque, que señala dio lugar a la ley de 22 diciembre de 1949, LTM, y que reconoce el pleno valor de la sumisión de las partes como índice primario de competencia internacional, cuando en realidad tanto el CB 1924 como la LTM guardan silencio sobre tal extremo.

También flexible, Auto AP Santander 9 junio de 2000: admite validez de la cláusula sumisión a tribunales franceses contenida en conocimiento de embarque, subrayando que no cabe imponer requisitos formales adicionales ni diferentes de los fijados en el art. 17 CB. En particular, considera que la *redacción de la cláusula en lengua inglesa no afecta a su validez*, entendiendo que en el marco del transporte marítimo internacional la contratación es usualmente rea-

las partes tuvieren establecidos o, en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado» (aparatados b y c del art. 7 Conv. San Sebastián).

14. STS 22 diciembre de 1972 y STS 20 marzo de 1973.

lizada en inglés, no válido este argumento para solicitar nulidad de la cláusula, incluso lo califica como contrario a la buena fe. Igualmente, considera esta resolución que la cláusula no es abusiva, y que no cabe apreciar parte débil en la relación que justifique la aplicación de la legislación correspondiente de protección del más débil (LGDCU). También respecto de la extensión de los efectos de la cláusula frente a terceros. Esta resolución determina que, siguiendo la jurisprudencia del TJCE, el hecho de que ninguno de los actores intervino en la negociación del contrato de transporte ni suscribió originariamente los conocimientos de embarque, no es obstáculo para que resulten vinculados por la cláusula de sumisión, cuestión que abordaremos en puntos posteriores. Concretamente esta sentencia considera válida y eficaz la cláusula de sumisión por haberlo pactado las partes por escrito, con las siguientes consideraciones:

- El pacto de sumisión consta por escrito y aceptado por el cargador original en el propio conocimiento de embarque (sello del cargador).
- El pacto de sumisión es claro y perfectamente comprensible. No es necesario ninguna forma ritual, formalismo para la validez de la cláusula ¹⁵.
- La cláusula redactada en inglés no es causa de nulidad, pues es una argumentación contraria a la buena fe a la luz de la experiencia del comercio internacional y de sus usos y prácticas.
- La cláusula no es abusiva, sino propia de un contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque, prevista por la legislación internacional. No se trata de consumidores las empresas demandantes conforme al derecho español, citamos art. 1.º LGCU. No cabe, por tanto, entender que exista debilidad de una partes frente para justificar la aplicación de legislación tuitiva del más débil. Porque estamos ante un negocio de adhesión consustancial al contrato celebrado de transporte en régimen de conocimiento de embarque; no cabe, por ello, alegar esta naturaleza para exonerarse del cumplimiento de lo asumido mediante endoso, pues no se puede entender que todo contrato de adhesión esté viciado de nulidad desde su origen. Aquí la cláusula es perfecta-

15. STJCE 16 marzo de 1999, caso Castelletti: «*Los Estado contratantes no están facultados para establecer unos requisitos de forma distintos de los previstos en el Convenio -CB-*».

mente visible, destacada en negrita y ubicada en el anverso de los documentos de los conocimientos.

- Aunque la actora no intervino en la negociación del contrato de transporte ni suscribió originariamente los conocimientos de embarque, pero esto no es obstáculo para que resulten vinculados por la cláusula de sumisión ¹⁶.
- 2. Postura jurisprudencial contraria a flexibilizar los requisitos formales: la AP Valencia Sentencia 18 octubre de 2000, que analiza la ratio inspiradora del art. 17 CB, concretada en el deseo de armonizar los objetivos/intereses contrapuestos: por un lado, proteger a las partes de cláusulas subrepticamente introducidas y evitar un formalismo crónico que paraliza el comercio internacional, para terminar afirmando que la exigencia de forma escrita no es la única exigencia para la validez, y que la adecuación a una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos o conforme a los usos del comercio internacional valida plenamente el acuerdo atributivo de jurisdicción.

Prórroga expresa de la competencia en virtud art. 17 CB (conforme a la corrección del art. 7.º del convenio de San Sebastián 1989): que se manifieste tal intención de forma escrita o verbal confirmada por escrito. ¿Validez cláusula en ausencia de firma o aceptación por la parte? Dada la redacción amplia del art. 17 CB, TJCE ha tenido que pronunciarse en diversas ocasiones:

- en relación con la validez de unas condiciones generales de ventas impresas al dorso del contrato, en la conclusión del contrato por reenvío a ofertas anteriores: STJCE 14 diciembre de 1976;
- en la necesidad o no de una aceptación escrita del comprador y su aplicación a acuerdos verbales en el marco de una relación mercantil frecuente entre varias empresas: STJCE 14 diciembre de 1976 y 11 julio de 1985;
- sobre la importancia del idioma en el que se ha redactado el acuerdo: STJCE 24 junio 1981;
- relación entre acuerdo y contrato de seguro: STJCE de 14 julio de 1983.

16. *Idem.*

- acerca de valor de cláusula atributiva de competencia en conocimiento de embarque: STJCE 19 junio 1984.
- condiciones para que pueda celebrarse un convenio atributivo de competencia a favor de una sola de las partes: STJCE 24 junio 1986.
- posibilidad de que la cláusula de elección de fuero contenida en contrato renovado tácitamente y continúe en vigor ¹⁷.

El denominador común de todas ellas, el deseo de encontrar solución equilibrada entre los objetivos contrapuestos: proteger a partes de cláusulas subrepticamente incorporadas y evitar excesivo formalismo que entorpece comercio internacional. Por ello, conclusiones:

- a) La exigencia de forma escrita no es la única admisible, aunque ésta sea la forma más clara de constatar la existencia del consentimiento de las partes, por ello le corresponde al juez del foro la obligación de examinar si tal *consentimiento se ha manifestado de forma clara y precisa*, otorgándole al juez del foro la competencia para interpretar la cláusula: STJCE 26 marzo de 1992.
- b) El acuerdo de elección debe estimarse aceptable en supuestos excepcionales o especiales, como:
 1. cláusula contenida en conocimiento de embarque entre transportista y cargador, que puede aplicarse en las relaciones entre transportista y tercer porteador si es válida y la ley aplicable admite que el tercer porteador, al adquirir el conocimiento suceda al cargador en sus derechos y obligaciones (STJCE 19 junio 1984), y
 2. en los supuestos de que una cláusula atributiva de jurisdicción se contenga en conocimiento firmado por el transportista pero no por el cargador, será válida tanto si el conocimiento de embarque forma parte de las relaciones comerciales frecuentes entre uno y otro, como si las condiciones generales contienen la cláusula atributiva de jurisdicción, tal y como exige la STJCE en el caso Salotti de 14 de diciembre de 1976, puesto que los reenvíos a otras ofertas anteriores, que contienen o constituyen condiciones generales que rigen cada relación, son expresos y susceptibles de ser controlados por la otra parte, que conoce las condiciones generales que rigen ese tipo de relaciones comerciales. Estable-

17. STJCE 11 de noviembre de 1986.

ciendo, esta misma sentencia, que son los jueces de los Estados contratantes los que tienen que *verificar de oficio* su competencia cuando conozcan de un litigio respecto al cuál sea exclusivamente competentes otro tribunal contratante en virtud del art. 16 CB, y cuando el demandado esté domiciliado en un Estado contratante diferente al del foro y no comparezca.

STJCE 9 noviembre de 2000, asunto Coreck: los requisitos formales recogidos en el art. 17 CB como consecuencia de implicar su cumplimiento una derogación de las reglas generales de competencia contenidas en los arts. 2.º, 5.º y 6.º CB, han de interpretarse restrictivamente, de tal modo que para el ámbito del art. 17 CB sólo se admitirá una cláusula de elección de foro cuando el consentimiento de las partes a la misma se haya manifestado de una forma clara y precisa.

2.5. *Grado de concreción de la designación del tribunal*

Nos centramos en la STJCE 9 noviembre de 2000, que aborda la cuestión expresamente, al determinar que el art. 17 CB debe interpretarse de la siguiente forma:

No exige que una cláusula atributiva de competencia se formule de tal manera que, por su propio tenor, sea posible identificar el órgano jurisdiccional competente. Basta con que la cláusula identifique los elementos objetivos sobre los cuales las partes se han puesto de acuerdo para elegir el tribunal o tribunales a los que desean someterse los litigios que hayan surgido o que puedan surgir. Estos elementos deben ser suficientemente precisos para permitir al juez que conoce del litigio determinar si es competente, pueden ser concretados, en su caso, por las circunstancias propias de cada situación. (...)

2.6. *Falta de firma de una de las partes*

El TJCE, en su Sentencia de 19 junio 1984, asunto «Tilly Russ», determina que la cláusula atributiva de jurisdicción contenida en conocimiento de embarque que no haya sido firmado por el cargador es formalmente válida desde el punto de vista del art. 17 CB, si se cumple alguna de las tres condiciones siguientes:

- a) si consta por escrito el consentimiento de ambas partes a las condiciones del conocimiento de embarque que contienen la señalada cláusula de elección, o
- b) si la misma ha sido objeto de un acuerdo verbal anterior entre las partes referido expresamente a la cláusula atributiva de jurisdicción, y el conocimiento de embarque, que haya sido exclusivamente firmado por el porteador, debe considerarse como la confirmación escrita del acuerdo verbal previo; o
- c) si el conocimiento de embarque forma parte de las relaciones comerciales habituales entre las partes, en la medida en que demuestra que dichas relaciones se rigen por unas condiciones generales que contienen la cláusula de elección de foro en cuestión.

Por su parte, en la STJCE, en el caso Salotti de 14 de diciembre de 1976, determina que en los supuestos de que una cláusula atributiva de jurisdicción se contenga en conocimiento firmado por el transportista, pero no por el cargador, será válida tanto si el conocimiento de embarque forma parte de las relaciones comerciales frecuentes entre uno y otro, si las condiciones generales contienen la cláusula atributiva de jurisdicción. Puesto que los reenvíos a otras ofertas anteriores, que contienen o constituyen condiciones generales que rigen cada relación, son expresos y susceptibles de ser controlados por la otra parte, que conoce las condiciones generales que rigen ese tipo de relaciones comerciales.

2.7. *Superación del formalismo y operatividad de los usos en la atribución de competencia*

2.7.1. Concepto, naturaleza, justificación y requisitos del uso a la luz de la normativa institucional (caso «MSG» y Castelletti Trumpy)

La Sentencia de 16 de marzo de 1999, dictada en el Asunto Castelletti Trumpy, se configura como una de las resoluciones básicas de este Tribunal, en lo que se refiere a la interpretación del art. 17 del CB, para que despliegue todos sus efectos¹⁸. En el caso concreto la

18. Asunto Castelletti: reclamación daños en mercancía por transporte marítimo desde Argentina a Italia. Contrato en régimen de conocimiento de embarque

Corte Suprema italiana, suspende el procedimiento y plantea ante TJCE cuestiones de prejudiciales sobre interpretación del art. 17 CB, concretamente: de la exigencia de celebrar el acuerdo atributivo de competencia «*en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos en este ámbito y que las partes conocieren o debieren conocer*». Precisión que fue añadida al precepto originario, tras el Convenio de adhesión de 9 octubre de 1978.

Resolviendo el TJCE, en los siguientes términos:

(...) La especificidad de los usos de tráfico marítimo han provocado que los requisitos exigidos en el art. 17 CB (tras Conv. de adhesión 1978) deben tener un enfoque diferente, porque conlleva una flexibilización evidente de las exigencias formales en él exigidas. Empezando por el requisito sustancial del consentimiento de las partes, que por la misma práctica marítima lleva a exigirlo sólo a modo de presunción, por lo que se presumirá satisfecho (aunque no se trata de consentimiento en *strictu sensu* de ambas parte). La habitualidad de las operaciones del tráfico marítimo lleva a presumir que se ha producido un consentimiento de las partes a la cláusula de elección de foro incluida en conocimientos de embarque, junto al resto de cláusulas y condiciones del documento, aunque verdaderamente, de hecho, no haya una confrontación de voluntades.

entre Transporti Castelletti con domicilio social en Milán –cargador–, y Trumpy con domicilio en Génova como consignatario del buque y del porteador –Lauritzen con sede en Copenhague–. Mercancías embarcadas por varios cargadores argentinos, al amparo de 22 conocimientos emitidos en Buenos Aires, a bordo de buques fletado por Lauritzen. Descarga mercancías en Italia, se produjeron daños: reclamación de Castelletti contra Trumpy por daños y perjuicios ante tribunal de Génova. Trumpy interpone excepción de incompetencia alegando cláusula de elección jurisdicción a la corte de justicia de Londres recogida en los conocimientos de embarque. Anverso de los documentos figuraba, junto a referencia a mercancías y otra serie de datos, una nota que remitía a las condiciones fijadas en el dorso –incluida la cláusula atributiva de competencia–, así como las firmas del agente local del porteador y del cargador. La excepción fue aceptada en primera instancia como en apelación. Para Tribunal de Génova, 1.^a instancia, se acepta validez cláusula jurisdicción por ser conforme a los usos del comercio internacional, aunque apareciera en un formulario no firmado por el cargador. Para corte de apelación: la firma del cargador en el anverso del conocimiento implica la aceptación por Castelletti de todas las cláusulas del documento, incluida la de jurisdicción. Castelletti no conforme con interpretación: plantea recurso Casación, alegando que la firma en el anverso sólo suponía aceptación de las cláusulas del anverso no del reverso/dorso.

2.7.2. Comercio internacional y usos

La referencia expresa a los usos del comercio en el Conv. de adhesión de 1978, que supuso su incorporación en el art. 17 CB, se justificaba por entender que las exigencias formales anteriores no se adaptaban a las necesidades del comercio internacional. Para poder determinar la aplicación de los usos para la concreción de la existencia y validez del consentimiento de las partes a la cláusula de elección de jurisdicción inserta en conocimiento de embarque, deben ser referidos a los usos del tráfico marítimo y no del comercio internacional en general, por las peculiaridades específicas del sector. Por tanto, de los usos depende la *existencia y forma* que debe darse al consentimiento para que sea válido ¹⁹.

2.7.3. Existencia y conocimiento de los usos por las partes

A) La existencia de un uso deberá comprobarse en relación al sector comercial en el que las partes contratantes ejercen su actividad, es decir, «*cuando los operadores de dicho sector sigan un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos*» (STJCE 20 febrero 1997, asunto MSG). Siendo irrelevante si se trata de países con una posición preponderante o no en dicho sector, o si tal comportamiento está acreditado en determinados países, incluidos los comunitarios.

La STJCE 6 marzo de 1995, en lo tocante a los usos, literalmente establece:

(...) el tercer supuesto de la segunda frase del párrafo 1.º del art. 17 CB debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de un contrato celebrado verbalmente en el comercio internacional, se entiende que se ha estipulado válidamente un convenio de elección de foro, con respecto a dicho artículo, a consecuencia de la falta de respuesta de la otra parte contratante a un escrito comercial de confirmación que su contratante le hubiere enviado, o del pago reiterado y sin protesta de facturas, cuando dichos documentos contengan una mención impresa que indique el fuero, si este comportamiento corresponde a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan las partes interesadas y si estas partes conocen o debieren conocer dicho uso. Correspondiendo al juez nacional com-

19. STJCE 16 marzo de 1999, caso Castelletti.

probar la existencia de dicho uso, así como el conocimiento del mismo por las partes. Entendiendo que **existe uso** cuando las partes contratantes que operan en dicho sector siguen generalmente un comportamiento determinado al celebrar cierta clase de contratos.

Por su parte, la ya tan mencionada Sentencia dictada en el caso Castelletti, de 16 marzo 1999, a colación sobre los usos, podemos extraer una serie de afirmaciones, que podemos resumir en las siguientes:

- La existencia del uso debe comprobarse en el sector comercial en que las partes contratantes ejercen su actividad. Y en cuanto al sector del comercio internacional deben entenderse en relación al tráfico comercial mundial en su globalidad y no limitado al ámbito de la UE, ni mucho menos a un determinado Estado miembro.
- No es necesario que dicho comportamiento esté acreditado en determinados países ni, en particular, en todos los Estados contratantes.
- No cabe exigir sistemáticamente una forma de publicidad específica.
- La impugnación ante los tribunales de un comportamiento que constituye un uso no basta para hacer que pierda su condición de uso.
- Las exigencias de forma conforme a los usos deben valorarse exclusivamente a la luz de los usos comerciales del sector del comercio internacional del que se trate, sin tener en cuenta las exigencias particulares que pudieran establecer las disposiciones nacionales.
- El conocimiento del uso debe apreciarse en relación con las partes originarias del convenio atributivo de competencia, sin que la nacionalidad de las mismas tenga repercusión alguna al respecto.

La elección del tribunal designado en una cláusula de elección de foro sólo puede apreciarse a la luz de las consideraciones que guarden relación con las exigencias que establece el art. 17 CB; las consideraciones referentes a los vínculos entre el tribunal designado y la relación objeto de litigio, a la justificación y a las disposiciones materiales sobre la responsabilidad aplicables ante el tribunal elegido no guardan relación con dichas exigencias.

- No obstante, por los tribunales nacionales sí que se tiene en cuenta estas circunstancias a la hora de determinar la eficacia de una

cláusula de elección cuando el tribunal del foro sea el «natural» del demandado, es decir, el de su domicilio, mediante el recurso a la figura del *abuso del derecho*. Si bien, cuando no media convenio o tratado internacional que les obligue entre el tribunal del foro y la jurisdicción designada por la cláusula atributiva de competencia.

Se hace necesario señalar, que para el supremo órgano de interpretación de la normativa comunitaria, como es el TJCE, la cláusula de atribución de jurisdicción es independiente y autónoma respecto del resto del contrato, de tal forma que si cumple los requisitos formales y materiales, establecidos en dicho art. 17 CB, podrá determinar la competencia del tribunal al que se le someta la nulidad de contrato donde está inserta dicha cláusula de sumisión. Auto TJCE 5 mayo de 1995: en su punto segundo declara que *«el órgano jurisdiccional de un Estado contratante designado en una cláusula atributiva de competencia válidamente pactada conforme al párrafo 1.º del art. 17 CB también tiene competencia exclusiva cuando la acción tiene por objeto, entre otros, la declaración de nulidad del contrato en el que se contiene dicha cláusula.»* (Negrita nuestra.)

En resumen, podemos concluir que la existencia del uso requiere: generalidad + regularidad en el comportamiento de los operadores del transporte marítimo internacional, sin que sea necesario publicidad específica del mismo.

B) El Conocimiento de los usos por las partes. Aunque algunos autores, como es el caso de prof. Rodríguez Benot, consideran esencial para determinar la existencia del consentimiento el conocimiento de los usos por el cargador, y, por tanto, los formularios impresos donde se recogen las condiciones del contrato, incluida la cláusula de elección de foro, establecidas por un operador en un sector del comercio internacional sería una forma admitida siempre que el aceptante de tal formulario hubiera tenido la posibilidad de examinar tales condiciones generales y de conocer, por lo tanto, la cláusula de elección de foro en ellas inserta. Pero la práctica marítima lleva a que el cargador –en cuanto a parte que presumiblemente acepta las condiciones del contrato– pueda ni siquiera firmar el documento, sin que ello impida hablar de la existencia de un consentimiento presunto, del mismo modo cabe presumir el conocimiento de dicha práctica/uso por las partes, aunque de hecho el cargador no examine todas las condiciones del conocimiento de embarque (incluida el

de elección de foro), siempre que se trate de un uso ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate, en este caso el marítimo ²⁰.

¿Cómo ha de interpretarse la expresión: «*debiera conocer*» del art. 17 CB, en relación al transporte marítimo? El TJCE –asunto Castelletti– se cuestiona si dicha expresión debe referirse a un criterio de buena fe y honestidad objetiva en la formación de un contrato específico, o bien a un criterio de diligencia subjetiva media, que debe concretarse atendiendo a la naturaleza de la actividad, teniendo en cuenta la exigencia de que las partes conozcan perfectamente la práctica corriente en el comercio internacional. El TJCE al final no aclara nada al respecto, sin determinar si deben tenerse en cuenta criterios objetivos o subjetivos de conducta. Parte de la doctrina entiende que desde el momento en que los operadores del tráfico marítimo participan en él, presupone que deben conocer las prácticas habituales del sector, no por cuestiones de buena fe, sino por la propia aptitud en el propio tráfico, valorándolo desde una perspectiva objetiva ²¹.

Respecto del sujeto que debe conocer el uso: ¿debe ser el cargador originario aunque no tenga nacionalidad de un Estado contratante, o basta con que sea el endosatario del conocimiento de embarque, que sí es nacional de un Estado parte? Dos cuestiones:

1. Es indiferente la nacionalidad de las partes a los efectos de valorar el conocimiento del uso, ni tampoco el domicilio (STJCE, caso Tilly Ross).
2. Deberá verificarse el nivel de exigibilidad del conocimiento del uso y con respecto a quién debe realizarse. El TJCE, en asunto Castelletti, determina que el conocimiento del uso deberá apreciarse en relación con los sujetos originarios del convenio atribu-

20. STJCE 6 marzo de 1995, se acredita que las partes lo conocen –el uso–: «*cuando estas hubieren entablado con anterioridad relaciones comerciales entre ellas o con otras partes que operen en el sector comercial de que se trate o cuando, en dicho sector, se siga un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos, de modo que pueda considerarse una práctica consolidada*».

21. Rosario Espinosa Calabuig,, en su artículo «Las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque y el artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 (Comentario a la STJCE de 16 de marzo de 1999, «Asunto Castelletti»), entre otros.

tivo de competencia, porteador-cargador originarios, sin perjuicio de que los futuros endosatarios del conocimiento de embarque estén obligados por la fuerza de esos mismos usos a conocerlos, o al menos a presumir ese conocimiento. Así, los terceros poseedores de conocimiento no sólo se subrogan en la posición del cargador, sino que igualmente participan en un tráfico que supuestamente, y dado que participan en él, deben conocer. Por tanto, también se presume conocimiento de esos usos a los terceros tenedores del documento.

Nuestra Jurisprudencia interna expresamente admite la cláusula de atribución competencia en base a los usos del comercio marítimo²².

2.7.4. Requisito de forma conforme a los usos del acuerdo

Por el art. 17CB, para superar el formalismo que entorpecía el comercio internacional, se flexibiliza el requisito de forma escrita de la antigua redacción del artículo, estableciendo el requisito de la forma del acuerdo de sumisión de foro conforme a los usos del comercio internacional en el transporte marítimo. Suficiente para garantizar la seguridad jurídica sin caer en excesivo formalismo contrario a la práctica comercial, y protección de la parte débil: contrato de adhesión (conocimiento y consentimiento). Requisito forma conforme a uso:

- a) interpretar como parte de esa forma la necesidad de que figure la firma del cargador en el mismo formulario donde aparece la cláusula de jurisdicción. En el asunto Castelletti se plantea como cuestión prejudicial si la firma del cargador en el anverso del documento debe interpretarse como un signo del conocimiento y aceptación por parte del sujeto de todas las condiciones del contrato, incluida cláusula de elección. Pero la firma del cargador no parece exigirse expresamente, al menos en la normativa convencional reguladora del transporte marítimo. Las únicas indicaciones hechas en las Reglas Haya-Visby se refieren al conocimiento de embarque –que debe entregarse petición del cargador– en rela-

22. SS AP Barcelona 20 de diciembre de 1999, y 19 mayo 2000; SS AP Cantabria 24 noviembre de 1999; AP Santa Cruz de Tenerife, 10 septiembre de 2001, AP Cádiz Sentencia 10 septiembre de 2001, etc.

ción con las mercancías cargadas. Las reglas Hamburgo (arts. 14,15 y 16) enumera detalladamente todos los datos que deben constar en el conocimiento de embarque, incluido el nombre del cargador, aunque no su firma, la única requerida es la del porteador.

En la práctica, el cargador puede no firmar el conocimiento o, si se han emitido varios ejemplares, que sólo haya firmado uno de ellos. Por lo tanto, está fuera de los usos de este sector el exigir la firma del cargador en el mismo formulario donde aparece la cláusula de jurisdicción, como medio de corroborar su consentimiento (Castelletti), pero hay sentencias del TJCE anteriores que exigían constancia por escrito en el mismo documento o por separado de la firma/consentimiento del cargador sobre la cláusula de elección (asunto Tilly Ross). Los usos en el sector requieren que la cláusula de elección aparezcan al dorso del conocimiento del embarque, junto al resto de las condiciones del contrato, y normalmente al final del documento, y se presumirán aceptadas por ambas partes, sin que ello pueda considerarse, en principio, como una indefensión del cargador, como parte débil del contrato, porque como operador del tráfico marítimo debe conocer. Por lo que la firma en el anverso supone aceptación y obligación de ambas partes a todas las cláusulas, las del anverso y las del dorso ²³.

También fue objeto de cuestión prejudicial en el caso Castelletti, si es necesario que la cláusula atributiva de competencia debe resaltar del resto del clausulado en el conocimiento de embarque. Los propios usos del sector de comercio marítimo dan solución: dicha cláusula aparecen habitualmente junto al resto de condiciones del contrato —expresadas en el conocimiento de embarque— sin que

23. No obstante, existe jurisprudencia nacional Auto Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, 11 octubre de 2006: que entiende que no existe un uso en el comercio internacional «ampliamente conocido y regularmente observado» de incluir cláusulas de sometimiento expreso a los tribunales del porteador, se fundamenta esta afirmación en las Reglas Hamburgo, que no atribuye con carácter excluyente, ni si quiera preferente, la jurisdicción de los tribunales a los que se hubieran sometido expresamente las partes (art. 21), sino que reconoce al demandante el derecho a elegir el fuero entre diversas opciones, entre las cuales figura, en último lugar, «cualquier otro lugar designado al efecto en el contrato de transporte marítimo». Aunque Reglas Hamburgo no aplicables en España, porque no lo ha ratificado, este tribunal le reconoce indudable autoridad, y además el CB y R44 —art. 17-23—, exige que la prórroga de jurisdicción obedezca no sólo a un uso internacional, sino que «dicho uso sea regularmente observado».

llame la atención respecto del resto. Aunque cierta doctrina, como Rosario Espinosa Calabuig, considera que sería conveniente distinguirla en aras de la seguridad jurídica y para evitar posibles riesgos de indefensión. De estos usos cabe afirmar que sigue consolidándose la posición predominante del porteador, aunque paradójicamente supone el presunto consentimiento de ambas partes.

2.8. *Aplicación de normativa imperativa sobre condiciones generales de la contratación*

2.8.1. Cláusula abusiva y nulidad

El contrato de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque, su naturaleza es de contrato de adhesión, por lo que las condiciones en él recogidas no son el fruto de negociación contractual entre las partes. Por ello, las cláusulas incorporadas en el conocimiento de embarque, incluida la cláusula de elección de foro, se deben considerar como condiciones generales de la contratación²⁴. Y la legislación nacional en la materia, LCGC, es imperativa, se aplicará con independencia de la ley aplicable al contrato²⁵.

Por lo tanto, la validez de la cláusula de elección de foro inserto en conocimiento de embarque según el primer requisito según art. 5.1 LCGC, para que las condiciones se incorporen a un contrato es que «se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes». Y el art. 7 LCGC, entiende que no estarán incorporadas al contrato las condiciones generales: «*a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato –poner en relación con los usos en el sector del transporte marítimo, que se presume el conocimiento de los operadores de tal sector como*

24. Auto Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, 11 octubre de 2006: cláusula de sumisión a jurisdicción recogida en conocimiento de embarque encaja en definición de condiciones generales de la contratación, según el art. 1.º de la LCGC, 7/1998.

25. Art. 3.º, que: *a)* «La presente Ley se aplicará a las cláusulas de condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española –*lex contractus*–», *b)* «también se aplicarán a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya metido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios internacionales».

*tales—, o cuando no hayan sido firmadas cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5.º»*²⁶

Respecto del posible carácter abusivo de la cláusula de elección, como condición general, hay que determinar que según la legislación española aplicable imperativa sólo serían nulas cuando el adherente es al mismo tiempo un consumidor en los términos de la Ley 26/1984 (LGCU), y es reiterada la jurisprudencia nacional²⁷ y doctrina que determina que no existe una condición de consumidor; igualmente en el sentido de entender que no es abusivo automáticamente la cláusula por el mero hecho de ser de adhesión. Por lo tanto, la cláusula, aun cuando fuera abusiva, es decir, sea favorable a la parte proponente, sería válida siempre que fuera firmada por el adherente profesional o empresario²⁸.

Dos tendencias jurisprudencia interna respecto de la *necesidad de firma de la cláusula de elección de foro*:

A) Jurisprudencia que admite la validez de la cláusula de sumisión cuando esté incorporada en conocimiento de embarque por la mera aceptación del mismo, pues entiende que supone que es una aceptación global a todas sus cláusulas, por lo que no necesita expresa aceptación de la cláusula por el cargador. Sentencia AP Barcelona 19 octubre 2005: para que el conocimiento de embarque surta efectos y vincule al cargador no es necesario la firma, pues su aceptación es consiguiente a la recepción del conocimiento al tiempo de la entrega de la carta de transporte. Y la aceptación es global, no sólo del hecho del transporte en régimen de conocimiento de embarque, sino también del resto de las cláusulas, como el de elección de foro». Se fundamenta en STS de 13 octubre de 1993: sobre la posibilidad de oponer cláusula de sumisión a la aseguradora que se subroga en la acción del cargador/destinatario. No obstante, esta sentencia parte de la validez de la cláusula entre las partes originarias, consentida: firmada por cargador al que se subroga, si no es válida no es oponible a terceros.

26. Auto Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, 11 octubre de 2006, no son oponibles las cláusulas generales que no hayan sido firmadas por el adherente, en nuestro caso, el cargador, por sí o por los medios de sus representantes.

27. Auto A P Santander 9 junio 2000, STS 20 julio 1998.

28. STS 10 noviembre 1993, STS 26 enero 1997, STS 21 mayo de 1982, STS 30 abril de 1990 y STS 10 julio 1990, Sentencia AP Madrid 10 diciembre de 2002, entre otras: No produce efectos una cláusula no firmada por todas las partes.

- B) Otra tendencia, que exige la aceptación expresa por el cargador. Auto Juzgado de lo mercantil de Barcelona, 11 octubre 2006: para que la cláusula sea *válidamente oponible tiene que ser expresamente aceptada por escrito por el cargador*. Entiende la resolución que al ser el conocimiento de embarque un documento que prueba la existencia de un contrato de transporte, y desde ese punto de vista no necesita ser firmado por cargador, pues un documento unilateral elaborado por el porteador (art. 5.4 Reglas Haya-Visby). Pero en este sentido el conocimiento de embarque no tiene porqué recoger menciones distintas a las previstas en el art. 18 de las Reglas Haya-Visby, y por tanto, si introduce alguna cláusula o condiciones generales, como el acuerdo de sumisión a foro, tendrá que estar sujeto a la regulación de las condiciones generales LCGC: consentidas, firmadas por cargador –arts. 5.º y 7.º

2.8.2. Especial referencia a convenio arbitral

Nuestro TS ²⁹, respecto de la incorporación de convenio arbitral, determina la exigencia de aceptación expresa, al igual que condiciones generales de la contratación. Porque así lo reclama el art. 9.º LA 60/2003: acuerdo formalizado por escrito (también art. II CNY 1958), y que haya sido suscrito por las partes o hay constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje ³⁰. Por tanto, se exige acuerdo por escrito firmado por las partes o contenido en canje de cartas o telegramas.

2.9. *Cláusula de elección del foro y subrogación. Extensión, límites y alcance frente a terceros del acuerdo de elección.*

La cuestión verdadera es saber si la cláusula de elección de foro inserta en conocimiento de embarque produce efectos frente a cualquier tercero tenedor del documento o únicamente frente al tercero

29. STS 28 enero de 1998.

30. El art. 9.5º, Ley 60/2003, se entiende que hay convenio arbitral conforme a la forma exigida cuando en la demanda presentada a arbitraje se afirma la existencia de tal convenio y se contesta a la demanda sin negar este extremo (intercambio escritos).

tenedor, que al adquirir el conocimiento haya sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones en virtud del derecho nacional que resulte aplicable ³¹.

Hay dos medios para que un tercero tenedor quede vinculado por la cláusula de elección de foro contenida en un conocimiento:

- a) Involuntario: se produce por virtud del mecanismo de la sucesión en los derechos y obligaciones de una de las partes originarias. El TJCE ³² estableció dos requisitos para poder oponer al tercero la cláusula de elección de foro inserta en el conocimiento que no fue consentida por aquél:
 1. que la cláusula de atribución de competencia fuese válida a los efectos del art. 17 CB en las relaciones entre el porteador y cargador, y
 2. que conforme con el derecho nacional aplicable –sobre lo cual no se pronuncia el TJCE– el tenedor al adquirir el conocimiento hubiese sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones.

31. TJCE en el caso Coreck: «la cláusula de elección de foro, insertada en un conocimiento de embarque, puede ser invocada frente a tercero tenedor del mismo cuando la cláusula sea válida, en los términos establecidos en el art. 17 CB, entre el cargador y porteador, y además el tercero tenedor, al adquirir el conocimiento de embarque, haya sucedido, con arreglo al Derecho nacional aplicable, al cargador en sus derechos y obligaciones». Y en el asunto Castelletti: «cuando no se haya producido la sucesión del tercero tenedor en los derechos y obligaciones del cargador, el tercero tenedor únicamente podrá resultar vinculado por la cláusula de atribución de competencia en el supuesto de haber dado efectivamente su consentimiento a dicha cláusula de acuerdo con los requisitos del apartado 1.º del art. 17 CB.» Por lo que la validez de la cláusula «debe examinarse en las relaciones entre las partes originarias.

32. STJCE 19 junio de 1984, asunto Tilly Russ. Dos argumentos para dar esta solución:

- Porque si se cumplen las dos condiciones, permitir al tercero tenedor del consentimiento no resultar vinculado por la cláusula de elección de foro en él inserta, con base en no haber consentido el referido conocimiento de embarque, supondría ir en contra del objeto del art. 17 CB, que consiste en neutralizar los efectos de las cláusulas que corren riesgo de pasar desapercibidas en los contratos.
- Porque la adquisición de conocimiento de embarque no puede conferir al tercero tenedor más derechos de los que tenía el cargador, de forma que el tercero tenedor adquiere no sólo los derechos, sino también las obligaciones y limitaciones que figuran en el conocimiento de embarque, incluida la cláusula de atribución de competencia.

Esta misma postura hace suya la doctrina, como es el caso de Hilda Aguilar Grieder.

- b) Voluntario: Cuando conforme con el derecho nacional aplicable el tercero tenedor no se subroga en los derechos y obligaciones del cargador, la única vía posible para que pueda oponerse la cláusula de elección de foro inserta en conocimiento de embarque, es que sea consentida tal cláusula por el tercero, es decir, aceptación. La cuestión que se plantea aquí es ¿cómo ha de producirse esta manifestación? Por la STJCE se manifiesta que debería ser en alguna de las formas admitidas en el apartado 1.º del art. 17 CB. Pero esto es discutido por parte de la doctrina –profa. Hilda Aguilar Grieder–, que entiende que los requisitos formales deberían de ser desplazados por un requisito de fondo, la existencia efectiva de un consentimiento. Entiende que una vez que se hayan cumplido los requisitos del art. 17 CB para la validez de la cláusula de atribución de competencia entre el porteador y el cargador, para que el tercero tenedor quede vinculado por dicha cláusula lo necesario es que la consienta, siendo indiferente la vía formal que se utilice para manifestar dicho consentimiento. Debiendo el tribunal deducir este consentimiento de las circunstancias del caso, pero sin que la ausencia de exigencias formales para manifestar el consentimiento suponga nunca una relajación en la exigencia del consentimiento³³. Circunstancias tales como: las relaciones comerciales habituales entre el porteador y el tercero, cuando hayan quedado sometidas a una determinada jurisdicción; del conocimiento que haya podido tener el tercero tenedor acerca de la cláusula de elección de foro inserta en el conocimiento de embarque y su posterior aceptación de éste sin manifestar reserva alguna, etc.

33. Hay posiciones contrarias a este parecer, así, Conclusiones del Abogado General Siegber Alber de 23 marzo de 2000, que considera que en el supuesto de no haberse producido la sucesión, el único medio para que el tercero tenedor pueda resultar vinculado por la cláusula de elección de foro consiste en que dicho tercero y el porteador celebren un nuevo acuerdo escrito o un acuerdo escrito confirmatorio del anterior.