

Los artículos 251 y 468 de la Ley de Navegación Marítima y su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea

Luces y sombras de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 2024 sobre oponibilidad a terceros de las cláusulas de elección de foro insertas en los conocimientos de embarque

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. I.1. El transporte marítimo internacional en régimen de conocimiento de embarque y las cláusulas de elección de foro. I.2. El Reglamento Bruselas I Bis y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. I.3. Breve apunte de Derecho comparado. I.4. La irrupción de la Ley de Navegación Marítima. Génesis de los arts. 251 y 468 y la problemática de su aplicación práctica. I.5. La posición de los tribunales españoles tras la entrada en vigor de la LNM. —II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 25 DE ABRIL DE 2024. LUCES Y SOMBRAS. II.1. Antecedentes y planteamiento de las cuestiones prejudiciales. II.2. Cuestión preliminar. Brexit y aplicabilidad del RBI bis. II.3. Derecho aplicable al análisis de la validez material de una cláusula de elección de foro. II.4. Derecho aplicable al análisis de los efectos de una cláusula de elección de foro. II.5. Los artículos 251 y 468 de la LNM y su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea. II.6. La posición de la Audiencia Provincial de Pontevedra tras la sentencia del Tribunal de Justicia. —III. CONCLUSIONES. —IV. CONSIDERACIONES FINALES. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y MODESTA PROPUESTA LEGISLATIVA.

Resumen

El 25 de abril de 2024 la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una trascendental sentencia sobre una de las cuestiones tradicionalmente más controvertidas de los aspectos jurisdiccionales del Derecho marítimo: la oponibilidad a terceros no parte del contrato de transporte de las cláusulas de elección de foro insertas en los conocimientos de embarque.

El principal interés de este pronunciamiento radica en el análisis acerca de la compatibilidad del régimen jurídico instaurado por la Ley de Navegación Marítima (LNM) con el Derecho de la Unión Europea. Entre luces y sombras, el Tribunal de Luxemburgo concluye que el artículo 251 de la LNM, en relación con el artículo 468, es contrario al Derecho comunitario.

Este artículo tiene por objeto analizar jurídicamente el citado pronunciamiento del Tribunal de Justicia, con el propósito último de contribuir a reavivar el debate doctrinal y legislativo en esta materia, de vital importancia práctica para los diferentes actores del comercio marítimo internacional.

Palabras clave: *acuerdos de elección de foro, conocimientos de embarque, Ley de Navegación Marítima, Derecho de la Unión Europea.*

Abstract

On 25 April 2024, the Sixth Chamber of the Court of Justice of the European Union handed down a landmark judgment on one of the most traditionally controversial issues of jurisdictional aspects of maritime law: the enforceability of choice of forum clauses inserted in bills of lading against third parties not party to the contract of carriage.

The main interest of this ruling lies in the analysis of the compatibility between the legal regime established by the Spanish Shipping Act (SSA) and EU law. Between lights and shadows, the Court of Justice concludes that Article 251 of the SSA, in conjunction with Article 468, is contrary to EU law.

The purpose of this article is to carry out a legal analysis of the aforementioned decision of the Court of Justice, with the ultimate aim of contributing to reviving the doctrinal and legislative debate on this matter, which is of vital practical importance for the different players in international maritime trade.

Keywords: *choice of court agreements, bills of lading, Spanish Shipping Act, European Union law.*

I. Consideraciones preliminares

I.1 El transporte marítimo internacional en régimen de conocimiento de embarque y las cláusulas de elección de foro

En la actualidad, un porcentaje significativo de las mercancías que son objeto de transporte marítimo internacional viajan amparadas bajo un conocimiento de embarque. Ello es debido, entre otros factores, al fenómeno de la *contenerización*¹ y al progresivo desarrollo del transporte “puerta a puerta”.

Una cuota considerable del mercado de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque (esencialmente el transporte en contenedores) se caracteriza por su carácter regular (“de línea”), coexistiendo una multiplicidad de cargadores para un solo buque o viaje, lo que demanda una simplificación y estandarización contractual (fruto de la cuál surge el conocimiento de embarque), pero también provoca el desequilibrio negocial entre las partes, con la situación dominante de los armadores sobre los cargadores².

Este desequilibrio negocial se traduce, en la práctica, en que los armadores predisponen o redactan unilateralmente las condiciones generales insertas en el reverso del conocimiento de embarque, convirtiéndose los cargadores que suscriben el contrato de transporte en meros adherentes a dichas cláusulas, pues en rara ocasión las mismas son objeto de negociación alguna, ni tampoco de firma³.

Entre dichas condiciones predisuestas, los conocimientos de embarque incorporan habitualmente cláusulas de elección de foro, las cuales en la inmensa mayoría de los casos remiten a una jurisdicción o a arbitraje en el extranjero. Dichas cláusulas obedecen al evidente propósito de centralizar todas las potenciales disputas derivadas del transporte en un mismo foro, habitualmente el del domicilio del transportista, lo que se traduce en importantes ventajas para este último y, a la postre, condiciona el resultado de la controversia⁴.

Atendiendo a la magnitud de las consecuencias prácticas que supone la aplicación de una cláusula de elección de foro, no sorprende que esta particular cuestión, la de la oponibilidad de la cláusula, constituya una de las cuestiones tradicionalmente más problemáticas -a la par que estudiadas- de los aspectos jurisdiccionales de la disciplina de Derecho marítimo.

¹ Véase UNCTAD, “50 Years of Review of Maritime Transport, 1968-2018: Reflecting on the past, exploring the future”, pp. 17 y ss., disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/dtl2018d1_en.pdf, consultado el 14 de noviembre de 2024.

² GONZÁLEZ PELLICER, J.M., “Sobre el art. 468 del Proyecto de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque», La Ley, no 8354, Sección Doctrina, 15 de julio de 2014, Año XXXV, pp. 8 y ss.

³ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional”, Cuadernos de Derecho transnacional (octubre 2018), vol.10, no 2, pp. 333-375.

⁴ Al ahorro de costes legales y administrativos que supone para el transportista centralizar todos los litigios en el foro de su domicilio, se le suma la mayor especialización y práctica en dicho foro. En contraposición, para los interesados en la carga (cargadores, destinatarios o sucesivos tenedores del conocimiento de embarque) la litigación en jurisdicciones extranjeras puede ser muy costosa y arriesgada sin un asesoramiento local experto. En definitiva, la imposición de las cláusulas de elección de foro tiene como efecto desincentivar a los reclamantes, especialmente con ocasión de reclamaciones de cuantía moderada o reducida.

En efecto, en buena parte de los litigios cuyo objeto es la reclamación de los intereses de la carga⁵ frente al porteador marítimo en régimen de conocimiento de embarque, la primera cuestión que es objeto de discusión (y que suele ser invocada por el porteador como primera excepción o defensa) es la oponibilidad al reclamante de la cláusula de elección de foro inserta en el condicionado general del conocimiento de embarque, la cual, en la mayoría de los casos, no ha sido objeto de firma ni de negociación alguna. La jurisdicción se convierte, por tanto, en una batalla jurídica que antecede al análisis del fondo del asunto y que, no en pocas ocasiones, acaba desencadenando en que las cuestiones sustantivas de la controversia jamás se aborden.

Planteado de esta forma el escenario, procede una primera distinción general entre dos supuestos diferentes que, como tal, reciben un tratamiento diferenciado, tanto normativo como jurisprudencial. Así, conviene distinguir entre aquellos supuestos en los que se plantea la oponibilidad de una cláusula de elección de foro al cargador contratante del transporte (sumisión *inter-partes*), de aquellos otros en los que lo que se analiza es la oponibilidad de la cláusula no al cargador, sino a un tercero no contratante del transporte⁶.

Como veremos, en el primer caso, para determinar si la cláusula de elección de foro es o no oponible al cargador procederá, en esencia, analizar si este último ha prestado su consentimiento a la misma en su relación con el porteador y de qué forma (expresa o tácita). En cambio, en el segundo caso, el análisis será, si cabe, más complejo, pues entrarán en juego cuestiones jurídicas adicionales como los efectos de la transmisión o circulación de los conocimientos de embarque, auténticos títulos valores⁷.

I.2 El Reglamento Bruselas I Bis y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

A pesar de la especialidad del Derecho marítimo, en la actualidad no existe normativa específica, europea o internacional, para dicha disciplina en materia de competencia judicial internacional. En consecuencia, para el análisis de la oponibilidad de las cláusulas de elección de foro insertas en los contratos de transporte marítimo de mercancías, procederá acudir, inevitablemente, al régimen general de competencia judicial internacional general para los contratos internacionales.

En el ámbito comunitario, este régimen jurídico lo integran el actual Reglamento (UE) núm. 1215/2012⁸ (en adelante “RBI bis”), cuyo artículo 25 regula los requisitos para la validez formal de los acuerdos de prórroga de la jurisdicción en el ámbito civil-mercantil,

⁵ Ya sea entablada por el cargador, el destinatario de las mercancías, el endosatario del conocimiento de embarque, o los aseguradores de los anteriores subrogados en sus respectivas posiciones jurídicas.

⁶ Esta distinción entre la eficacia de la cláusula de sumisión *inter-partes* y respecto del tercero tenedor se recoge con claridad en la STJCE de 9 de noviembre de 2000, As. C-387/98, *Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV y otros*, a la cual nos referiremos en reiteradas ocasiones en este artículo. Asimismo, la Audiencia Provincial de Barcelona, en reiterados pronunciamientos (véase, entre otros, el Auto de la Sección 15ª, de 18 de marzo de 2019, ECLI:ES:APB:2019:849A), adopta esta distinción, que nos parece muy clarificadora.

⁷ Para una revisión de las tres funciones tradicionales de los conocimientos de embarque (contractual, probatoria y representativa de las mercancías), véanse GABALDON, J.L. “*Curso de Derecho Marítimo Internacional*”, Madrid, Marcial Pons, 2ª ed. 2024, pp. 680-686, y RECALDE, A. “*El conocimiento de embarque y otros documentos de transporte. Función representativa*”, Madrid, Civitas, 1992, pp. 256 y ss. Las funciones del conocimiento de embarque también han sido reconocidas por el Tribunal Supremo (*Vid.*, entre otras, STS núm. 1148/2002, de 29 de noviembre, FJ. 2).

⁸ Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, sucesor del Reglamento (UE) núm. 44/2001 (Reglamento Bruselas I) y del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968.

y el art. 23 del Convenio de Lugano⁹, cuyo régimen coincide sustancialmente con el que prevé el RBI bis. Para las cláusulas de arbitraje en el extranjero procederá acudir al Convenio de Nueva York de 1958¹⁰.

Conforme al art. 25 del RBI bis (y al 23 del Convenio de Lugano) se considera válido, en cuanto a la forma, tanto el consentimiento manifestado por escrito o verbalmente con confirmación escrita (consentimiento expreso), como también el manifestado en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas o conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer en un determinado sector del comercio internacional, por ser ampliamente conocidos y regularmente observados en los contratos del mismo tipo (consentimiento presunto o tácito).

Esta última posibilidad, la del consentimiento presunto o tácito por los usos, fue introducida en el derogado Convenio de Bruselas de 1978 a instancias del Reino Unido, que ya no es parte de la UE, y está pensada para aquellos sectores de la contratación en los que ha desaparecido la práctica de la firma bilateral de ciertos contratos o documentos (como singularmente sucede en los conocimientos de embarque marítimos), de forma que es usual que estos sean suscritos por una sola de ellas¹¹.

Se ha señalado que la ratio inspiradora del sistema europeo se ha concretado en el deseo de encontrar una solución equilibrada entre la protección de las partes ante cláusulas oscuras insertas en el contrato, y el afán de eludir un anquilosado anhelo formalista que entumezca el normal desarrollo de las operaciones comerciales internacionales, subrayando que la exigencia de forma escrita no es la única exigible, siendo por tanto plenamente válido (en cuanto a la validez formal se refiere) cualquier modo que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos o que deriven de los usos vigentes en el comercio internacional¹².

Conviene matizar desde este momento cuál es el alcance del art. 25 del RBI bis (y del art. 23 del Convenio de Lugano). En primer lugar, no se incluyen bajo su ámbito de aplicación aquellos acuerdos de sumisión a favor de tribunales no comunitarios. En segundo lugar, no regula la validez *material* del acuerdo de elección de foro (capacidad de las partes, representación, error o vicios en el consentimiento), para lo cual se remite a las normas del Derecho del Estado miembro a cuyos tribunales remite la cláusula¹³. Y, en tercer lugar,

⁹ El Convenio de Lugano 2007 resulta aplicable a las relaciones entre los Estados Contratantes (Islandia, Noruega y Suiza) y a la relaciones entre estos Estados y los Estados miembros de la UE. Para un análisis más detallado véase CALVO CARAVACA, A., “*Derecho Internacional Privado*”, Comares, Granada, 2016, Decimosexta Ed. V. I, pp. 323-326.

¹⁰ Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, regulador de la validez, alcance y eficacia del acuerdo arbitral. Este Convenio rige el arbitraje internacional en España, con eficacia *erga omnes*, pues al ratificarlo (Instrumento de Adhesión de 29 de abril de 1997) España no hizo uso de la facultad de limitar su alcance a base de reciprocidad (Véanse los AATS de 2 de octubre del 2001, 13 de noviembre del 2001, 31 de mayo del 2005 y 14 de noviembre del 2007, entre otros).

¹¹ GABALDON, J.L., *op. cit.*, p. 1274.

¹² ÁLVAREZ RUBIO, J.J. “*Marco jurídico aplicable a los transportes marítimos de mercancías bajo conocimiento de embarque: validez y eficacia traslativa de las cláusulas atributivas de jurisdicción. Ley de Navegación Marítima (LNM) versus Reglamento Bruselas I bis*”, en LA LEY Unión Europea, Nº 126, Junio de 2024, Editorial LA LEY.

¹³ Art. 25. 1 y Considerando núm. 20 del RBI bis.

tampoco regula la eficacia traslativa de las cláusulas de elección de foro y sus efectos frente a terceros no parte de la relación originaria¹⁴.

Si bien decíamos que no existe, por el momento, normativa especial “marítima”, europea o internacional, en materia de competencia judicial internacional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antes Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) sí que ha interpretado en varias ocasiones el artículo 25 del RBI bis (principalmente las versiones anteriores del mismo en los textos predecesores al RBI bis), bajo el particular prisma del Derecho marítimo y del comercio internacional.

En este sentido, resulta obligada la cita a las archiconocidas sentencias *Tilly Russ*, de 19 de junio de 1984¹⁵, *Castelletti*, de 16 de marzo de 1999¹⁶ y *Coreck Maritime*, de 9 de noviembre de 2000¹⁷, entre otras. Sin ánimo de profundizar en cada una de ellas, sobradamente conocidas por todos y ampliamente estudiadas por la doctrina, nos permitimos recapitular los que consideramos que son los principales principios sentados por el Tribunal de Justicia en estos pronunciamientos:

Primero, en el sector del tráfico marítimo internacional, existe una presunción de conocimiento y consentimiento de la parte contratante en cuanto a las cláusulas de elección de foro que figuran en los contratos de transporte, cuando el comportamiento de las mismas corresponda a un uso generalizado que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan y que las partes conocen o debieran conocer. Existe un uso en el sector comercial considerado cuando, en particular, los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos¹⁸.

Segundo, en la medida en que la cláusula atributiva de competencia inserta en un conocimiento de embarque sea válida a efectos del art. 25 del RBI bis en la relación entre el cargador y el porteador, dicha cláusula podrá ser invocada frente al tercero tenedor del conocimiento desde el momento en que, con arreglo al Derecho nacional aplicable, el tenedor del conocimiento suceda al cargador en sus derechos y obligaciones¹⁹. En tal caso no será necesario que el juez que conozca del asunto verifique el consentimiento de dicho tercero. En cambio, si el tercero tenedor no ha sucedido al cargador bajo el Derecho nacional aplicable, no podrá oponérsele la cláusula atributiva de competencia, a no ser que haya dado su consentimiento a ella²⁰.

Tercero, la cuestión de los efectos de la transmisión del conocimiento de embarque y si el tercero tenedor sucede o no sucede al cargador en sus derechos y obligaciones, se rige por

¹⁴ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. “Las cláusulas de elección de foro en los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Los arts. 251 y 468 de la Ley de Navegación Marítima”, en Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2023), Vol. 15, Nº 1, pp. 403-421.

¹⁵ Sentencia *Tilly Russ*, de 19 de junio de 1984, C-71/83, EU:C:1984:217.

¹⁶ Sentencia *Castelletti*, de 16 de marzo de 1999, C-159/97, EU:C:1999:142.

¹⁷ Sentencia *Coreck Maritime*, de 9 de noviembre de 2000, C-387/98, EU:C:2000:606.

¹⁸ Sentencia *Castelletti*, apartado 27. Al hilo de esta sentencia, véase FERNÁNDEZ-QUIRÓS, T., “Oponibilidad frente a terceros de las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque”, en Comentarios a Ley de Navegación Marítima, Dykinson, Madrid, pp. 429-440.

¹⁹ Sentencia *Castelletti*, apartado 41, Sentencia *Tilly Russ*, apartado 24 y Sentencia *Coreck Maritime*, apartado 23.

²⁰ Sentencia *Coreck Maritime*, apartado 26.

el Derecho nacional aplicable, determinado en virtud de las normas de conflicto del órgano judicial que conozca del asunto²¹.

I.3 Breve apunte de Derecho comparado

Con carácter previo al análisis del régimen jurídico instaurado por la LNM, consideramos de interés una breve referencia al Derecho comparado, máxime teniendo en cuenta que el legislador español de la LNM parece haberse inspirado en las posiciones existentes en otros Estados miembros, en particular el caso de Francia. Insistimos en que no se pretende en este apartado una revisión exhaustiva del Derecho comparado en la materia, desbordando tal ejercicio el alcance del presente artículo, sino una sucinta referencia al contexto internacional en esta concreta disciplina, como paso previo al estudio centrado en el régimen jurídico español.

La doctrina más intensamente involucrada, si cabe, en el proceso legislativo de los artículos 251 y 468 de la LNM señala que, durante los trabajos preparatorios de la ley, se observó cómo en Francia se había venido defendiendo la no oponibilidad frente a terceros de las cláusulas de elección de foro insertas los conocimientos de embarque, por cuanto se entendía (en línea con la doctrina emanada de la sentencia *Coreck Maritime*), que el endosatario o tercero tenedor del conocimiento de embarque no sucedía al cargador en todos sus derechos y obligaciones, exigiendo que las cláusulas de elección de foro fueran expresamente aceptadas por este para que le pudieran vincular²².

En efecto, bajo Derecho francés no existe una norma equiparable al art. 251 de la LNM que regule los efectos de la transmisión de un conocimiento de embarque²³. Sobre esta base, la doctrina francesa explica cómo tradicionalmente había existido una controversia entre las dos salas del Tribunal Supremo francés (*Cour de Cassation*)²⁴, una de ellas más favorable con carácter general a la oponibilidad de las cláusulas de elección de foro frente al tercero adquirente de un conocimiento de embarque que la otra. Controversia que

²¹ Véanse las Sentencias *Tilly Russ*, apartado 24, *Castelleti*, apartado 41 y *Coreck Maritime*, apartados 23 a 27. Esta doctrina se reiteró en la sentencia *Refcomp SpA*, de 7 de febrero de 2013, C-543/10, EU:C:2013:62.

²² FERNÁNDEZ-QUIRÓS, T., *op. cit.* pp. 436 y 437, con cita a su vez al profesor TETLEY, W., “*Jurisdiction clauses and forum non conveniens in carriage of goods by sea*”, en “*Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law: Essays in Honor of Robert Force*”, Ed. Kluwer Law International, 2005, editado por Martin Davies. Señalaba FERNÁNDEZ-QUIRÓS que: “*en Francia, el receptor no es considerado de manera general como un mero sucesor en los derechos del cargador bajo el conocimiento de embarque. Los tribunales franceses han establecido que, para obligar a los receptores y a los aseguradores subrogados, las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque – que son consideradas como “derogatorias” del Derecho civil general y no una parte integral de la “economía” del contrato de transporte – deben ser aceptadas expresamente por el receptor, no más tarde de la fecha de entrega. Ni la mera posesión del conocimiento de embarque por el receptor o endosatario ni su “cumplimiento” (esto es, su presentación al porteador a cambio de la entrega de las mercancías tras la descarga) es suficiente para ser considerada como la “aceptación especial” que se exige para hacer la cláusula “oponible” al receptor, endosatario o asegurador subrogado*”.

²³ SERAICHE, R. “*L’opposabilité aux tiers de la clause attributive de compétence territoriale dans un connaissance maritime : perspectives de solutions*”, en *Village de la Justice*, 28 de abril de 2010, disponible en: www.village-justice.com/articles/opposabilite-tiers-clause,7771.html, consultado el 14 de noviembre de 2024, con cita a DELEBECQUE, entre otros.

²⁴ SHIRVANZADA, L., “*Le règlement Bruxelles I et le problème de la compétence juridictionnelle en droit du transport maritime*”, *Droit*. 2014. ffdumas-01626094, disponible en: <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01626094/document>, consultado el 14 de noviembre de 2024, señala que la oponibilidad de las cláusulas de elección de foro insertas en un conocimiento de embarque frente a un tercero tenedor es una “*cuestión irritante*” que ha dado lugar a una divergencia entre las dos salas del Tribunal Supremo Francés (*Cour de Cassation*).

parece haberse intensificado tras las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos *Tilly Russ* y *Coreck Maritime*²⁵.

No obstante, a partir de dos sentencias del año 2008, la postura de ambas Salas de la *Cour de Cassation* parece haberse reconciliado, mostrándose en sus pronunciamientos más recientes a favor de que la oponibilidad de las cláusulas de elección de foro al tercero no parte del contrato de transporte depende de si bajo el Derecho nacional aplicable este ha sucedido al cargador en todos sus derechos y obligaciones²⁶. En caso afirmativo, la cláusula es oponible al tercero y, en caso negativo, es necesario verificar su consentimiento, a más tardar, en el momento de la entrega de la mercancía.

En el caso de Dinamarca, el artículo 310 de la *Merchant Shipping Act* sanciona con la nulidad cualquier cláusula de elección de foro inserta en un conocimiento de embarque que restrinja el derecho del demandante a entablar una acción en el alguno de los siguientes foros: el de residencia de demandado, el del lugar donde se celebró el contrato, el del puerto de carga o el de descarga²⁷. No obstante, el Tribunal Supremo Danés ha interpretado recientemente que este artículo únicamente es aplicable a aquellos supuestos en los que la cláusula de elección de foro no remita a un Estado miembro de la Unión Europea pues, en tales casos, la primacía del Derecho comunitario impide la aplicación del Derecho nacional danés²⁸.

En Portugal, existe una norma interna que establece que la transmisión del conocimiento de embarque está sujeta al régimen general de los títulos valores²⁹. Conforme a esta norma, los tribunales portugueses han venido aceptando la oponibilidad de las cláusulas de elección de foro a los terceros adquirentes del conocimiento de embarque, en la medida en que la transmisión del conocimiento comporta la sucesión del adquirente en todos los derechos y obligaciones del cargador, incluida la cláusula de elección de foro³⁰.

El Tribunal Federal de Justicia alemán (*Bundesgerichtshof*) ha señalado que se presume el consentimiento del tercero tenedor de un conocimiento de embarque con la cláusula de elección de foro inserta en el mismo si este hace valer derechos basados en dicho

²⁵ Según recoge SHIRVANZADA, L., *op. cit.*, para una de las Salas, la *Première Chambre Civile*, se trataba de una cláusula “*natural*” en los contratos internacionales que no requiere un consentimiento especial del destinatario para ser exigible, ya que está “*más en sintonía con las necesidades específicas del comercio internacional*”. Sin embargo, la otra Sala, la *Chambre Commerciale* era más ortodoxa sobre la cuestión y supeditaba la oponibilidad de la cláusula al destinatario a que esta fuera aceptada como muy tarde en el momento de la entrega de la mercancía.

²⁶ Ello evidencia claramente la voluntad de armonizar la jurisprudencia francesa con la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia.

²⁷ En curiosa similitud con los artículos 468 y 469 de la LNM española.

²⁸ BENEDICTSEN-NISLEV, C., “*Supreme Court judgment on jurisdiction clauses for marine cargo claims*”, 14 septiembre 2021, disponible en: <https://denmark.dlapiper.com/en/news/supreme-court-judgment-jurisdiction-clauses-marine-cargo-claims>, consultado el 14 de noviembre de 2024.

²⁹ Artículo 11º, nº 2 del Decreto-Ley nº 352/86, de 21-10, que dispone: “*A transmissão do conhecimento de carga está sujeita ao regime geral dos títulos de crédito*”.

³⁰ Sentencia de la 7ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa (Portugal) de 12 de septiembre de 2023, disponible en: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/985024fc4b9cb3e680258a30003a2aa0>, consultado el 14 de noviembre de 2024, con cita a DE LIMA PINHEIRO, L., “*Temas de Direito Marítimo – III. Pactos de jurisdição e convenções de arbitragem em matéria de transporte marítimo de mercadorias*”, disponible en <https://portal.oa.pt/upl/%7B67540703-e86b-4bd8-8e74-81c02f60f0f6%7D.pdf>, consultado el 14 de noviembre de 2024, el cual señala (p. 579-580): “*independentemente das dívidas que pode suscitar a posição do destinatário, quando se trate de um terceiro titular do conhecimento de carga, dada a literalidade e autonomia do título, os seus direitos são os que resultam do título, e o transportador não pode invocar em sua defesa algo que daí não resulte*”.

conocimiento³¹, como sería el caso, por ejemplo, si exige la entrega de la mercancía en destino o si ejercita una acción de reclamación por daños en las mercancías bajo el conocimiento de embarque frente al transportista marítimo. Y en una línea similar parecen haberse pronunciado los tribunales belgas³².

Por último, bajo Derecho inglés, tradicional referencia en lo que a la normativa marítima se refiere, la regla general que impera es que el tercero tenedor de un conocimiento de embarque sucede al tenedor originario en todos sus derechos y obligaciones, incluida la cláusula de elección de foro³³. En el particular escenario *post-Brexit*, no nos sorprendería que volvieran a proliferar las criticadas *anti-suit injunctions*³⁴, prohibidas en el seno de la UE, en aquellos supuestos en los que los jueces y tribunales de los Estados miembros declaren la no oponibilidad de las cláusulas de elección de foro con remisión a tribunales de Londres insertas en los conocimientos de embarque³⁵.

En definitiva, de cuanto se ha expuesto queda claro que sobre esta concreta materia existe un tratamiento dispar entre los Estados miembros. No obstante, no nos consta que exista en ningún otro ordenamiento nacional en el seno de la UE una norma como la del art. 251 de la LNM, que establezca que el tercero adquirente de un conocimiento de embarque sucede al cargador en todos sus derechos y obligaciones, a excepción de la cláusula de elección de foro, para la cual se exige su negociación individual y separada. Ahora bien, como es obvio, que esta norma no tenga parangón entre nuestros vecinos europeos, no significa, *per se*, que la misma sea contraria al Derecho de la UE. En su caso, lo que este hecho en sí mismo evidencia es la originalidad y el vanguardismo del legislador español en este campo. Seguidamente analizaremos si este novedoso precepto resiste, y en qué medida, el complejo examen de su compatibilidad con el Derecho comunitario.

I.4 La irrupción de ley de Navegación Marítima Española. Génesis de los arts. 251 y 468 y la problemática de su aplicación práctica

El estudio de los comentarios de quienes estuvieron involucrados en el proyecto legislativo de la LNM³⁶, nos permite concluir, razonablemente, que los artículos 251 y 468 fueron el resultado de tres factores principales, que actuaron como auténticos catalizadores:

³¹ KROPHOLLER y VON HEIN, “*Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar zum EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EumVVO und EuGFVO*”, 2011, 9.ª ed., Francoforte-sobre-o-Meno,

³² HESS, B., “*The Brussels I—Regulation (EC) No 44/2001: The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States*”, p. 76, con cita a la sentencia *Rechtbank van Koophandel Antwerp*, de 3 de noviembre de 2003, Eur TL 2004, 54.

³³ Secciones 2(1) y 3 de la *Carriage of Goods by Sea Act* de 1992.

³⁴ Tal y como explica BELTRÁN DE LUBIANO, J., en “*Controlando al litigante rebelde: las anti-suit injunctions en los tribunales españoles*”, RJUAM, n.º 32, 2015-II, pp. 75-98, una *anti-suit injunction* es una orden judicial por la que se ordena al destinatario a cesar una acción judicial (o a no comenzarla) en una jurisdicción diferente a la del tribunal ordenante. Es una orden dirigida a una persona, no al tribunal extranjero, y está respaldada por todas las consecuencias que el cumplimiento de una orden judicial puede significar, incluyendo multas e incluso penas de cárcel.

³⁵ En esta línea, véase a LAVELLE, C. “*European Court of Justice considers enforceability of jurisdiction clause against third party bill of lading holder*”, Hill Dickinson, 13 mayo 2024 (Disponible en: <https://www.hilldickinson.com/insights>, consultado el 14 de noviembre de 2024)

³⁶ FERNÁNDEZ-QUIRÓS, T., *op. cit.* Véase también, entre muchos otros, a ALBORS, E. y PORTALES, J. “*Comentario al Auto núm. 53/2014, de 10 de marzo de 2014, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cadiz, Rollo de Apelación núm 807/2012*”, en “*Práctica Contenciosa para Abogados. Los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2014 de los grandes despachos*”, Coord.: HIERRO, A., LA LEY, 2015.

Primero, el telón de fondo de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en la materia, antes mencionados, y muy especialmente la sentencia *Coreck Maritime*. Este pronunciamiento abrió la puerta a que los Derechos nacionales de los Estados miembros regulasen bajo su norma nacional la sucesión de los terceros tenedores de los conocimientos de embarque en los derechos y obligaciones de los cargadores, de la cual, a su vez, se hacía depender la oponibilidad de las cláusulas de elección de foro frente a dichos terceros³⁷.

Segundo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, conforme a la cual se venía aceptando³⁸, con carácter general, la oponibilidad de las cláusulas de elección de foro insertas en los conocimientos de embarque frente a los terceros no parte del contrato de transporte, en la medida en que conforme al art. 708 del Código de Comercio (ahora derogado) el tercero tenedor de un conocimiento de embarque (y, en su caso, su aseguradora subrogada) sucedían al cargador en todos sus derechos y obligaciones, incluyendo la cláusula de elección de foro³⁹. Sobre la base de la aplicación de este artículo, el Tribunal Supremo consideraba indiferente que el tercero hubiera prestado o no su consentimiento para quedar vinculado por la cláusula⁴⁰.

Tercero, la experiencia acumulada había demostrado que determinados actores del sector del comercio español, esencialmente cargadores, receptores de mercancías y sus aseguradoras, se enfrentaban frecuentemente a la obligación de litigar en jurisdicciones extranjeras por aplicación de cláusulas de elección de foro insertas en formularios estándar no negociadas por ellos, lo que a la postre se traducía en que se pudieran ver privados de su derecho a la tutela judicial efectiva por la excesiva onerosidad que ello suponía⁴¹.

Adicionalmente, no podemos dejar de señalar que la tendencia en los más recientes Convenios internacionales en materia de transporte marítimo internacional de mercancías era claramente favorable a la potenciación de la facultad de elección de los interesados en la carga entre diferentes foros⁴².

³⁷ ALBA, M., “*Las cláusulas de elección de foro en los contratos de utilización del buque y los contratos auxiliares de la navegación bajo la Ley de Navegación Marítima de 2014*”, en “Estudios de Derecho marítimo en homenaje a Tomás Fernández-Quirós Tuñón”. Madrid, Asociación Española de Derecho Marítimo, 2022, pp. 14-44. El autor señala que el art. 251 de la LNM fue una reacción a las varias apelaciones que la jurisprudencia del TJUE realiza a los Derechos nacionales en relación con la aplicación del (ahora) art. 25 RBI bis.

³⁸ Al menos desde la entrada en vigor del Convenio de Bruselas de 1968.

³⁹ El Art. 708 del derogado Código de Comercio establecía: “*Los conocimientos al portador destinados al consignatario serán transferibles por la entrega material del documento; y en virtud de endoso, los extendidos a la orden. En ambos casos, aquel a quien se transfiera el conocimiento adquirirá sobre las mercaderías expresadas en él todos los derechos y acciones del cedente o del endosante*”. Sobre la interpretación de este artículo en materia de oponibilidad de cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque frente a terceros, *vid.* SSTS 29 septiembre 2005, 8 febrero 2007, 5 julio 2007, 27 mayo 2008, entre otras.

⁴⁰ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 416.

⁴¹ FERNÁNDEZ-QUIRÓS, T., *op. cit.*, pp. 429 y 430.

⁴² Así es el caso del Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, de 31 de marzo de 1978 (“Reglas de Hamburgo”), en sus arts. 21 y 22, y el Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, hecho en Nueva York el 11 de diciembre de 2008 (“Reglas de Rotterdam”) cuyos arts. 66-76 contienen también normas de competencia judicial internacional. Ambos Convenios internacionales han sido ratificados por España si bien, como es sabido, este último todavía no ha entrado en vigor.

Con este caldo de cultivo, el legislador español, en un ejercicio de auténtica política legislativa, elaboró, en estrecha colaboración con las asociaciones del sector⁴³ los nuevos artículos 251, 468 y 469 de la LNM, tras un largo proceso de desarrollo legislativo⁴⁴.

El espíritu de este nuevo régimen jurídico era, en esencia, tratar de limitar, allá donde el Derecho comunitario lo permitiera, los supuestos en los que las cláusulas de elección de foro insertas en los conocimientos de embarque, no negociadas, resultaban oponibles frente a los cargadores y los terceros no parte del contrato de transporte⁴⁵.

Durante el largo proceso de su elaboración, y especialmente desde el momento en que salieron a la luz sus versiones definitivas, los artículos 251 y 468 fueron objeto de reiteradas críticas por un sector de la doctrina española internacional privatista. A grandes rasgos, se planteaba si el régimen jurídico de la LNM habría “pecado de ambicioso”, tratando de ocupar un espacio inexistente en el Derecho comunitario, de mayor rango jerárquico o, en el mejor de los casos, contraviniendo la práctica generalizada en el sector del transporte marítimo internacional, lo que se traduciría en una eficacia muy limitada en la práctica del régimen español⁴⁶. En esta línea, el propósito perseguido por el

⁴³ Tal y como recoge DEL CORTE, J., en “*Especialidades procesales en la Ley de Navegación Marítima*”, A. Emparanza Sobejano y J.M. Martín Osante (dirs.), “Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima”, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 753-768, el texto original del Anteproyecto de Ley General de Ley de Navegación Marítima no contenía la redacción actual de citados artículos. Su inclusión se produjo a propuesta de la AEDM y la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (UNESPA) durante el trámite de información pública del texto legal, previa aprobación por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

⁴⁴ FUENTES GÓMEZ, J., “*La competencia judicial internacional en los litigios de Derecho marítimo*”, [Tesis de Doctorado. Programa de Doctorado en Derecho Económico y de la Empresa por la Universidad de Deusto; la Universidad Pontificia Comillas y la Universidad Ramón Llull, 2023], p. 489, explica que estos preceptos hicieron su aparición en la fase más tardía de la larga tramitación de la LNM, antes del tercer y definitivo envío a las Cortes Generales del proyecto que sería finalmente aprobado. Los arts. 251 y 468 fueron informados tanto por el CGPJ, que no hizo ninguna observación al respecto, como por el Consejo de Estado, que valoró “*positivamente la intencionalidad y finalidad de la norma proyectada*”, si bien también llamó la atención sobre el hecho de que “*se opone frontalmente a la práctica habitual y generalizada seguida en el tráfico y que previsiblemente tendrá una eficacia muy dudosa*”.

⁴⁵ El propósito de este nuevo régimen jurídico es evidente desde el propio preámbulo de la LNM, que hace referencia a la necesidad de “*tratar de evitar los abusos detectados*”. La Audiencia Provincial de Pontevedra, en su Auto de 16 de mayo de 2022 (ECLI:ES:APPO:2022:573A), precisamente en el que elevó las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, va más allá e interpreta esta expresión del preámbulo de la LNM en los términos siguientes: “*la expresión alude a la idea de la necesidad de proteger los intereses de los receptores nacionales, tenedores de conocimientos de embarque en los que las partes originarias han introducido la cláusula de jurisdicción, titulares de la posición contractual más débil, especialmente en los casos de contratos de transporte marítimo en línea regular. La convicción que subyace es la de que obligar a litigar por pequeñas reclamaciones, a los empresarios nacionales, cargadores y receptores de mercancías, ante jurisdicciones extranjeras, puede suponer en la práctica una denegación de la efectividad de la tutela judicial*”. Léase también a FUENTES GÓMEZ, J., *op. cit.*, p. 389, el cual señala: “*la finalidad de estos preceptos era proporcionar una vía que permitiera la defensa de la competencia de los órganos judiciales españoles cuando se entendiera que la cláusula de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros no hubiera sido conocida y aceptada de manera expresa por una de las partes*” y de forma todavía más explícita CALVO CARAVACA et. al., “*Litigación internacional en la Unión Europea I*”. Aranzadi, 2017, p. 242, al señalar: “*esta previsión legal española persigue evitar la “fuga de litigios” de la jurisdicción española a favor de otros tribunales extranjeros*”.

⁴⁶ Dos de las posiciones más críticas sobre los arts. 251 y 468 LNM han sido las mantenidas por ZURIMENDI ISLA y por IRACULIS ARREGUI. Para una lectura desarrollada, *vid.* ZURIMENDI ISLA, A., “*Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje incluidas en el conocimiento de embarque tras la Ley de Navegación Marítima*”, Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal, N.º. 18, 2016, pp. 89-110 y IRACULIS ARREGUI, N., “*La controvertida negociación individual y separada de las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la Ley de Navegación Marítima*”, Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal, N.º. 18, 2017, pp. 173-208.

legislador español fue calificado de “excesivamente proteccionista” e incluso de “imperialismo colonial”⁴⁷. El régimen de la LNM también fue objeto de críticas desde el punto de vista del Derecho de los títulos valores⁴⁸.

Dedicaremos las siguientes líneas a analizar estos dos artículos, el 251 y el 468, tratando de identificar cuál era el propósito subyacente del legislador español y la principal problemática práctica asociada a cada uno de ellos. Por cuestiones de orden nos referiremos a ellos separadamente, si bien no debemos perder de vista que se trata de dos artículos concebidos para funcionar conjuntamente.

El artículo 251 de la LNM regula, con carácter general, los efectos de la transmisión del conocimiento de embarque como documento representativo y título de tradición de las mercancías, pero señala de manera expresa que el adquirente del documento no quedará vinculado por una cláusula de jurisdicción exclusiva en favor de tribunales extranjeros, salvo que el adquirente haya prestado su consentimiento a la misma de manera individual y separada. En otras palabras, conforme a este artículo, el adquirente de un conocimiento de embarque sucederá al transmitente en todos sus derechos y obligaciones⁴⁹, a excepción de las cláusulas de elección de foro insertas en el conocimiento de embarque⁵⁰. Para que estas cláusulas resulten oponibles al adquirente, este debe haber prestado su consentimiento a las mismas de forma individual y separada, no considerándose suficiente en este sentido que la cláusula aparezca inserta en el documento.

La primera cuestión que cabría plantearse es qué es lo que debemos entender por “adquirente” del conocimiento de embarque en el contexto del artículo 251 LNM. Cabría afirmar razonablemente que la noción de adquirente del conocimiento de embarque incluye, no solo al tercero endosatario de un conocimiento de embarque emitido a la orden o al adquirente de un conocimiento emitido al porteador, sino igualmente al destinatario en un conocimiento de embarque nominativo⁵¹. En cambio, no plantea muchas dudas que el asegurador de mercancías, subrogado en los derechos de su asegurado (vinculado por la cláusula de elección de foro) en virtud del pago de la indemnización correspondiente, no podrá ser calificado como un tercero adquirente a los efectos del art. 251⁵².

Superadas estas primeras dudas interpretativas sobre el elemento subjetivo del artículo, conviene profundizar en su espíritu. La doctrina coincide en que el art. 251 responde a la finalidad de sustraer al adquirente del conocimiento de embarque de los efectos de una cláusula de elección de foro vinculante para el cargador (salvo que la misma haya sido individual y separadamente consentida también por aquel), posiblemente incluso bajo el Derecho de la Unión⁵³, tratando así de “recoger el guante” del Tribunal de Justicia en la

⁴⁷ ALCÁNTARA, J.M., “¿De nuevo, el «nacionalismo» marítimo español?”, Derecho de los Negocios, nº 223, 2009, p. 23.

⁴⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 415: “el art. 251 LNM en sede de eficacia traslativa del conocimiento de embarque, introduce una excepción sin justificación a la regla más básica, elemental y general del Derecho de los títulos valores”.

⁴⁹ En línea con lo dispuesto en el derogado art. 708 del Código de Comercio.

⁵⁰ BADIA, A., “Jurisdicción y competencia”, en “Comentarios a la Ley de Navegación Marítima”, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 415-426, señala: “la LNM despoja de eficacia traslativa a los pactos de jurisdicción y arbitraje que se encuentran en el conocimiento de embarque, por lo que la transmisión del documento negocial no lleva aparejada la sucesión automática del cargador en la elección del foro”.

⁵¹ Para un estudio más detallado de esta cuestión, *vid.* ALBA, M., *op. cit.*, pp. 24 y 25.

⁵² En este sentido, *vid.*, entre otras, la STS núm 697/2005, de 29 de septiembre o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria nº 257/2002, de 10 de julio.

⁵³ ALBA, M., *op. cit.*, p. 32.

sentencia *Coreck Maritime* y aprovecharse, legítimamente, de las lagunas o del espacio dejado por el Derecho comunitario en la materia⁵⁴.

Así, en el ámbito de aplicación del RBI bis, la doctrina del Tribunal de Justicia deja claro que el adquirente de un conocimiento de embarque solo queda vinculado -de forma automática- por el acuerdo atributivo de competencia (en la medida en que este sea vinculante para el cargador) si, conforme al Derecho nacional aplicable, el adquirente sucede al cargador en todos en sus derechos y obligaciones. Caso contrario, el tribunal que conozca del asunto deberá comprobar si el tenedor del conocimiento de embarque ha manifestado válidamente su consentimiento a la cláusula de elección de foro⁵⁵.

La referencia al “Derecho nacional aplicable” supone, en la práctica, que corresponde al juez nacional que conozca del asunto determinar, bajo sus normas internas de conflicto de leyes, cuál es la ley aplicable a los efectos de la transmisión del conocimiento de embarque. En este contexto, se ha planteado que, la norma del art. 251, aun a pesar de su intención, no está claro que deba tener el efecto aparentemente deseado por el legislador⁵⁶.

El motivo es que, en principio, en la práctica, este artículo únicamente podría llegar a ser aplicado por el juez que conociera del asunto en dos supuestos: el primero, en caso de que el juez nacional concluyera, aplicando la norma de conflicto⁵⁷, que el Derecho nacional aplicable a los efectos de la transmisión del conocimiento de embarque es, efectivamente, la ley española, resultando aplicable el art. 251 como norma de naturaleza material o sustantiva. Alternativamente, el artículo 251 también podría ser aplicado por el juez español que conociera del asunto si este entendiera que la norma del art. 251 es una norma de naturaleza procesal y, por tanto, forma parte de la *lex fori processus*, de modo que deba ser aplicada en todo caso por los tribunales españoles cuando se les plantee esta cuestión⁵⁸.

⁵⁴ GABALDON, J.L., *op. cit.*, p. 1275: “para evitar la eficacia frente a terceros de las referidas cláusulas, algunos Derechos nacionales (como el español) han condicionado su efecto traslativo al hecho de que haya efectivamente mediado consentimiento individualizado del adquirente, restricción esta que parece conformarse con el régimen del RBI bis a la vista de los pronunciamientos del TJUE sobre el caso conocido como *Coreck Maritime*”. Véase también ALBORS y PORTALES, *op. cit.*, “el legislador español completa así el espacio dejado por el TJUE al interpretar el Reglamento 44/2001, concretamente en la Sentencia dictada en el asunto *Coreck Maritime*”, o FERNÁNDEZ-QUIRÓS, *op. cit.*, p. 440 “el art. 251 de la LNM ha sido deliberadamente redactado en línea con la vía abierta por la STJCE en el asunto *Coreck Maritime*, vía a la que, por ejemplo, nuestros vecinos franceses no son ajenos”.

⁵⁵ ARROYO MARTÍNEZ, I., “Art. 251. Eficacia traslativa”, en I. Arroyo Martínez y J.A. Rueda Martínez (Coords.), “Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio de Navegación Marítima”, Civitas, Madrid, 2016, pp. 841.

⁵⁶ ALBA, M. *op. cit.*, p. 33.

⁵⁷ En la materia de emisión y transmisión de los conocimientos de embarque no existe Derecho conflictual uniforme en el seno de la UE, pues se trata de una de las materias excluidas del Reglamento Roma I. En tal escenario, nuestra doctrina internacionalista entiende que, al menos con las normas internas vigentes en la actualidad, la norma de conflicto que procedería aplicar sería la del art. 10.3 del Código Civil, la cual remite a la ley del lugar de emisión del conocimiento de embarque. *Vid.*, entre otros, CALVO CARAVACA, et al., “*Derecho Internacional Privado, V. I*”, Comares, Granada, 1998, pp. 658-661. Desde esta perspectiva, de considerar que la norma del art. 251 es de naturaleza material o sustantiva -y no de carácter procesal-, solo procederá la aplicación del Derecho sustantivo español (art. 251 LNM) para determinar la eficacia traslativa del conocimiento de embarque, cuando el mencionado documento haya sido puesto por primer vez en circulación en España. La experiencia práctica demuestra que ello ocurrirá en la minoría de los supuestos.

⁵⁸ Para un tratamiento más detallado de esta cuestión *vid.* ALBA, M. *op. cit.* p. 34 y 35. El autor concluye que de las dos opciones indicadas (norma de naturaleza material o procesal) le parece al menos igual de correcta la segunda que la primera.

El análisis de la aplicación práctica del art. 251 exige revisar otro punto que, a nuestro juicio, constituye el principal caballo de batalla de la cuestión de la compatibilidad entre el régimen español y el Derecho de la UE. Asumiendo por un momento que el juez nacional aplicase la norma del art. 251 LNM, bien como norma de naturaleza material o sustantiva, o como norma de naturaleza procesal, procede plantearse si la eficacia del inciso final del artículo, en virtud del cual se exige la negociación individual y separada para que el acuerdo de elección de foro sea oponible al adquirente del conocimiento de embarque, se limita a los supuestos en los que la cláusula remita a un Estado no miembro de la Unión o si, en cambio, también despliega efecto en aquellos supuestos en los que la cláusula de jurisdicción remita a otro Estado miembro.

En los supuestos en los que la cláusula remita a un tercer Estado, y siempre que no exista un convenio internacional con dicho Estado que regule esta cuestión, en principio, no debería existir obstáculo alguno para que el juez nacional, de considerar que el derecho nacional aplicable es el español, exigiera comprobar como condición *sine qua non* para la oponibilidad de la cláusula al adquirente del conocimiento de embarque, si la misma ha sido negociada individual y separadamente o no⁵⁹. En cambio, en el seno de la UE, cabría plantearse si la forma de prestación del consentimiento del tercero adquirente del conocimiento de embarque está o no regulada por el Derecho comunitario (en el art. 25 del RBI bis) y, en consecuencia, está o no al alcance de la LNM exigir en tales casos la negociación individual y separada de la cláusula. La cuestión no es baladí pues, de la respuesta a la misma depende que el consentimiento del adquirente por los usos del mercado pueda ser considerado suficiente para que la cláusula le resulte oponible o, en su caso, que se exija su negociación individual y separada como condición para su oponibilidad.

En este punto, la mayor parte de la doctrina se muestra favorable a considerar que, si bajo el Derecho nacional aplicable, el tercero no sucede al cargador en todos sus derechos y obligaciones, el análisis del consentimiento del tercero adquirente del conocimiento de embarque deberá hacerse, no a la luz de dicho Derecho nacional que resulte aplicable, sino de acuerdo con la norma comunitaria (art. 25.1 del RBI bis) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la ha interpretado⁶⁰. De este modo, si el juez español concluyera que el tercero adquirente del conocimiento de embarque es un sujeto que actúa en el comercio internacional y que conoce o debiera conocer la inserción de las cláusulas atributivas de competencia como uso ampliamente conocido y observado por las partes en dicho sector, la cláusula de elección de foro le resultaría oponible sin necesidad de que el juez verificara si la ha consentido tras una negociación individual y separada.

Más adelante en este artículo dedicaremos una líneas a tratar este punto desde nuestra perspectiva. Adelantamos que no es del todo coincidente con la de la doctrina mayoritaria.

⁵⁹ Ello en la medida en que es pacífico que el régimen de la sumisión por las partes a los tribunales de un Estado no miembro no se halla regulado por el RBI bis.

⁶⁰ Véanse, entre otros, a ALBA, M., *op. cit.*, p. 29, el cual señala “*al destinatario o tercero se les aplicará en cualquier caso el contenido del art. 25.1 letras a) a c) RBI bis en iguales condiciones que al cargador*”, con cita a *Coreck Maritime*, apartado 26; LANGELAAN, B., “*Estudio jurisprudencial sobre el régimen jurídico-procesal de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque: situación actual y futuro proyectado*”, *CDT*, 2019-1, pp. 408-437; TORRALBA MENDIOLA, E. “*Las especialidades procesales en la Ley de navegación marítima: cláusulas de jurisdicción y arbitraje*”, *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, Nº. 16, 2015, p. 127; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 417; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *op. cit.*, p. 360; o IRACULIS ARREGUI, N., *op. cit.*, pp. 203 y 204.

Sin perjuicio de ello, sobre esta concreta cuestión nos ha llamado la atención que, en ocasiones, doctrina y jurisprudencia citan ciertos pasajes de *Coreck Maritime* atribuyéndole un tenor literal diferente. Así, mientras que algunos autores⁶¹ e incluso algunos pronunciamientos de la Audiencia Provincial de Barcelona⁶² y de la Audiencia Provincial de Pontevedra⁶³ citan el apartado 26 de la sentencia *Coreck Maritime* atribuyéndole el siguiente tenor: “*si el tercero tenedor no ha sucedido al cargador, no podrá oponérsele la cláusula atributiva de competencia, a no ser que haya dado su consentimiento a ella. Los conocimientos especiales del tenedor o su prolongada relación comercial con el porteador no son suficientes para presumir su consentimiento (tácito)*”, otros citan un tenor literal distinto: “*si, en virtud del Derecho nacional aplicable, el tercero respecto del contrato inicial no ha sucedido a una de las partes originarias en sus derechos y obligaciones, corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del litigio verificar, respecto de las exigencias enunciadas por el artículo 17, párrafo primero, del Convenio, que dicho tercero ha dado efectivamente su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia contra él invocada*”. La diferencia en el inciso final es sustancial.

Tras investigar esta discrepancia, hemos comprobado que la versión correcta, la única, del pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto *Coreck Maritime*, es la segunda de las que hemos transcrito, correspondiéndose la primera no al pronunciamiento del Tribunal de Justicia, sino a las conclusiones del Abogado General, Sr. Siegbert Alber, que no fueron seguidas por el Tribunal en este punto⁶⁴.

Si bien es evidente de que se trata de un mero error de transcripción, nos parece que esta aclaración dista de ser baladí. De haberse pronunciado el Tribunal en la misma línea que sugería el Abogado General⁶⁵, el Tribunal no habría hecho referencia expresa a los requisitos formales del art. 17 del Convenio de Bruselas (hoy art. 25 del RBI bis) para el análisis de las formas de prestación del consentimiento por parte del tercero en aquellos supuestos en los que bajo el Derecho nacional aplicable el tercero no ha sucedido al cargador. Y esta referencia al Convenio de Bruselas, hoy RBI bis, incluida en el apartado 26 de *Coreck Maritime*, constituye el principal soporte jurisprudencial a partir del cual la doctrina mayoritaria concluye que, si bajo el Derecho nacional el tercero adquirente del conocimiento de embarque no sucede al cargador (en todos sus derechos y obligaciones), el análisis del consentimiento del tercero deberá hacerse, no a la luz de dicho Derecho nacional que resulte aplicable, sino de acuerdo con la norma comunitaria (art. 25.1 del RBI bis). Ahora bien, como expondremos con ocasión del comentario a la reciente sentencia del Tribunal de Justicia, no nos parece que esta cuestión (la del Derecho

⁶¹ FERNÁNDEZ-QUIRÓS, T., *op. cit.*, pp. 432 y 437 y GABALDON, J.L., *op. cit.* pp. 1275-1276.

⁶² La Audiencia Provincial de Barcelona “arrastra” esta confusión desde sus primeros Autos tras la entrada en vigor de la LNM. Véanse los Autos de la Sección 15, de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APB:2016:5241A); de 13 de febrero de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:395A); 18 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:849A); 7 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:7577A); 20 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:3145A); y de la Sección 1, de 16 de mayo de 2022 (ECLI:ES:APPO:2022:575A). En cambio, en otros pronunciamientos de otras Audiencias Provinciales, como es el caso de la de Valencia, en su Auto de 8 de mayo de 2023 (ECLI:ES:APB:2023:3554A), entre otros, se cita el pasaje correcto de *Coreck Maritime*.

⁶³ Auto de la Sección 1, 16 de mayo de 2022 (ECLI:ES:APPO:2022:573A), elevando las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

⁶⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Siegbert Alber, presentadas el 23 de marzo de 2000, disponibles en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61998CC0387>, consultado el 14 de noviembre de 2024.

⁶⁵ Señalando que “*los conocimientos especiales del tenedor o su prolongada relación comercial con el porteador no son suficientes para presumir su consentimiento (tácito)*”.

aplicable al análisis del consentimiento del tercero) sea del todo clara, ni tampoco que se encuentre del todo resuelta por el Tribunal de Luxemburgo.

Centrando el análisis en el art. 468 de la LNM, este precepto regula los aspectos formales de incorporación de las cláusulas de elección de jurisdicción y arbitraje en el extranjero y los requisitos para su validez material. El precepto es aplicable a los contratos de utilización del buque (incluyendo el contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque) y a los contratos auxiliares de la navegación y exige la negociación individual y separada de las cláusulas insertas en los mismos como condición de validez, sancionando la ausencia de este requisito con la nulidad de las cláusulas⁶⁶. El art. 468 deja expresamente a salvo (y aunque en puridad sería innecesario)⁶⁷ la aplicación preferente de los convenios internacionales y la normativa de la Unión Europea⁶⁸.

Doctrina y jurisprudencia coinciden en que esta norma desplegará todos sus efectos en aquellos supuestos en los que el juez español analice la oponibilidad de una cláusula de elección de foro inserta en un conocimiento de embarque que remita a un órgano judicial situado fuera de la UE o de la AELC⁶⁹ (ya sea en la relación entre cargador y porteador como entre porteador y tercero adquirente del conocimiento de embarque). En estos supuestos, la inaplicación del RBI bis permite la aplicación del art. 468 de la LNM y, en consecuencia, la declaración de nulidad de las cláusulas de elección de foro si no han sido negociadas individual y separadamente⁷⁰.

En cambio, cuando el juez español analice, en la relación entre cargador y porteador, la oponibilidad de una cláusula de elección de foro inserta en un conocimiento de embarque que remita a un órgano judicial situado en un Estado miembro de la UE o de la AELC, la aplicación preferente del art. 25 del RBI bis (o del art. 23 Convenio de Lugano) se traduce en la inaplicación del art. 468 de la LNM⁷¹. Como veremos, la respuesta no es tan clara en la relación porteador-tercero tenedor del conocimiento de embarque.

⁶⁶ ARROYO MARTÍNEZ, I., *op. cit.*, p. 1400, señala que el legislador ha optado en este punto por una de las soluciones menos drásticas o radicales, pues podría haber previsto la nulidad absoluta de las cláusulas de sumisión, como es el caso del art. 54.2 de la LEC en sede de competencia territorial o el art. 90.2 en la LGDCU. La LNM, en cambio, permite que las partes puedan someterse a los tribunales del Estado que prefieran, con la única exigencia de que la correspondiente cláusula de sumisión expresa haya sido negociada individual y separadamente.

⁶⁷ La primacía del Derecho de la UE respecto de la norma nacional existe sin necesidad de así recordarlo en el artículo expresamente. Además, en el art. 2 de la LNM, que versa sobre el sistema de fuentes se recoge también dicha jerarquía.

⁶⁸ “Sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales y en el Derecho la UE...”

⁶⁹ Asociación Europea de Libre Cambio (AELC).

⁷⁰ Véase, entre otros, a TORRALBA MENDIOLA, E., *op. cit.*, p. 131. No obstante, esta autora señala que, respecto de la aplicación del art. 468 LNM fuera del ámbito de la UE, dado que el precepto solo vincula a los tribunales españoles, pero no a los extranjeros designados por el acuerdo de las partes, estos podrán afirmar su competencia de acuerdo con los criterios de su propio ordenamiento, lo que supondría el riesgo de la existencia de procedimientos paralelos, sentencias irreconciliables y de que se dicten sentencias españolas claudicantes, que no sean reconocidas ni ejecutadas en el extranjero, especialmente en el Estado cuyos tribunales fueron escogidos en la cláusula.

⁷¹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., “Conclusiones del Encuentro de los Magistrados de los Mercantil 2016”, Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, Nº. 26, 2017, págs. 359-364. Algo parecido ocurre en materia de arbitraje internacional, pues la aplicación del Convenio de Nueva York para regular la validez del acuerdo arbitral impide la aplicación del art. 468 LNM. Sobre esta última cuestión, véase GOMEZ JENE, M., “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima”, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 112-129.

I.5 La posición de los tribunales españoles tras la entrada en vigor de la LNM

El estudio de la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales tras la entrada en vigor de la LNM⁷², y a la espera de los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo, revela que los jueces y tribunales españoles tienen una nítida percepción de las fronteras entre el RBI bis y la LNM en las relaciones entre cargador y porteador⁷³. Sin embargo, en los casos en los que la controversia se suscita entre el porteador y un tercero adquirente de un conocimiento de embarque, la aplicación por parte de nuestros tribunales del juego entre el art. 251 y el 468 de la LNM plantea ciertas dudas.

En la relación entre cargador y porteador, nuestros tribunales suelen realizar la distinción entre aquellos supuestos en los que la cláusula de elección de foro remita a un órgano judicial de un Estado miembro de la UE o de la AELC, de aquellos otros en los que la remisión sea a un Estado no miembro.

En el primero de los supuestos, nuestros tribunales proclaman la aplicación preferente del RBI bis y condicionan la oponibilidad de la cláusula al cargador a la prueba de la concurrencia de los requisitos formales previstos en el art. 25 de dicha norma (y no los del 468 de la LNM) por la parte que pretende la oponibilidad de la cláusula⁷⁴. Nuestros tribunales siguen en este punto la doctrina emanada del Tribunal de Justicia en el asunto *Transportes Castelleti*, confirmando que respecto de las cláusulas de jurisdicción contenidas en los conocimientos de embarque se presume la existencia de un consentimiento válido, por haber sido prestado conforme a un uso del comercio internacional que sea o debiera ser conocido por las partes⁷⁵.

En el segundo caso, la inaplicación del RBI bis se traduciría, en principio, en la aplicación del criterio de la negociación individual y separada tal y como exige el art. 468 de la LNM. No obstante, la jurisprudencia que clarifica esta exigencia no es muy profusa por

⁷² Antes de la entrada en vigor de la LNM la jurisprudencia española venía admitiendo la “*validez intrínseca*” de las cláusulas de prórroga de jurisdicción insertas en los conocimientos de embarque, de conformidad con el artículo 23 del Reglamento CE 44/2001 (hoy, artículo 25 del RBI bis) y su oponibilidad al destinatario o a terceros adquirentes del conocimiento de embarque, por ser una cláusula conforme con los usos que en el comercio internacional son ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en el sector de transporte marítimo (Véanse los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de marzo de 2009 o 11 de marzo de 2010, y en el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de septiembre de 2005, doctrina posteriormente reiterada en las de 8 de febrero de 2007 y 28 de mayo de 2008). Remontándonos todavía más atrás en el tiempo, tal y como recuerda FUENTES GÓMEZ, J., *op. cit.*, antes de la entrada en vigor del Convenio de Bruselas de 1968 el Tribunal Supremo español mantenía un criterio “muy severo” a la hora de admitir la validez de las cláusulas de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros incluidas en los conocimientos de embarque. Se exigía forma escrita y acuerdo separado del clausulado del contrato, que tuviera carácter bilateral, sin que quedara a la discrecionalidad de una de las partes.

⁷³ ALBA, M., *op. cit.* p. 30.

⁷⁴ Véanse, entre otros, los Autos de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de febrero (ECLI:ES:APB:2019:395A) y 18 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:849A), o el Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 21 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:APPO:2020:2118A). También la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en sus Autos de 9 de febrero de 2015 (ECLI:ES:APM:2015:738A) y de 5 de julio de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:2555A). En la misma línea, la Sección 3ª de la Audiencia de Castellón, en Auto de 23 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APCS:2017:604), la Audiencia Provincial de Cádiz, en su Auto de 8 de enero de 2019 (ECLI:ES:APCA:2019:36A) y la Audiencia Provincial de Almería, en su Auto de 2 de mayo de 2018 (ECLI:ES:APAL:2018:91A). Asimismo, la Audiencia Provincial de Valencia en sus Autos 18 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:APV:2019:4632A), 27 de enero de 2020 (ECLI:ES:APV:2020:305A), 20 de julio de 2021 (ECLI:ES:APV:2021:2248A), 1 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APV:2023:846A), 24 de octubre de 2023 (ECLI:ES:APV:2023:2483A) y 7 de febrero de 2024 (ECLI:ES:APV:2024:151A).

⁷⁵ FERNÁNDEZ-QUIRÓS, T., *op. cit.*, p. 433.

el momento⁷⁶, existiendo precedentes de aplicación de la regulación europea por analogía para declarar la oponibilidad de las cláusulas⁷⁷.

En la relación entre el porteador y el tercero adquirente de un conocimiento de embarque, los supuestos en que la cláusula de elección de foro remite a un Estado no miembro se suelen resolver sin demasiada complicación⁷⁸. En cambio, en los casos en los que la cláusula de elección de foro remite a un Estado que sí es miembro de la UE o de la AELC, existen posturas abiertamente discrepantes entre nuestros tribunales.

Por un lado, una postura defiende que la entrada en vigor de la LNM ha supuesto la inoponibilidad de las cláusulas a los terceros adquirentes del conocimiento de embarque, a menos que dichas cláusulas hayan sido objeto de una negociación individual y separada entre el tercero y el porteador. Así, se defiende la aplicación del art. 251 en relación con el 468 de la LNM, en un terreno en el que no resulta de aplicación el RBI bis. Esta es la

⁷⁶ La Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia en sus Autos de 10 de mayo de 2022 (ECLI:ES:APV:2022:433A) y 25 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APV:2024:153A) condicionó la oponibilidad de las cláusulas de sumisión a tribunales de Estados no miembros al análisis de que la cláusula no vulnerase los límites de la autonomía de la voluntad previstos en el artículo 1255 del CC, y entendió que no se vulneran dichos límites cuando la cláusula no se incorpore de manera sorpresiva en el contrato, esto es, que haya sido negociada individual y separadamente por las partes. En el último de los Autos mencionados, la Audiencia entendió que ha existido una negociación individual y separada de la cláusula toda vez que la misma no fue incorporado al *Sea Waybill* de forma directa, sino que constaba de forma clara en el *Booking Confirmation* entregado previamente a la contratante del transporte, de tal forma que si esta no prestaba su consentimiento la cláusula no se incorporaría posteriormente al *Sea Waybill*.

⁷⁷ Véase el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 30 de enero de 2024 (ECLI:ES:APV:2024:17A), en el que el Tribunal declaró la oponibilidad de una cláusula de remisión a los tribunales de Londres (post-Brexit) teniendo en cuenta, entre otros factores, la relación prolongada entre cargador y naviera, acudiendo así a los criterios relativos al consentimiento tácito que prevé el art. 25 del RBI bis. Por su parte, DEL CORTE, J., *op. cit.*, p. 753-768, critica la aplicación analógica de la fundamentación jurídica de las sentencias del Tribunal de Justicia para declarar la validez de cláusulas de sumisión a jurisdicciones extracomunitarias insertas en los conocimientos de embarque en defecto de aceptación expresa, sobre la base de que supone una alteración del sistema de fuentes por el que se hace prevalecer la jurisprudencia, por vía de la analogía, sobre las normas de Derecho positivo, que conducirían a la inaplicación de tales cláusulas.

⁷⁸ *Vid.* por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 15 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:1811A), en relación con una cláusula de sumisión a tribunales de Hong Kong, en la que se mantuvo la jurisdicción de los tribunales españoles, sobre la base de la aplicación del art. 468 LNM.

postura de la Audiencia Provincial de Barcelona⁷⁹, que parece ser seguida por otras como la Audiencia Provincial de Vizcaya⁸⁰.

Por otro lado, otra postura jurisprudencial aboga por la oponibilidad de las cláusulas a los terceros adquirentes del conocimiento de embarque en aquellos supuestos en los que concurran los requisitos previstos en el art. 25 del RBI bis, existiendo un conflicto entre el art. 25 del RBI bis y el régimen de la LNM, que debe ser resuelto mediante la inaplicación de la norma española, jerárquicamente inferior. Esta postura entiende que el art. 251 en relación con el 468 y, por tanto, la exigencia de la negociación individual y separada de las cláusulas únicamente resulta aplicable cuando estas atribuyan jurisdicción a un Estado no miembro de la UE o de la AELC. Esta es la postura de la Audiencia Provincial de Pontevedra⁸¹, y también parece serlo de las Audiencias Provinciales de Castellón⁸² y de Valencia⁸³.

Al margen de las relaciones cargador-porteador y porteador-tercero adquirente del conocimiento de embarque, en la práctica de nuestros tribunales se plantean otros litigios,

⁷⁹ Los pronunciamientos de la Audiencia Provincial de Barcelona en esta línea son reiterados tras la entrada en vigor de la LNM. Citamos, entre otros, el Auto de la Sección 15ª, de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APB:2016:5241A), sobre el análisis de la oponibilidad a un tercero de una cláusula de elección de sumisión al tribunal de comercio de Marsella, en el que el Tribunal mantuvo la jurisdicción española sobre la base de que el pacto atributivo de la competencia quedó excluido del negocio de cesión de acuerdo con el artículo 251 de la LNM. En su Auto de 20 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:3145A), en un supuesto de oponibilidad a terceros de una cláusula de sumisión a tribunales de Londres contenida en un conocimiento de embarque, siendo aun el Reino Unido Estrado miembro de la UE, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó que, al no ser una cuestión regulada por el art. 25 RBI-bis, procede, siguiendo *Coreck Maritime*, aplicar el Derecho español (*lex fori*), concretamente, el art. 251 LNM y, por tanto, desestimó la declinatoria de jurisdicción. Esta misma posición es reiterada en el Auto de 24 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:2814A), con ocasión de una cláusula de sumisión a Londres (pre-Brexit), el Auto de 29 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:3847A), en un supuesto en el que la cláusula de elección de foro remitía al Tribunal de Comercio de Marsella y en los Autos anteriores de 18 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:849A) y de 23 de julio (ECLI:ES:APB:2019:9715), con ocasión de cláusulas de sumisión a la *High Court* de Londres.

⁸⁰ Auto de la Sección 4ª de la Audiencia de Vizcaya de 28 de marzo de 2018 (ECLI:ES:APBI:2018:598A), con mención expresa a la doctrina de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª.

⁸¹ Por todos, el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 21 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:APPO:2020:2118A) en un supuesto de oponibilidad a terceros de una cláusula de sumisión a tribunales de Londres antes de consumarse el Brexit. La Audiencia Provincial de Pontevedra señaló que “*si resulta de aplicación la normativa comunitaria, como es el caso, el art. 251 LNM cede frente a las exigencias del Reglamento Bruselas I-bis, al igual que prevé el propio art. 468 LNM. En consecuencia, la exigencia de la negociación individual y separada de la cláusula de jurisdicción sólo es aplicable cuando la cláusula atribuya jurisdicción a un Estado no miembro*”.

⁸² Auto de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón de 23 de mayo de 2017 (ECLI:ES:2017:604A).

⁸³ Autos de 27 de julio, 19 de septiembre, 8 y 17 de noviembre de 2016, en los que se declinó la competencia a favor de los tribunales ingleses (antes del Brexit), todos ellos citados por MARTORELL P., “*Aspectos relativos a la competencia judicial*”, en Emparanza Sobejano y Martín Osante, “Ley de Navegación Marítima. Balance de su aplicación práctica”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2019, p. 37-51. No obstante lo anterior, debemos mencionar que la Audiencia Provincial de Valencia, en particular, siempre ha defendido que se exige una valoración individualizada de cada caso. En su Auto de 21 de julio de 2021 (ECLI:ES:APV:2021:2241A), dicho Tribunal declaró oponible una cláusula jurisdicción a los tribunales de Hamburgo, sobre la base de que la demandante había suscrito un documento privado de cesión de derechos con el cargador, contratante del transporte, conforme al cual este último le había cedido todos los derechos y acciones frente a la naviera. El Tribunal entendió que tal cesión incluía la cláusula de jurisdicción prevista en el conocimiento de embarque y, en consecuencia, consideró que no era necesario que la demandante prestara su consentimiento a la cláusula, pues “*no podía beneficiarse de lo que le favorecía del título y no salir perjudicada del resto*”.

de forma cada vez más frecuente, entre cargadores -o destinatarios- y los transitarios (*freight forwarders*) contratados por estos para la organización y ejecución del transporte, en cuyo transcurso se produce la pérdida o los daños a la mercancía (o el retraso en su entrega) que da lugar a la reclamación. En estos supuestos, en ocasiones los transitarios tratan de hacer valer frente a su contraparte contractual (el cargador o el destinatario) la cláusula de elección de foro inserta en el conocimiento de embarque emitido por la naviera. Suele ser el caso, además, que el cargador -o el destinatario-, frente al cual el transitario intenta oponer la cláusula de elección de foro, se encuentra mencionado en el conocimiento de embarque, a pesar de que el mismo no suele intervenir en la contratación del transporte marítimo con la naviera, labor que suele corresponder en exclusiva al transitario.

La Audiencia Provincial de Barcelona ha resuelto recientemente un asunto como el descrito, concluyendo que la cláusula de jurisdicción no le resulta oponible al cargador que contrató el transporte con el transitario, en la medida en que este no ejercita acciones con fundamento en el conocimiento de embarque sino en la factura suscrita entre las partes (cargador y transitario). Además, la relación entre las partes no se establece con el conocimiento de embarque, sino que es previa a la suscripción del mismo, razón por la que no resulta de aplicación en el ámbito de la misma un pacto de sumisión a jurisdicción incluido en ese documento⁸⁴. No obstante, se aprecian soluciones aparentemente discrepantes entre nuestra jurisprudencia en supuestos similares⁸⁵.

En definitiva, cabría concluir que, tras la entrada en vigor de la LNM, si bien nuestros jueces y tribunales mantienen una postura razonablemente alineada en buena parte de las situaciones que se plantean en la práctica, en el concreto supuesto de la oponibilidad de una cláusula de elección de foro que remite a un Estado miembro de la UE o de la AELC, a un tercero adquirente de un conocimiento de embarque, concurren actualmente posiciones abiertamente discrepantes. Todo apunta a que la jurisprudencia futura en la materia estará condicionada por la valoración por parte de las restantes Audiencias Provinciales -distintas a la de Pontevedra- de la sentencia del Tribunal de Justicia. En todo caso, parece inevitable que tendrá que ser, en última instancia, el Tribunal Supremo, el que determine la línea a seguir por nuestros tribunales en esta materia tras la entrada en vigor de la LNM y el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo sobre la supuesta incompatibilidad de sus artículos con el Derecho de la UE.

⁸⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 10 de junio de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:5240A). En la misma línea, el Auto del mismo Tribunal de 8 mayo de 2023 (ECLI:ES:APB:2023:3554A), en el cual entendió que la acción se fundamentaba en el contrato de prestación de servicios suscrito entre cargador y transitario, y no en el conocimiento de embarque y, en consecuencia, declaró inoponible la cláusula de jurisdicción inserta en el conocimiento de embarque emitida por la naviera, porteador efectivo.

⁸⁵ Así, se sostiene una postura aparentemente contraria en el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 16 de octubre de 2017 (ECLI:ES:APPO:2017:3336A), en el que el Tribunal concluyó que cuando lo que se exige al transitario es la responsabilidad solidaria en que incurre el transitario/porteador contractual con respecto a los actos del transportista efectivo (art. 278 LNM), la cláusula de elección de foro inserta en las condiciones contractuales del transportista resulta también oponible frente al cargador. En la misma línea se muestra la Audiencia Provincial de Valencia en su Auto de 1 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APV:2023:846A), en el que se entendió que la acción de reclamación por retraso en la ejecución del transporte marítimo, entablada por la vendedora de unas mercancías frente al transitario contratado por esta, se funda en el contrato de transporte, formalizado en conocimiento de embarque y, por tanto, le resulta de aplicación la cláusula de elección de foro.

II. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 25 de abril de 2024. Luces y sombras

II.1 Antecedentes y planteamiento de las cuestiones prejudiciales

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 2024 resuelve tres peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Audiencia Provincial de Pontevedra⁸⁶, en el contexto de tres litigios⁸⁷ cuyo objeto consistía en la petición de indemnización de dos compañías aseguradoras españolas subrogadas en la posición de los terceros adquirentes de unas mercancías transportadas en régimen de conocimiento de embarque, a consecuencia de los daños materiales alegadamente sufridos por estas durante su transporte. Las compañías navieras demandadas alegaron la falta de jurisdicción de los tribunales españoles sobre la base de la existencia de una cláusula de elección de foro inserta en los conocimientos de embarque que atribuía la competencia a un órgano jurisdiccional del Reino Unido.

En síntesis, las aseguradoras subrogadas en la posición de los terceros no parte de los contratos de transporte, suscritos entre cargador y porteador, sostenían que las cláusulas de jurisdicción no les resultaban oponibles a falta de una negociación individual y separada de las mismas, por aplicación del art. 251 de la LNM en relación con el art. 468. En cambio, los porteadores defendían la oponibilidad de las cláusulas sobre la base de la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 25 del RBI bis, y no el artículo 251 de la LNM que, a su juicio, es contrario al Derecho de la Unión y, por tanto, debe ser inaplicable. Este pronunciamiento del Tribunal de Justicia se enmarca, por tanto, en la concreta cuestión de la oponibilidad de una cláusula de elección de foro a un tercero adquirente de un conocimiento de embarque, no parte del contrato de transporte, cuestión sobre la que, como hemos visto, orbita la mayor parte de la controversia entre la doctrina y la jurisprudencia.

La Audiencia Provincial de Pontevedra, en sede de recurso de apelación, al albergar ciertas dudas sobre la interpretación y la aplicación del Derecho de la Unión Europea⁸⁸, decidió suspender los tres procedimientos y plantear ante el Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales. Fueron las siguientes:

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

2ª En el caso de circulación del conocimiento de embarque a un tercero, destinatario de las mercancías, que no intervino en la contratación entre el cargador y el porteador marítimo, ¿resulta compatible con el artículo 25 del Reglamento 1215/2012, y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que lo interpreta, una norma como la contenida

⁸⁶ Autos de la Sección 1ª, de 16 de mayo de 2022, ECLI:ES:APPO:2022:573A; ECLI:ES:APPO:2022:574A; y ECLI:ES:APPO:2022:575A.

⁸⁷ Asuntos C-345/22 y C-347/22, entre la compañía aseguradora española Allianz (demandante) y la sociedad de transporte danesa Maersk A/S (demandada), y asunto C-346/22, entre la compañía aseguradora española Mapfre (demandante) y la sociedad de transporte alemana MACS (demandada). Mediante resolución del Presidente del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2022, se acumularon los tres asuntos a efectos de las fases escrita y oral y la resolución del procedimiento.

⁸⁸ Para una exposición más detallada de cuáles fueron estas dudas, vid. el FJ Sexto del Auto de la Sección 1ª, de 16 de mayo de 2022, cuyo encabezamiento dispone literalmente “*dudas que justifican el planteamiento de la cuestión prejudicial*”.

en el artículo 251 de la Ley de Navegación Marítima, que exige que, para la oponibilidad de la cláusula ese tercero, la cláusula de jurisdicción debe haber sido negociada con éste "individual y separadamente"?

3ª ¿Resulta posible, conforme al Derecho de la UE, que la legislación de los Estados miembros establezca requisitos adicionales de validez para la eficacia frente a terceros de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque?

4ª Una norma como la contenida en el artículo 251 de la Ley de Navegación Marítima española -que establece que la subrogación del tercero tenedor sólo se produce en forma parcial, con exclusión de las cláusulas de prórroga de jurisdicción-, ¿supone la introducción de un requisito adicional de validez de estas cláusulas, contraria al artículo 25 del Reglamento 1215/2012?"

El Gobierno español, en sus conclusiones escritas, preparadas por la Abogacía del Estado, se mostró alineado con las compañías aseguradoras subrogadas en lo que respecta a la aplicación del art. 251 de la LNM, en relación con el art. 468⁸⁹. En cambio, tanto la Comisión Europea como el Abogado General, el Sr. Anthony Michael Collins, defendieron la tesis de que la LNM tiene por efecto eludir el art. 25 del RBI bis⁹⁰, tal y como lo interpreta el Tribunal de Justicia y, por tanto, es contrario a este y debe ser inaplicable por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Seguidamente nos referiremos a las principales conclusiones alcanzadas por el Tribunal de Luxemburgo en este pronunciamiento. Con el propósito de dotar a este artículo de mayor claridad, optaremos por seguir una estructura esquemática, tratando separadamente los puntos de la sentencia que consideramos de mayor interés y relevancia (hasta cinco).

II.2 Cuestión preliminar. Brexit y aplicabilidad del RBI bis

Como cuestión preliminar, el Tribunal de Justicia analizó y resolvió cuál era el marco jurídico aplicable a las controversias planteadas, teniendo en cuenta que las demandas fueron entabladas antes del final del período transitorio previsto en el artículo 126 del Acuerdo de Retirada del Reino Unido de la Unión Europea. Por este motivo, y conforme a lo dispuesto en el artículo 127 del citado Acuerdo de Retirada⁹¹, el Tribunal consideró aplicable el Derecho de la Unión Europea, tanto en lo que respecta a su contenido material como a su interpretación y principios aplicables en el seno de la Unión.

En otras palabras, a los efectos de la aplicación del Derecho de la Unión Europea, la remisión en los conocimientos de embarque a los tribunales de Reino Unido como foro para la resolución de controversias debe entenderse realizada a un Estado Miembro. Consecuencia de ello es que el análisis que realiza el Tribunal de Justicia en este pronunciamiento cabría hacerlo extensivo a cualquier otro supuesto en que la cláusula de

⁸⁹ Ni las conclusiones escritas del Gobierno español ni las de la Comisión son de acceso público. No obstante, el Abogado General, Sr. Anthony Michael Collins, en sus conclusiones (61), hace expresa referencia a ellas.

⁹⁰ El Abogado General emplea la palabra “*circumventing*”.

⁹¹ En virtud del artículo 67, apartado 1, letra a), del Acuerdo de Retirada, las disposiciones relativas a la competencia incluidas en el RBI bis se aplicarán, tanto en el Reino Unido como en los Estados miembros en las situaciones que incumban a dicho Estado, a los procesos judiciales incoados antes del final del período transitorio previsto en el artículo 126 de ese Acuerdo (sentencia de 24 de noviembre de 2022, *Tilman*, C-358/21, EU:C:2022:923, apartado 28). Además, a tenor del artículo 127, apartados 1 y 3, de dicho Acuerdo, durante ese período transitorio el Derecho de la Unión se interpretará y aplicará conforme a los mismos métodos y principios generales que los aplicables dentro de la Unión.

elección de foro remita al tribunal de otro Estado miembro de la UE o de la AELC. La trascendencia de este precedente resulta, por tanto, evidente.

II.3 Derecho aplicable al análisis de la validez *material* de una cláusula de elección de foro

El inciso final del art. 25, apartado 1, del RBI bis⁹², remite a la ley de los tribunales designados en la cláusula de elección de foro para determinar la validez material⁹³ del acuerdo de prórroga de jurisdicción. Así, mientras que la cuestión relativa a la forma del acuerdo entre las partes contratantes está regulada por el art. 25 del RBI bis, otras cuestiones como la capacidad, representación o vicios del consentimiento están reguladas por el Derecho del Estado al que remita la cláusula⁹⁴.

En este punto, la sentencia del TJUE reincide en su jurisprudencia anterior⁹⁵, si bien no por ello debe restársele importancia. No olvidemos que, para que cualquier cláusula de elección de foro inserta en un conocimiento de embarque pueda ser invocada eficazmente frente a un tercero respecto de ese contrato resulta imprescindible, como requisito previo, que haya sido reconocida la validez material de dicha cláusula en la relación entre el cargador y el porteador⁹⁶; análisis que, como hemos visto, deberá hacerse a la luz del Derecho del Estado al que remita la cláusula.

Desde esta perspectiva, el juez nacional que conozca del asunto siempre podría concluir que una cláusula de elección de foro no es oponible al tercero si se acreditara en el procedimiento que la cláusula es nula entre las partes originarias del contrato, de conformidad con la ley del Estado cuyos tribunales designa la cláusula (bien por un defecto en la capacidad o representación de las partes contratantes, un vicio en el consentimiento o cualquier otra circunstancia que prevea la ley nacional). Ello con carácter previo y sin necesidad de que el juez que conociera del asunto entrara a analizar la sucesión del tercero en los derechos y obligaciones del cargador bajo el Derecho nacional aplicable.

En todo caso, lo que debe quedar claro es que los efectos de la cláusula de elección de foro sobre terceros no parte del contrato de transporte no se incluyen en su validez material. La validez material de la cláusula y su aplicabilidad u oponibilidad frente a terceros es una cuestión distinta y separada⁹⁷.

⁹² También el Considerando 20 del RBI bis.

⁹³ La Audiencia Provincial de Barcelona se refiere a la “*validez intrínseca de la cláusula*”. *Vid.*, entre otros, el Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:849A).

⁹⁴ *Vid.* GOMEZ JENE, M., *op. cit.*, pp. 112–129. Véanse también las conclusiones del Abogado General, Sr. Anthony Michael Collins (55), en esta sentencia del Tribunal de Justicia.

⁹⁵ Sentencias de 3 de julio de 1997, *Benincasa* (C-269/95, EU:C:1997:337) y de 18 de noviembre de 2020, *DelayFix* (C-519/19, EU:C:2020:933).

⁹⁶ Sentencia *Castelletti*, apartado 41, Sentencia *Tilly Russ*, apartado 24 y Sentencia *Coreck Maritime*, apartado 23.

⁹⁷ Véanse las conclusiones del Abogado General, Sr. Anthony Michael Collins, punto 56: “*los efectos de las cláusulas atributivas de competencia frente a terceros no están comprendidos dentro del concepto de «validez material» del artículo 25, apartado 1, del Reglamento Bruselas I bis. La validez de una cláusula atributiva de competencia y su aplicabilidad u oponibilidad frente a terceros son cuestiones distintas e independientes*”.

II.4 Derecho aplicable al análisis de los *efectos* de una cláusula de elección de foro

Aclarado que la validez *material* de una cláusula atributiva de competencia procede analizarla a la luz del Derecho del Estado miembro al que pertenezca el órgano jurisdiccional designado por dicha cláusula, el Tribunal de Justicia matiza, con claridad, que la oponibilidad de tal cláusula a un tercero respecto del contrato, como un tercero tenedor del conocimiento de embarque, no está comprendida en la validez *material* de esa cláusula sino en sus *efectos*, cuya apreciación sucede necesariamente a la de su validez *material*⁹⁸.

Los efectos de la cláusula de elección de foro, entre los que se incluye su oponibilidad a un tercero respecto del contrato, no se encuentran regulados por el art. 25 del RBI bis⁹⁹. En efecto, este artículo nada indica sobre la posibilidad de que la cláusula de elección de foro pueda transmitirse desde las partes originarias de un contrato hacia terceros¹⁰⁰. Por tanto, en principio, la aplicación del art. 25 del RBI bis se torna irrelevante a los efectos del análisis de la oponibilidad de las cláusulas de elección de foro a terceros respecto del contrato.

Los efectos a terceros de la cláusula de elección de foro se regulan -no por el RBI bis- sino por el Derecho nacional que resulte aplicable según las normas de conflicto del juez que conozca del asunto. Así, el Tribunal recuerda que una cláusula atributiva de competencia incluida en un conocimiento de embarque podrá ser invocada frente a un tercero respecto de ese contrato siempre que¹⁰¹, en virtud del Derecho nacional aplicable, el tercero tenedor del conocimiento, al adquirirlo, haya sucedido al cargador en todos sus derechos y obligaciones. En ese caso, no es necesario que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto compruebe si ese tercero prestó su consentimiento a dicha cláusula¹⁰².

La posición del Tribunal de Justicia en materia de oponibilidad a terceros de cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque queda definida como sigue: solo en el caso de que, conforme al Derecho nacional aplicable, determinado en virtud de las reglas de Derecho internacional privado del órgano jurisdiccional que conozca del asunto, el tercero tenedor del conocimiento de embarque haya sucedido a la parte contratante inicial en todos sus derechos y obligaciones, puede invocarse contra él una cláusula atributiva de competencia sin necesidad de verificar si ha dado su consentimiento a la misma¹⁰³. En sentido inverso, cuando el Derecho nacional aplicable no prevé esa relación

⁹⁸ *Vid.* el apartado 48 de la sentencia y los puntos 54 a 56 de las conclusiones del Abogado General, Sr. Anthony Michael Collins.

⁹⁹ Este artículo no precisa si una cláusula atributiva de competencia puede transferirse, fuera del círculo de las partes contratantes, a un tercero, parte en un contrato posterior que se subroga, en todo o en parte, en los derechos y obligaciones de una de las partes del contrato inicial (sentencias *Refcomp*, apartado 25, de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM*, C-366/13, EU:C:2016:282, apartado 23, y *DelayFix*, apartado 40 y jurisprudencia citada).

¹⁰⁰ *Vid.* IRACULIS ARREGUI, N., *op. cit.*, p. 200 y ROSE, Francis, "the EC Jurisdiction Regulation does not provide whether third parties should be bound by a jurisdiction clause which binds the carrier and the shipper. The matter is currently governed by the applicable national law of each EU Member State", en Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 1974-2024.

¹⁰¹ Además de que haya sido reconocida su validez *material* en la relación entre el cargador y el porteador conforme al Derecho del Estado miembro al que pertenezcan uno o varios órganos jurisdiccionales designados por dicha cláusula.

¹⁰² Sentencias de *Tilly Russ*, apartados 24 y 25 y *Refcomp*, apartado 34 y jurisprudencia citada.

¹⁰³ Apartado 51 de la sentencia del Tribunal de Justicia con cita a *Coreck Maritime*, apartados 24, 25 y 30 y *CDC Hydrogen Peroxide*, C-352/13, EU:C:2015:335, apartado 65.

de sustitución total, el referido órgano jurisdiccional debe comprobar la realidad del consentimiento de ese tercero a tal cláusula¹⁰⁴.

En ocasiones, se ha criticado la remisión al Derecho nacional para el análisis de la oponibilidad de cláusula de elección de foro frente a un tercero no parte del contrato originario, sobre la base de que ello podría generar soluciones divergentes entre los Estados miembros lo que, a su vez, podría menoscabar el objetivo de unificación de las normas de competencia judicial que establece el Reglamento¹⁰⁵. En todo caso, la posición del Tribunal de Justicia sobre estas dos primeras cuestiones se encuentra razonablemente consolidada, como han tenido ocasión de hacerse eco nuestros tribunales nacionales¹⁰⁶.

En definitiva, puede afirmarse que, tras este pronunciamiento del Tribunal de Justicia, es pacífico que el Derecho aplicable al análisis de la validez *material* de una cláusula de elección de foro que remita a un Estado miembro de la UE será el del Estado al que esa cláusula defiere jurisdicción. En cambio, el Derecho aplicable al análisis de la oponibilidad de la cláusula inserta en un conocimiento de embarque frente a un tercero (a los *efectos* de la cláusula), será el Derecho nacional que rige la relación jurídica cuya eficacia traslativa se discute, el cual deberá ser determinado en virtud de las normas de conflicto del juez que conozca del asunto.

II.5 Los artículos 251 y 468 de la LNM y su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea

Este es el punto del pronunciamiento del Tribunal de Justicia que, con abrumadora diferencia, mayor interés ha suscitado, dentro y fuera de nuestras fronteras¹⁰⁷, tanto por su novedad como, especialmente, por su contundente conclusión sobre la incompatibilidad entre el régimen jurídico instaurado por la LNM y el Derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia, en su respuesta a las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta, resueltas conjuntamente, concluyó como sigue (68): *“el artículo 25, apartado 1, del Reglamento Bruselas I bis debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual un tercero respecto de un contrato de transporte de mercancías celebrado entre un porteador y un cargador, que adquiere el conocimiento de embarque que documenta ese contrato y se convierte así en tercero tenedor de dicho conocimiento de embarque, se subroga en la totalidad de los derechos y obligaciones del referido cargador, con excepción de los derivados de una cláusula atributiva de competencia inserta en el citado conocimiento de embarque, cláusula que únicamente es oponible a ese tercero si la negoció individual y separadamente”*.

Como paso previo a dicha conclusión el Tribunal indicó (61): *“según la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 251 de la LNM, en relación con el artículo 468 de dicha Ley, obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales concernidos a verificar la existencia del consentimiento de un tercero a una cláusula*

¹⁰⁴ Sentencia *Refcomp*, apartado 36 y jurisprudencia citada.

¹⁰⁵ Como se desprende del segundo Considerando de éste.

¹⁰⁶ Nos remitimos a las sentencias previamente mencionadas en este trabajo, tanto de la Audiencia Provincial de Barcelona como de la Audiencia Provincial de Pontevedra, entre otras.

¹⁰⁷ A efectos ejemplificativos, citamos las siguientes notas de prensa, emitidas por Despachos maritimistas de diferentes países. Reino Unido: <https://www.hilldickinson.com/insights>; Italia <https://ghersilaw.com/it/la-spinosa-questione-delloponibilita-delle-clausole-di-scelta-del-foro/>; Malta: <https://ganado.com/insights/publications/supremacy-of-eu-law-the-brussels-convention-on-the-validity-of-a-foreign-jurisdiction-clause/>. Los enlaces anteriores han sido consultados por última vez el 14 de noviembre de 2024.

atributiva de competencia inserta en el conocimiento de embarque que adquiriera, aun cuando se haya subrogado en la totalidad de los derechos y obligaciones del cargador que celebró el contrato que dicho conocimiento de embarque documenta”, de modo que, para el Tribunal de Justicia (60) “tal normativa nacional tiene por efecto eludir el artículo 25, apartado 1, del Reglamento Bruselas I bis, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia” y, además (62) “esta normativa nacional contraviene la jurisprudencia derivada de la sentencia de 9 de noviembre de 2000, Coreck (C-387/98, EU:C:2000:606), apartado 25, en la medida en que tiene como efecto conferir al tercero tenedor del conocimiento de embarque más derechos de los que tenía el cargador al que ha sucedido, ya que este tercero puede optar por no quedar vinculado por la prórroga de competencia acordada entre las partes originarias del contrato”.

Sobre la remisión que realiza el art. 251 LNM al 468, en lo que respecta a la negociación individual y separada de las cláusulas como requisito relativo al consentimiento del adquirente, el Tribunal apunta (67): *“corresponderá al órgano jurisdiccional remitente verificar si el artículo 251 de la LNM, en relación con el artículo 468 de dicha Ley, puede interpretarse en el sentido de que la norma que establece, según la cual el adquirente del conocimiento de embarque adquiere todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, con excepción de las cláusulas atributivas de competencia y de las cláusulas de arbitraje si no han sido negociadas individual y separadamente por ese adquirente, solo se aplica a una situación si esta última no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 25, apartado 1, del Reglamento Bruselas I bis. Si dicho órgano jurisdiccional constata que no es así, debería abstenerse de aplicar dicha norma nacional en los litigios principales, en la medida en que es contraria a esa disposición del Derecho de la Unión directamente aplicable”.*

A modo de apunte preliminar, y con el debido respeto, echamos en falta en este pronunciamiento, concretamente en la respuesta conjunta a las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta, la armonía y la consistencia en la argumentación presente en otros pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo, lo que se traduce en un cierto desconcierto en quien se embarca en su análisis, o al menos esa es la impresión de quien suscribe. Así, a nuestros ojos, la conclusión a la que llega el Tribunal, pese a su trascendencia, apenas se fundamenta previamente en el cuerpo de la sentencia. A nuestro juicio, la redacción de esta sentencia, particularmente los saltos hacia delante y hacia atrás en la argumentación, sumado al tratamiento por el Tribunal de puntos complejos de forma sintética, puede llegar a dificultar su análisis y, en definitiva, su comprensión por los operadores jurídicos.

Adicionalmente, y también como cuestión previa, debemos destacar que, de la sentencia del Tribunal de Justicia parecería desprenderse la asunción de que el Derecho español resultaría de aplicación a la sucesión del tercero en los derechos y obligaciones del cargador. Si bien la determinación del Derecho nacional aplicable en estos concretos litigios podría plantear algunas dudas¹⁰⁸, las conclusiones del Tribunal de Justicia en la

¹⁰⁸ Ya hemos señalado que, a menos que se considere que la norma del art. 251 LNM es una norma de naturaleza procesal y, por tanto, sería aplicable como *lex fori* en todo caso, procedería aplicar, en principio, la norma de conflicto del art. 10.3 del Código Civil, conforme a la cual la ley aplicable sería la del lugar de emisión del conocimiento. Sobre este punto en concreto, nos parece muy acertada la propuesta de reforma del art. 251 LNM ideada por GABALDON, J.L., en “*Sobre las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque. Una propuesta legislativa*”, Naucher, 28 de enero de 2020, disponible en: <https://www.naucher.com/sobre-las-clausulas-de-jurisdiccion-en-los-conocimientos-de-embarque-una-propuesta-legislativa/>, consultado el 14 de noviembre de 2024. Esta propuesta consistiría en añadir un apartado nuevo al art. 251 según el cual “*los derechos y acciones del tercer tenedor adquirente del*

sentencia objeto de comentario serían trasladables a supuestos en los que el Derecho nacional aplicable conforme a la norma de conflicto fuese, efectivamente, la ley española, por un motivo o por otro, y de ahí su trascendencia.

Seguidamente desarrollaremos los principales motivos por los que, con el debido respeto, consideramos que los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Justicia en este pronunciamiento quizás no estén revestidos de una consistencia tal que permita afirmar, con contundencia, que el régimen jurídico instaurado por la LNM tiene como efecto¹⁰⁹ eludir el Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia que se ha ocupado de su interpretación.

En primer lugar, hemos de partir de una premisa que, a nuestro juicio, resulta difícilmente atacable: el art. 25 del RBI bis no es pertinente en el marco del examen de la cuestión de si los terceros adquirentes de un conocimiento de embarque suceden al cargador en sus derechos y obligaciones. Esta sucesión se rige por el Derecho nacional aplicable, determinado en virtud de las reglas de Derecho internacional privado del Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional que conoce del asunto¹¹⁰. Los efectos de la cláusula de elección de foro, entre los que se incluye la oponibilidad de tal cláusula a un tercero respecto del contrato, no se encuentran regulados por el art. 25 del RBI bis¹¹¹.

Paradójicamente, y pese a la contundencia del propio pronunciamiento del Tribunal en este punto¹¹², el Tribunal concluye, al mismo tiempo, que el régimen instaurado por la LNM es contrario al art. 25 del RBI bis y tiene como efecto eludirlo. Como punto de partida, nos cuesta comprender cómo puede sostenerse, en un plano jurídico, que la norma nacional española es contraria al art. 25 del RBI bis, cuando es pacífico, y el propio Tribunal así lo recoge en este pronunciamiento, que dicha norma no es pertinente en el examen de la cuestión que regula la LNM en su art. 251, pues se trata de una cuestión que debe resolverse a la luz del Derecho nacional, en la medida en que no está regulada por

conocimiento de embarque se regirán por la ley del país donde se encuentre el puerto de descarga designado en el título". Su propósito sería tratar de asegurar la aplicación del Derecho español para determinar la oponibilidad de las cláusulas que remitan a un Estado miembro de la UE o de la AELC, evitando así los efectos de la aplicación del art. 10.3 Código Civil, pues en la mayoría de los casos este artículo desencadenará la aplicación de un Derecho distinto al español. En este sentido, TORRALBA MENDIOLA, E., en *op. cit.*, p. 129, también señala la necesidad de incluir una norma de conflicto específica en la LNM para asegurar la aplicación del Derecho español, precisamente si el propósito del legislador era proteger a los cargadores españoles y quienes se subrogaran en su posición.

¹⁰⁹ Ya hemos explicado en el apartado I.4 de este trabajo que la LNM no tenía como propósito eludir el Derecho de la Unión Europea, sino aprovechar, legítimamente y sin contravenir el principio de jerarquía normativa, las lagunas de este y la jurisprudencia derivada de *Coreck Maritime*.

¹¹⁰ Véanse las Sentencias ya citadas *Tilly Russ*, apartado 24, *Castelleti*, apartado 41 y *Coreck Maritime*, apartados 23 a 27. Esta doctrina se reiteró en la sentencia *Refcomp SpA*, y en la misma línea se muestra con claridad el Abogado General, Sr. Anthony Michael Collins, en sus conclusiones en el caso que nos ocupa, punto 44: "cualquier duda sobre si el tercero se ha subrogado en los derechos y obligaciones del porteador al adquirir el conocimiento de embarque debe resolverse con arreglo al Derecho nacional".

¹¹¹ En este sentido se pronuncia también con meridiana claridad el Abogado General, Sr. Anthony Michael Collins al señalar (36): "ni el artículo 25 del Reglamento Bruselas I bis, ni ninguna otra de sus disposiciones, regula expresamente los efectos de las cláusulas atributivas de competencia frente a terceros, en particular frente a personas distintas de las partes del contrato inicial a que se refiere la cláusula atributiva de competencia y que pasan a ser parte en ese contrato mediante endoso u otro tipo de pacto".

¹¹² Apartado 54 de la sentencia: "esta disposición no es pertinente en el marco del examen de la cuestión de si dichos terceros se subrogan en la totalidad de los derechos y obligaciones de los mencionados cargadores, ya que esta subrogación se rige por el Derecho nacional aplicable al fondo, determinado en virtud de las reglas de Derecho internacional privado del Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional remitente".

el Reglamento¹¹³. Es por este preciso motivo por el que parte de la doctrina ha apuntado que el Tribunal podría haberse “*extralimitado*” en este pronunciamiento¹¹⁴.

Por tanto, consideramos que no cabe acudir al argumento de la primacía del Derecho de la Unión Europea para sostener la inaplicación del art. 251 de la LNM, en la medida en que el Derecho comunitario (en particular el RBI bis) no regula lo que el art. 251, esto es, los efectos de la transmisión del conocimiento de embarque entre las partes originarias y un tercero adquirente del mismo. En pocas palabras, el art. 251 LNM no pretende ocupar el mismo espacio que el art. 25 del RBI bis, sino llenar las lagunas que deja este último. Y si ambos artículos regulan espacios diferentes, no existe conflicto alguno que deba resolver el principio de la jerarquía normativa.

A falta de un mayor desarrollo y fundamentación de este punto por Tribunal de Justicia, inexistente en la sentencia objeto de comentario, nos cuesta ver cómo esta sentencia puede superar esta primera contradicción.

En segundo lugar, si lo que el Tribunal de Justicia considera que desencadena la incompatibilidad del régimen español con el Derecho de la Unión, es la remisión que realiza el art. 251 al 468 de la LNM, en lo que respecta a la negociación individual y separada de las cláusulas como requisito para el consentimiento del adquirente, a pesar de que el Tribunal no centra el análisis en ese punto (como cabría esperar si es precisamente lo que, a juicio del Tribunal, determina su conclusión final), proceden una serie de consideraciones al respecto.

En efecto, de ciertos pasajes de la sentencia podría llegar a deducirse, no sin dificultades, que para el Tribunal el punto decisivo es que la norma española exija la negociación individual y separada de la cláusula de elección de foro, como la única forma aceptable de prestación del consentimiento por el tercero. En este sentido, el Tribunal acepta con claridad en la sentencia que corresponde a los Estados miembros regular los efectos de la transmisión de los conocimientos de embarque¹¹⁵ pero, al mismo tiempo, no parece ver con buenos ojos que un Estado decida condicionar la sucesión del tercero también en la cláusula de elección de foro a la negociación individual y separada de la misma por parte de este último.

Salvo error por parte de quien suscribe, el único argumento en el que se basa el Tribunal para concluir que el art. 251 de la LNM, en relación con el 468, resultaría incompatible con el Derecho de la Unión, es el de la comparativa entre los derechos del tercero tenedor del conocimiento de embarque y el cargador originario. En efecto, el Tribunal afirma que la normativa española contraviene la jurisprudencia derivada de la sentencia *Coreck Maritime*, apartado 25, en la medida en que tiene como efecto conferir al tercero tenedor del conocimiento de embarque más derechos de los que tenía el cargador al que ha sucedido, ya que este tercero puede optar por no quedar vinculado por la prórroga de

¹¹³ Recordemos también el apartado 30 de *Coreck Maritime*: “La cuestión de cuál es el Derecho nacional aplicable a la definición de los derechos y obligaciones del tercero tenedor de un conocimiento de embarque es ajena a la interpretación del Convenio y es competencia del órgano jurisdiccional nacional, al que incumbe aplicar las normas de su Derecho internacional privado”.

¹¹⁴ FUENTES, J.C., (2 de julio de 2024). “La Sentencia del TJUE sobre la validez del régimen de las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la Ley de Navegación Marítima: vuelta a la casilla de salida”. Foro Arbitraje y Litigación Internacional, FIDE, Madrid, España.

¹¹⁵ Apartado 54 de la sentencia.

competencia acordada entre las partes originarias del contrato¹¹⁶. Anticipamos que tampoco este argumento nos convence demasiado. Nos explicamos.

Dada la expresa referencia al apartado 25 de la sentencia *Coreck Maritime*, al cual la normativa española, según el Tribunal, sería contraria, resulta imprescindible volver a revisar su contenido. En este pronunciamiento, tantas veces mencionado en este trabajo, el Tribunal de Justicia determinó básicamente que, si bajo el Derecho nacional aplicable el tercero ha sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones (incluida la cláusula de elección de foro), en tal caso deviene innecesario el análisis del consentimiento del tercero a la cláusula de elección de foro inserta en el conocimiento. Así, producida la sucesión del tercero en todos los derechos y obligaciones del cargador, este último estará vinculado automáticamente por tal cláusula. Lo contrario supondría, efectivamente, que el tercero tendría más derechos de los que tenía el cargador cuya totalidad de derechos y obligaciones le han sido cedidos (incluida la cláusula de elección de foro).

Siendo ello así, a nuestro juicio, la cita a este pasaje de *Coreck Maritime* deviene inane para el análisis de la normativa nacional española y su compatibilidad con el Derecho de la Unión. El motivo es que, bajo el régimen de la LNM, la transmisión del conocimiento de embarque no tiene como efecto la sucesión del tercero adquirente en *todos* los derechos y obligaciones de tenedor originario, pues se excluye expresamente de tal sucesión la cláusula de elección de foro. Es decir, el tercero no sucede al cargador en todos sus derechos y obligaciones, incluida la cláusula de elección de foro, y este fue precisamente el presupuesto bajo el cual el Tribunal de Justicia afirmó en el caso *Coreck Maritime* que el tercero no puede ostentar más derechos que el cargador al que ha sucedido.

Por este motivo, nos parece que no cabe trasladar razonablemente el citado pasaje de la sentencia al análisis de la compatibilidad entre el régimen de la LNM y el Derecho de la UE, pues la afirmación contenida en el mismo de que “*la adquisición del conocimiento de embarque no puede conferir al tercero porteador más derechos de los que tenía el cargador*” no se puede escindir del particular contexto en el que fue emitida por el Tribunal, esto es, en los supuestos en los que, bajo el Derecho nacional aplicable, el tercero sucede al cargador en (todos) sus derechos y obligaciones, incluida la cláusula de elección de foro, lo cual no es el caso del Derecho nacional español, que limita precisamente el alcance de dicha sucesión.

En definitiva, no alcanzamos a entender la lógica bajo la cual la referencia al apartado 25 de *Coreck Maritime* puede servir de fundamento para concluir que el art. 251 de la LNM, en relación con el 468, resulta contrario al Derecho de la Unión. El supuesto en el que se enmarcó dicho pronunciamiento (derecho nacional aplicable que determine que el tercero ha sucedido al cargador en *todos* sus derechos y obligaciones, sin excluir la cláusula de elección de foro) sencillamente no es el caso de la norma española.

Sobre esta cuestión, la sentencia señala (61) que los arts. 251 y 468 de la LNM obligan a los órganos jurisdiccionales nacionales a verificar la existencia del consentimiento de un tercero a la cláusula de elección de foro inserta en el conocimiento de embarque que este adquiere, aun cuando se haya subrogado en la *totalidad* de los derechos y obligaciones del cargador¹¹⁷. En este punto, la sentencia podría haber incurrido en un posible error en

¹¹⁶ Apartado 54 de la sentencia. Identificamos también este argumento en las conclusiones del Abogado General, Sr. Anthony Michael Collins, punto 38.

¹¹⁷ La sentencia, en su apartado 61, señala: “*según la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 251 de la LNM, en relación con el artículo 468 de dicha Ley, obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales concernidos a verificar la existencia del consentimiento de un tercero a una*

lo que respecta a cuál es el régimen que establece LNM española. Ello por cuanto la LNM no prevé que la transmisión del conocimiento de embarque comporte la cesión de *todos* los derechos y obligaciones que el mismo incorpora, incluida la cláusula de elección de foro, pero, al mismo tiempo, exige la verificación del consentimiento del tercero. En otras palabras, la LNM no pretende exigir la verificación del consentimiento del adquirente aun en el caso de que el mismo haya sucedido al cargador en *todos* sus derechos y obligaciones, incluida la cláusula de elección de foro, como parece sugerir el Tribunal de Justicia.

A mayor abundamiento, y más allá de que consideramos que la cita a *Coreck Maritime* podría no ser del todo acertada en este punto, apreciamos que este argumento podría enfrentarse a otro obstáculo.

En nuestra opinión, no parece razonable sostener que la LNM es contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por el hecho de conferir al tercero tenedor del conocimiento de embarque más derechos de los que tenía el cargador al que ha sucedido¹¹⁸. Ello sería contradictorio con que el propio Tribunal de Justicia reconozca, al mismo tiempo, que corresponde a los Estados miembros regular los efectos de la transmisión del conocimiento de embarque, pudiendo estos, en el ejercicio de tales facultades, optar por establecer que siempre que sea de aplicación su norma nacional el tercero adquirente de un conocimiento de embarque no sucederá al cargador en todos sus derechos y obligaciones, o al menos no de forma automática.

En pocas palabras, si el Tribunal de Justicia acepta que los Estado miembros están facultados para regular bajo sus Derechos nacionales la no oponibilidad automática de las cláusulas de elección de foro a los terceros (por vía de la limitación de los efectos de la transmisión del conocimiento de embarque), no alcanzamos a comprender cómo es posible que, al mismo tiempo, el Tribunal reproche a un Estado (en este caso al español) que su normativa nacional regulando tal cuestión pueda tener como consecuencia que el tercero ostente más derechos que el cargador al que ha sucedido (en un contexto además en el que, como hemos visto, el tercero no sucede al cargador en la totalidad de sus derechos y obligaciones).

Precisamente, que el tercero pueda quedar o no vinculado por la cláusula de elección de foro inserta en el conocimiento de embarque -ostentando así en la práctica, si se quiere, más derechos de los que tenía el cargador-, es una consecuencia insoslayable de que corresponda en exclusiva a los Estados miembros regular los efectos de la transmisión del conocimiento de embarque y la sucesión del tercero, total o parcial, o inexistente, en los derechos y obligaciones de la parte originaria. Cuestión totalmente distinta es la crítica que pueda merecer, si es que merece alguna, el hecho de que corresponda a los Estados miembros regular la cuestión del alcance de la sucesión del tercero. Ahora bien, una cosa es que no se esté de acuerdo con la decisión del legislador europeo y del Tribunal de Justicia de remitir a los legisladores nacionales tal cuestión y otra, bien distinta, es que se pueda afirmar, con la suficiente contundencia jurídica, que el régimen de la LNM se opone al Derecho de la UE.

cláusula atributiva de competencia inserta en el conocimiento de embarque que adquiera, aun cuando se haya subrogado en la totalidad de los derechos y obligaciones del cargador que celebró el contrato que dicho conocimiento de embarque documenta" (el subrayado es nuestro).

¹¹⁸ En la medida en que este tercero puede optar por no quedar vinculado por la prórroga de competencia acordada entre las partes originarias del contrato, si no presta su consentimiento mediante una negociación individual y separada de la cláusula.

Por último, y mayor abundamiento de los argumentos anteriores, consideramos que, en cierto modo, podría ser hasta razonable que el tercero adquirente de un conocimiento de embarque, que no fue parte del contrato de transporte, pueda ostentar más derechos de los que tenía el cargador, precisamente porque el primero no fue parte del contrato y el segundo sí. Ello salvo que, lógicamente, bajo un determinado Derecho nacional, tal tercero haya sucedido automáticamente al cargador en *todos* sus derechos y obligaciones, incluida la cláusula de elección de foro, en cuyo caso los derechos de cargador y tercero sí habrían de ser los mismos necesariamente. No obstante, insistimos en que este último no es el caso del Derecho español, en el que no existe una sucesión total o plena con carácter automático, como sí ocurre, como hemos tenido ocasión de comentar previamente en este artículo, en otros ordenamientos como por ejemplo el portugués.

Por sorprendente que pueda parecer, pese a la contundencia de la conclusión, el Tribunal de Justicia, aparentemente, no da más razones por las que considera que el régimen de la LNM contraviene el art. 25.1 del RBI bis. Así, el Tribunal no entra a valorar directamente la tradicional discusión en cuanto a la forma de prestación del consentimiento del tercero adquirente de un conocimiento de embarque, si está regulada por el art. 25.1 del RBI bis o por el Derecho nacional aplicable, ello a pesar de las dudas mostradas en este punto por el órgano jurisdiccional remitente, y que impregnan el planteamiento de las cuestiones prejudiciales.

A pesar de que en cierto modo excede del análisis del contenido de la sentencia del Tribunal de Justicia, en aras de ofrecer nuestra visión completa sobre esta cuestión, seguidamente trataremos sucintamente también este punto, así como otros que se han planteado para defender la incompatibilidad del régimen de la LNM con el Derecho de la UE.

Como ya hemos apuntado previamente en este artículo, la doctrina mayoritaria se ha mostrado favorable a considerar que al análisis del consentimiento del tercero tenedor de un conocimiento de embarque con una cláusula de elección de foro que remita a un Estado miembro se aplicará el art. 25.1 del RBI bis en iguales condiciones que al cargador¹¹⁹. Es decir, se aceptará también el consentimiento del tercero basado en los usos, de modo que la exigencia de la negociación individual y separada del tercero que prescribe el art. 251 LNM, en relación con el 468, carecerá de cualquier relevancia en tales supuestos.

Sin perjuicio de que se trata de una cuestión compleja, nos cuesta identificar argumentos jurídicos de peso, que no de otro tipo¹²⁰, para sostener que la forma de prestación del consentimiento del tercero adquirente de un conocimiento de embarque está regulada, necesariamente, por el art. 25.1 del RBI bis, y no por el Derecho nacional aplicable.

A nuestro juicio, corresponde en exclusiva a los Estados miembros regular esta cuestión, en la medida en que es pacífico que no está regulada por el RBI bis. Por tanto, no vemos especial inconveniente¹²¹, en el plano estrictamente jurídico, para que un juez español (o

¹¹⁹ Véanse, entre otros, a ALBA, M., *op. cit.*, p. 29, el cual señala “*al destinatario o tercero se les aplicará en cualquier caso el contenido del art. 25.1 letras a) a c) RBI bis en iguales condiciones que al cargador*”, con cita a *Coreck Maritime*, apartado 26; LANGELAAN, B., *op. cit.*, p. 434; TORRALBA MENDIOLA, E. *op. cit.*, p. 127; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 417; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *op. cit.*, p. 360; o IRACULIS ARREGUI, N., *op. cit.*, pp. 203 y 204.

¹²⁰ Como podría ser la consecuencia práctica, en cierta medida indeseable, que supondría la falta de uniformidad entre los diferentes Estados miembros sobre este punto.

¹²¹ Nos referimos a inconvenientes estrictamente “jurídicos”, pues tampoco somos ajenos a las dificultades que, en la práctica, supone analizar si el tercero adquirente de un conocimiento de embarque ha negociado individual y separadamente con el porteador la cláusula de elección de foro inserta en el

de cualquier otro Estado miembro), al aplicar el Derecho español, considere que procede analizar si el tercero adquirente de un conocimiento de embarque ha negociado individual y separadamente la cláusula de elección de foro inserta en el mismo (en lugar de la concurrencia de los requisitos previstos en el art. 25.1 del RBI bis), incluso si la cláusula de elección de foro remite a un Estado miembro.

De aceptarse que procede aplicar el art. 25.1 del RBI bis para el análisis del consentimiento del tercero a la cláusula de elección de foro inserta en el conocimiento de embarque (de igual manera a cómo ocurre en la relación cargador y porteador), se estaría ignorando, en la práctica, la particular y especial posición en la que se encuentra el tercero en comparación el cargador, que sí fue parte del contrato de transporte, tratando igualmente ambas situaciones¹²². Esta posición diferenciada justificaría, a nuestro juicio, y en línea con las conclusiones del Abogado General en el asunto *Coreck Maritime*, que la forma de prestación del consentimiento a la cláusula de elección de foro pueda no ser necesariamente la misma en uno y otro caso, debiendo ser más restrictivo el análisis de las formas de consentimiento por parte del tercero.

No obstante, no se nos escapa que el Tribunal de Justicia en *Coreck Maritime* (26), se remitió efectivamente al art. 17 del Convenio de Bruselas para el análisis del consentimiento del tercero en el supuesto en el que el Derecho nacional aplicable no prevea la sucesión del tercero en todos los derechos y obligaciones del cargador. Ahora bien, como hemos visto, el Abogado General se pronunció expresamente en contra de esta postura, sugiriendo que, en lugar de remitirse al art. 17 del Convenio de Bruselas, el Tribunal debió señalar que “*los conocimientos especiales del tenedor o su prolongada relación comercial con el porteador no son suficientes para presumir su consentimiento (tácito)*”, lo que demuestra que otra interpretación es posible. Tampoco nos consta que este sea un punto sobre el que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado en sentencias posteriores.

En cambio, lo que sí ha dejado claro el Tribunal de Justicia, en repetidas ocasiones, es que los efectos de la cláusula de elección de foro y su oponibilidad a un tercero no parte del contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque, se rigen por el Derecho nacional que resulte aplicable según las normas de conflicto del juez que conozca del asunto (y no por el RBI bis). A nuestro juicio, ello permitiría sustentar, al menos como punto de partida, que la forma de prestación del consentimiento del tercero adquirente de un conocimiento de embarque está regulada por el Derecho nacional aplicable, y no por el art. 25.1 del RBI bis.

A mayor abundamiento, téngase en cuenta que, según doctrina reiterada del Tribunal de Justicia, los requisitos previstos en el art. 25 RBI bis deben interpretarse restrictivamente, toda vez que el propósito de este artículo era precisamente garantizar que el consentimiento de las partes respecto de la cláusula atributiva de competencia exista efectivamente y se manifieste de una manera clara y precisa¹²³. Interpretación en sentido

conocimiento de embarque. Lo cierto es que, en la realidad práctica, y salvo contadas excepciones, tal negociación entre porteador y tercero no tiene lugar. Piénsese, por ejemplo, en una típica compraventa internacional CIF, en la que el contrato de transporte marítimo lo suscribe el vendedor de las mercancías, y en la que lo normal es que el destinatario no tenga relación ni contacto alguno con el porteador hasta el momento de exigir la entrega de las mercancías en el puerto de destino.

¹²² En este punto, el hecho de que el RBI bis no regule los efectos de las cláusulas de elección de foro a terceros, alcanzando únicamente a las relaciones *inter-partes*, nos parece un buen indicio de que procede tratar separadamente el análisis del consentimiento del tercero adquirente del conocimiento de embarque en comparación con el análisis del consentimiento del cargador, parte originaria del contrato de transporte.

¹²³ Véase, entre otras, la STJCE de 11 de julio de 1985, asunto 221/84, *Berghoefer c. ASA*.

estricto que, igualmente, se impone si tenemos en cuenta las consecuencias que la prórroga de la competencia pueden tener para la posición de las partes en el proceso¹²⁴.

Pues bien, atendido el carácter restrictivo con el que procede interpretar los requisitos previstos en el art. 25 RBI bis, nos resulta difícil comprender cómo es posible defender razonablemente una interpretación extensiva, ya no de tales requisitos, sino del propio ámbito de aplicación del artículo, pretendiendo que este alcance también a cuestiones que exceden de dicho ámbito, como sería el caso de los efectos de las cláusulas de elección de foro y su oponibilidad a terceros no parte del contrato.

Por otro lado, se ha apuntado que el problema nuclear del régimen de la LNM y, en definitiva, lo que desencadena su incompatibilidad con el Derecho de la Unión, es el hecho de que el art. 251 de la LNM, al regular los efectos de la transmisión del conocimiento de embarque, haya sustraído la cláusula de elección de foro del conjunto de derechos y obligaciones en los que el tercero adquirente del conocimiento de embarque sucede al cargador (el criticado “*cherry-picking*” que se predica del art. 251 de la LNM).

Sin ánimo de extendernos en esta cuestión, que no es el objeto principal de este artículo, consideramos, como punto de partida, que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en ningún momento acude este particular argumento para alcanzar su conclusión. En este sentido, no identificamos ningún pasaje de la sentencia en el que se critique, ni tan siquiera se analice, el hecho concreto de que el legislador español haya optado por sustraer las cláusulas de elección de elección de foro del conjunto de derechos y obligaciones en los que el tercero adquirente del conocimiento de embarque sucede al cargador. No solo eso, sino que, el Tribunal de Justicia, en pronunciamientos previos, ha reconocido, sin aparentes problemas, la posibilidad de que la sucesión del tercero en los derechos y obligaciones del cargador pueda ser parcial, no total¹²⁵.

En todo caso, y sin perjuicio de lo anterior, tampoco este argumento nos acaba de convencer pues, si bien podría tener cierta virtualidad desde la estricta perspectiva del Derecho cambiario y la teoría general de los títulos valores¹²⁶, el tenor literal del art. 251 LNM es claro y contundente y, por encima de todo, dicho artículo está dotado de rango legal suficiente para desplegar toda su eficacia. Por tanto, su aplicación, con las particularidades descritas en este trabajo, resulta obligada¹²⁷, por mucho que quizás pudiera repugnar a la bien arraigada dogmática de los títulos valores¹²⁸. Por expreso mandato del legislador, se esté o no de acuerdo, como en muchas otras facetas de la política legislativa, la cláusula de elección de foro no forma parte del conjunto de

¹²⁴ Sobre esta cuestión, véase a TOMÉ GARCÍA, J.A. y GARCÍA LUBÉN, P., “*La prórroga de la competencia internacional (artículos 23 y 24 RB)*”, p. 223-224, con cita a varias sentencias del TJCE, en De la Oliva Santos, A. y otros: “Derecho Procesal Civil Europeo. Volumen I: Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea”, edit. Aranzadi, Navarra, 2011.

¹²⁵ Sentencia *DelayFix*, apartado 40, con cita a las sentencias *Refcomp*, apartado 25, y de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM*, C-366/13, EU:C:2016:282, apartado 23.

¹²⁶ Se ha defendido que el art. 251 supone la quiebra de la teoría general de los títulos valores, pues supone romper el principio de literalidad del título, conforme al cual al tercero receptor de buena fe del título le resultan oponibles todas las circunstancias que incorpore el mismo. En este sentido, TORRALBA MENDIOLA, E., *op. cit.*, p. 131, ha señalado que: “*los arts. 251 y 468 introducen una injerencia en el funcionamiento normal de estos títulos por completo ajena a la configuración que les ha venido atribuyendo nuestro legislador*”.

¹²⁷ En este sentido se pronuncia DEL CORTE, J., *op. cit.*, p. 710.

¹²⁸ GABALDON, J.L., “*Compendio de Derecho Marítimo Español*”, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 254 y 256.

derechos y obligaciones en los que el tercero adquirente de un conocimiento de embarque sucede al cargador.

Finalmente, y so pena de incidir en lo evidente, el hecho de que el legislador haya optado por excluir los acuerdos de elección de foro del conjunto de derechos y obligaciones en los que el tercero adquirente sucede al transmitente de un conocimiento de embarque (y, por tanto, haya incurrido en cierto modo en el criticado “*cherry-picking*”), lo único que evidenciaría sería una decisión política legislativa, criticable por supuesto, como cualquier otra, pero de la que no se podría predicar que fuera ilegal, pues no es contraria a ningún norma, ni nacional ni internacional que regule esta cuestión.

II.6 La posición de la Audiencia Provincial de Pontevedra tras la sentencia del Tribunal de Justicia

El 16 de septiembre de 2024, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó la sentencia de apelación núm. 414/24 en el litigio entre la compañía aseguradora Allianz y la naviera danesa Maersk¹²⁹.

En esencia, y como era hasta cierto punto esperable, la Audiencia siguió el pronunciamiento del Tribunal de Justicia -y del Abogado General- y concluyó que el principio de primacía del Derecho de la UE obliga a dejar sin efecto el último inciso del art. 251 de la LNM, por ser incompatible con el art. 25 del RBI bis. En la misma línea, señaló que debe aplicarse el art. 25.1 del RBI bis -y no el art. 251 LNM- para el análisis del consentimiento del tercero adquirente con la cláusula de elección de foro incorporada al clausulado del conocimiento de embarque. Sobre esta base, concluyó finalmente que la cláusula de elección de foro era oponible al tercero tenedor del conocimiento, en la medida en que es válido el consentimiento “*en la forma en que ha quedado plasmado en el título*”, declarando la falta de jurisdicción de los tribunales españoles.

Toda vez que la Audiencia en esta sentencia hace suyas buena parte de las valoraciones del Tribunal de Justicia, nos remitimos al análisis crítico realizada en los apartados anteriores sobre la sentencia del Tribunal de Luxemburgo. Sin perjuicio de ello, destacamos de un modo especial los siguientes aspectos de la sentencia de la Audiencia Provincial.

Con carácter previo a abordar la cuestión central de la compatibilidad entre el art. 251 LNM y el Derecho de la UE, la Audiencia se planteó cuál era la norma de conflicto que procedía aplicar para determinar el Derecho nacional aplicable al fondo del asunto y cuál era el Derecho que resultaba de la aplicación de dicha norma de conflicto. En síntesis, la Audiencia señaló que resultaba de aplicación el art. 10.3 del Código Civil y, conforme a este artículo, el Derecho nacional aplicable en este caso en concreto sería el peruano, en la medida en que el conocimiento de embarque fue emitido en Lima, Perú. No obstante, dado que ninguna de las partes acreditó en el procedimiento ni el contenido ni la vigencia

¹²⁹ Autos de procedimiento ordinario núm. 399/2019, rollo de apelación 942/2021. Este asunto se corresponde con uno de los tres litigios que dieron lugar al planteamiento de las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia por parte de la Audiencia Provincial de Pontevedra. Este autor no ha tenido acceso a las sentencias de apelación en los otros dos asuntos (rollos de apelación 783/2021 y 1120/2021), si bien previsiblemente su contenido será sustancialmente coincidente (al menos en las cuestiones principales) con la sentencia que es objeto de comentario en este artículo.

del Derecho extranjero, la Audiencia determinó la aplicación del Derecho interno español¹³⁰.

Determinada la aplicación del Derecho español a los efectos de la transmisión del conocimiento de embarque, la Audiencia señaló que “*no se duda sobre la íntegra subrogación del tenedor en los derechos del cargador en virtud de la circulación del título valor, como se desprende del propio art. 251 LNM*”. Seguidamente, concluyó que se debe inaplicar el inciso final del art. 251 LNM (la exigencia de la negociación individual y separada de la cláusula) y acudir a los requisitos que establece el art. 25.1 RBI bis para el análisis del consentimiento del tercero con la cláusula de elección de foro.

Evitaremos reiterar en este apartado los motivos, desarrollados en este artículo, por los que nos cuesta compartir la posición de la Audiencia en este punto. Debemos señalar, no obstante, que nos sorprende especialmente la cita destacada en cursiva en el apartado anterior, cuando es evidente que el art. 251 LNM no prevé la subrogación íntegra o total del tenedor en los derechos del cargador, sino que establece una cesión de efecto limitado, como así reconoce la propia sentencia de la Audiencia (apartado 26). Además, no podemos dejar de insistir la aparente contradicción que, a nuestro juicio, supone afirmar que debe inaplicarse el inciso final del art. 251 LNM por ser contrario al art. 25 del RBI bis cuando, tanto el Tribunal de Justicia como la propia Audiencia, reconocen que este último artículo no es aplicable para el análisis de los efectos de la cláusula de elección de foro y su oponibilidad a terceros, sino que esta es una cuestión que se rige íntegramente por el Derecho nacional.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra cabría interponer, potencialmente, recurso de casación¹³¹. La propia sentencia de la Audiencia señala (apartado 22) que sobre esta particular cuestión existen posturas bien diferenciadas entre nuestros Tribunales (tal y como hemos tenido ocasión de revisar en el apartado I.5 de este artículo), lo que, en principio, podría permitir tratar de justificar la existencia de interés casacional en un hipotético recurso de casación.

III. Conclusiones

La problemática de la oponibilidad de las cláusulas de elección de foro insertas en los conocimientos de embarque ha sido el caballo de batalla de no pocos litigios ante los Juzgados y Tribunales españoles. La controversia suele compartir un mismo esquema: los intereses de la carga (cargador, destinatario, endosatario del conocimiento de embarque, o aseguradora de mercancías subrogada en la posición de estos) interponen una demanda (por pérdida, daños o retraso en la entrega de la mercancía) ante los Tribunales españoles frente al porteador marítimo. Este último alega falta de jurisdicción sobre la base de la

¹³⁰ Tal es la consecuencia que prevé el artículo 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, para aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero.

¹³¹ La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra señala que, además de recurso de casación, también cabría interponer, potencialmente, el recurso previsto en el 469 de la LEC -ahora derogado-correspondiente al recurso extraordinario por infracción procesal. Si bien es cierto que el RDL 5/2023, cuya nueva regulación del recurso de casación es aplicable a todos los recursos que se interpongan contra las resoluciones dictadas a partir de su entrada en vigor (29 de julio de 2023, DT Décima), no contiene una disposición derogatoria expresa de los artículos 468 a 476 de la LEC (reguladores del recurso extraordinario por infracción procesal), la doctrina mayoritaria ha entendido que cabría entenderlos derogados atendida su manifiesta incompatibilidad con la nueva regulación del recurso de casación (la derogación formal de estos artículos no tuvo lugar hasta entrada en vigor del RDL 6/2023). En consecuencia, y tratándose de una resolución dictada después del 29 de julio de 2023 (fecha de entrada en vigor del RDL 5/2023), a nuestro juicio la interposición de un potencial recurso extraordinario por infracción podría plantear dificultades.

existencia de una cláusula de elección de foro inserta en el conocimiento de embarque que remite a los órganos jurisdiccionales de otro Estado, de la Unión Europea o de un tercer Estado (o a arbitraje en el extranjero), coincidiendo normalmente con el lugar del domicilio del transportista. En la mayoría de los supuestos, dicha cláusula de elección de foro no ha sido objeto de negociación individual y separada, sino que formaba parte del clausulado predispuesto del reverso del conocimiento de embarque.

En el concreto supuesto de la oponibilidad de las cláusulas de jurisdicción frente a los terceros tenedores del conocimiento de embarque, no parte del contrato de transporte, nuestro Tribunal Supremo, al menos desde la entrada en vigor del Convenio de Bruselas de 1968, venía tradicionalmente admitiendo, con carácter general, la oponibilidad de las cláusulas, en la medida en que, además, conforme al art. 708 del Código de Comercio el tercero tenedor de un conocimiento de embarque (y, en su caso, su aseguradora) sucedía al cargador en todos sus derechos y obligaciones, incluyendo la cláusula de elección de foro. Ello se traducía, en la práctica, en que cargadores, destinatarios de mercancías y sus respectivas aseguradoras se veían obligados a litigar en jurisdicciones extranjeras, excesivamente onerosas, minando su derecho a la tutela judicial efectiva.

En este escenario, en el año 2000 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una trascendental sentencia, la archiconocida *Coreck Maritime*, en la que el Tribunal abrió la puerta a que los Estados miembros regulasen bajo su norma nacional los efectos de la transmisión de los conocimientos de embarque y la sucesión del tercero en los derechos y obligaciones del cargador originario, de lo cual, a su vez, se hacía depender la oponibilidad de las cláusulas de elección de foro frente a dichos terceros. Se trataba de una cuestión que el Convenio de Bruselas (actual RBI bis) no regulaba (tampoco en la actualidad), de modo que los Estados miembros podían (también ahora) regular tal cuestión bajo sus Derechos nacionales.

Con este caldo de cultivo, y tras un arduo proceso legislativo, salió a la luz la bienintencionada LNM, y con ella sus nuevos artículos 251, 468 y 469, en un evidente ejercicio de auténtica política legislativa por parte del legislador español, con la finalidad de “evitar los abusos detectados”. En el punto concreto de la oponibilidad a terceros, el legislador español, respetuoso con el Derecho comunitario, pretendió aprovechar las lagunas de este e introdujo en nuestro ordenamiento un nuevo precepto (el 251) regulador de los efectos de la transmisión del conocimiento de embarque. Conforme a tal precepto, el tercero tenedor del mismo sucede al cargador en sus derechos y obligaciones a excepción de las cláusulas de elección de foro, para lo cual se exige la negociación individual y separada de las mismas por el adquirente.

Desde el primer momento, un sector de la doctrina planteó sus dudas (y también sus críticas) respecto de la compatibilidad de este precepto con el Derecho de la Unión Europea y, concretamente, con el art. 25 del RBI bis. Las mismas dudas se pueden apreciar en nuestros Tribunales, existiendo posturas discrepantes entre nuestras Audiencias Provinciales, a falta de un nuevo pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo tras la entrada en vigor de la LNM.

En mayo del año 2022, la Audiencia Provincial de Pontevedra elevó tres cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia, con el fin de que el Tribunal de Luxemburgo aclarase, en esencia, si el art. 251 de la LNM, en relación con el 468, es compatible con el Derecho de la Unión Europea y, por tanto, resulta aplicable en un supuesto en el que el Derecho nacional aplicable sea el español y se discuta la oponibilidad a un tercero de una

cláusula de elección de foro que remita a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro.

El 25 de abril de 2024, el Tribunal de Justicia dictó la esperadísima sentencia resolviendo las cuestiones prejudiciales, y su contenido no dejó indiferente a nadie. El Tribunal concluyó, tras un sucinto desarrollo argumental, que el art. 251 de la LNM, en relación con el art. 468, tiene como efecto eludir el art. 25 del RBI bis y, por tanto, el juez nacional debe abstenerse de aplicarlo en aquellos supuestos en los que la cláusula de elección de foro remita a un Estado miembro (y resulte de aplicación el Derecho español conforme a las normas de conflicto del juez que conozca del asunto). La sentencia del Tribunal de Justicia vino así a amargar ligeramente el décimo aniversario de la LNM, normativa innegablemente exitosa.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Pontevedra, como era hasta cierto punto esperable, siguió el pronunciamiento del Tribunal de Justicia -y del Abogado General- y concluyó que el principio de primacía del Derecho de la UE obliga a dejar sin efecto el último inciso del art. 251 de la LNM, por ser incompatible con el art. 25 del RBI bis.

Con el mayor de los respetos a la institución y al fallo, nos parece que, si bien la sentencia del Tribunal de Justicia resuelve de forma inapelable determinadas cuestiones, al abordar otras pudieran aparecer ciertas sombras que, como mínimo, merecen ser analizadas y comentadas jurídicamente, en particular teniendo en cuenta que precisamente al abordar estas últimas cuestiones, las más oscuras, se echa en falta, quizás, un mayor desarrollo y profundidad argumental por parte del Tribunal.

En primer lugar, nos sorprende que, si tal y como afirma el propio Tribunal, el art. 25 del RBI bis no es pertinente en el examen de la cuestión de si los terceros adquirentes de un conocimiento de embarque en qué medida suceden al tenedor originario en sus derechos y obligaciones, correspondiendo íntegramente tal cuestión al Derecho nacional de los Estados miembros, la norma nacional española que precisamente regula este punto (el 251 LNM), pueda ser contraria al citado art. 25 del RBI bis. A falta de un mayor desarrollo y fundamentación de este punto por Tribunal de Justicia, no alcanzamos a comprender cómo la sentencia podría superar esta primera aparente contradicción.

En segundo lugar, respecto del argumento de la comparativa entre los derechos del tercero tenedor del conocimiento de embarque y el cargador, el único en el que aparentemente se basa el Tribunal para alcanzar su conclusión final, consideramos que la cita al apartado 25 de la sentencia *Coreck Maritime* puede no ser del todo acertada, en la medida en que la conclusión del Tribunal en tal pronunciamiento se alcanzó bajo el presupuesto de que el Derecho nacional aplicable disciplinaba que el tercero sucedía al cargador en *todos* sus derechos y obligaciones, incluida la cláusula de elección de foro, lo cual no sería el caso de aplicar una norma como la española (art. 251 LNM).

En todo caso, y sin perjuicio de lo anterior, nos parece potencialmente contradictorio que, por un lado, el Tribunal de Justicia acepte abiertamente que los Estados miembros son soberanos para regular bajo sus Derechos nacionales la no oponibilidad automática de las cláusulas de elección de foro a los terceros (por vía de la limitación de los efectos de la transmisión del conocimiento de embarque) pero que, al mismo tiempo, reproche a un Estado miembro que ha optado por introducir una norma en tal sentido bajo su Derecho nacional (como sería el caso del art. 251 LNM) que, como consecuencia de dicha norma, el tercero pueda ostentar más derechos que el cargador.

Precisamente, que el tercero pueda quedar o no vinculado por la cláusula de elección de foro inserta en el conocimiento de embarque, es una consecuencia insoslayable de que corresponda en exclusiva a los Estados miembros regular los efectos de la transmisión del conocimiento de embarque y la sucesión del tercero, total o parcial, o inexistente, en los derechos y obligaciones de la parte originaria. Cuestión totalmente distinta es la crítica que pueda merecer, si es que merece alguna, el hecho de que corresponda a los Estados miembros regular la cuestión del alcance de la sucesión del tercero. Ahora bien, una cosa es que no se esté de acuerdo con la decisión del legislador europeo y del Tribunal de Justicia de remitir a los legisladores nacionales tal cuestión y otra, bien distinta, es que se pueda afirmar con la suficiente contundencia jurídica que el régimen de la LNM se opone al Derecho de la UE.

En tercero y último lugar, y a pesar de que el Tribunal de Justicia no entra a valorar si la forma de prestación del consentimiento del tercero adquirente de un conocimiento de embarque está regulada por el art. 25.1 del RBI bis o por el Derecho nacional aplicable, hemos explicado en este trabajo por qué no tenemos claro que sea tan evidente, como sostiene la doctrina mayoritaria, que sea una cuestión regulada por el RBI bis. Asimismo, y aunque tampoco se haya tratado por el Tribunal en este pronunciamiento, nos hemos referido a la crítica al “*cherry-picking*” que se predica del art. 251 LNM desde el punto de vista del Derecho cambiario. Argumento que tampoco nos convence para concluir que el régimen de la LNM contraviene el Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se ha ocupado de su interpretación.

IV. Consideraciones finales. Perspectivas de futuro y modesta propuesta legislativa

Si se nos pidiera resumir, en pocas palabras, nuestras impresiones sobre esta sentencia del Tribunal de Justicia, podríamos acudir a la siguiente metáfora: si la sentencia del Tribunal de Justicia fuera, en realidad, la sentencia de un Juzgado de lo Mercantil español, salvando las evidentes distancias, y se nos pidiera opinión sobre la viabilidad de un hipotético recurso de apelación, contestaríamos que, si bien el asunto tiene riesgo y dista de ser claro, en principio, existirían argumentos jurídicos para apelarla, máxime teniendo en cuenta la falta de motivación que podría predicarse de ciertos pasajes de la sentencia.

Metáforas aparte, como es sabido, las sentencias del Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de revisión salvo en circunstancias extraordinarias¹³². La consecuencia inmediata de ello es que, por más que podamos apreciar cierta falta de motivación en el pronunciamiento o, en definitiva, no estemos del todo de acuerdo en determinadas cuestiones jurídicas, no queda más remedio que aceptar dicho resultado. Eso sí, sin que dicha aceptación conlleve aparejada la renuncia a cualquier análisis del pronunciamiento o a su valoración crítica.

Los efectos de esta sentencia resultan inciertos y difíciles de anticipar. La Audiencia Provincial de Pontevedra, Tribunal que elevó las cuestiones prejudiciales, se ha mostrado claramente alineada con el Tribunal de Justicia en cuanto a la supuesta incompatibilidad del régimen de la LNM con el Derecho de la Unión. No obstante, la reacción de nuestros jueces y tribunales está todavía por ver, existiendo incertidumbre respecto de la posición

¹³² Art. 159 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. DOUE núm. 265, de 29 de septiembre de 2012. Si cabría, no obstante, la presentación de una demanda de interpretación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 158 del citado Reglamento, en caso de duda sobre el sentido o alcance de alguno de los pasajes de la sentencia, como podría llegar a ser potencialmente este caso. La demanda de interpretación habría de interponerse en un plazo de dos años a partir de la fecha de la sentencia.

que adoptarán otras Audiencias Provinciales, especialmente la de Barcelona y la de Valencia y, quien sabe, si nuestro Tribunal Supremo.

Sea como fuere, consideramos que es imprescindible reaccionar y reavivar el debate público y doctrinal sobre esta cuestión, de vital importancia para los intereses españoles, para captar así de nuevo la máxima atención por parte del legislador español. Estamos convencidos de que, entre todos, podemos construir una alternativa que, siendo respetuosa con el Derecho comunitario, permita conseguir los objetivos, legítimos y jurídicamente válidos, a los que aspiraba la bienintencionada LNM.

En tal afán, y para tratar de acabar de “cerrar el círculo”, seguidamente esbozaremos la que sería nuestra modesta propuesta de reforma legislativa, no sin antes advertir que, insistimos, su propósito no es más que “tirar la primera piedra”, aspirando en el mejor de los supuestos a contribuir a abrir el camino de ese proceso de reflexión colectiva, imprescindible para llegar finalmente a buen puerto, de una vez por todas, en esta materia.

Como cuestión previa, a nuestro juicio, si bien podría argumentarse que los arts. 251 y 468 de la LNM, tal y como se encuentran regulados actualmente, no plantean un problema de compatibilidad con el Derecho de la Unión y, por tanto, su reforma no sería estrictamente necesaria, no podemos perder de vista que, como cuestión de hecho, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado declarando expresamente su incompatibilidad con dicho régimen. Por este motivo, tenemos pocas dudas de que, si no se produce un cambio legislativo, en el sentido que sea, nuestros jueces y tribunales inaplicarán mayoritariamente los arts. 251 y 458 cuando la cláusula de elección de foro se remita a un Estado miembro. En definitiva, si realmente se quieren agotar las posibilidades de ocupar los espacios que, a nuestro juicio, sí que deja la normativa comunitaria, y proteger así, hasta donde sea posible, los intereses españoles, no nos parece que exista otra alternativa a la modificación legislativa.

En primer lugar, somos de la opinión de que cualquier reforma legislativa debería pasar por introducir en nuestro ordenamiento una norma de conflicto específica que asegure la aplicación del Derecho español a los efectos de la circulación del conocimiento de embarque, evitando así los indeseables efectos que supone la aplicación del art. 10.3 del Código Civil. En este sentido, nos parece del todo acertada la propuesta de modificación del art. 251 LNM ideada por GABALDON, defendida por este autor desde antes incluso de este reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia. Esta inclusión permitiría, además, restar trascendencia a la tradicional discusión sobre si el art. 251 LNM es una norma de naturaleza material/sustantiva o procesal, cuya respuesta dista de ser clara.

En segundo lugar, y a la vista de las constantes dudas que ha suscitado, nos mostraríamos favorables a prescindir de la referencia que realiza el art. 251 al capítulo I del título IX de la LNM. En aras de dotar al régimen de mayor claridad, propondríamos regular en el seno del mismo art. 251 LNM cuáles son los requisitos que, bajo el Derecho español, se exigen para que una cláusula de elección de foro inserta en un conocimiento de embarque sea oponible frente a un tercero no parte del contrato de transporte (negociación individual y separada). Consecuentemente, el art. 251 LNM podría quedar redactado como sigue (se señalan en cursiva las propuestas de modificación):

“Artículo 251. Eficacia traslativa.

1. La transmisión del conocimiento de embarque producirá los mismos efectos que la entrega de las mercancías representadas, sin perjuicio de las acciones penales y civiles que correspondan a quien hubiese sido desposeído ilegítimamente de aquellas.

2. El adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje. *La oponibilidad de estos acuerdos al adquirente exigirá la prueba de que han sido consentidos por este previa negociación individual y separada con el transmitente. Los conocimientos especiales del adquirente o su prolongada relación comercial con el transmitente no son suficientes para presumir su consentimiento*¹³³.

3. *La transmisión del conocimiento de embarque y sus efectos sobre los derechos y acciones del tercero tenedor frente al porteador se regirán por la ley española cuando el puerto de carga o el puerto de descarga designado en el título se encuentre en España, sin que valga pacto en contrario*”.

A nuestro juicio, la propuesta anterior permitiría distinguir con más claridad: *por un lado*, cuáles son, bajo Derecho español, los efectos de la transmisión del conocimiento de embarque y los requisitos para la oponibilidad de las cláusulas de elección de foro a los terceros no parte del contrato de transporte (art. 251) y, *por otro lado*, cuáles son los requisitos de validez de las cláusulas de elección de foro insertas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación desde el prisma de las partes contratantes (*inter partes*) (art. 468), limitando su aplicación a aquellos supuestos en los que no resulte de aplicación una norma de la UE (como sería el caso del RBI bis), o un convenio internacional. Posiblemente sea conveniente realizar, además, alguna ligera modificación del art. 468 LNM, si bien sin alterar sustancialmente su contenido.

De producirse un cambio legislativo como el que proponemos, nuestros jueces y tribunales estarían dotados de una base jurídica, si cabe, más sólida, y como mínimo más clara, para, si así lo consideran, declarar inoponibles frente a terceros no parte del contrato de transporte aquellas cláusulas de elección de foro insertas en los conocimientos de embarque no negociadas individual y separadamente. En el peor de los escenarios, esta reforma podría servir para que nuestros jueces plantearan potencialmente una nueva cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, sobre la compatibilidad entre los “nuevos” preceptos de la LNM y el Derecho de la UE, que permitiera aclarar las sombras de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 2024.

En todo caso, insistimos, de nuevo y por última vez, en que la nuestra no pretende ser una propuesta definitiva e invariable, sino todo lo contrario, pues estamos convencidos de que únicamente contrastando propuestas y opiniones entre todos los intervinientes del sector podremos agotar las posibilidades de alcanzar una solución de consenso, respetuosa con el Derecho comunitario, que permita equilibrar la defensa de los intereses nacionales y la seguridad jurídica en esta materia.

Por último, somos conscientes de que de la propuesta anterior cabría criticar que, en realidad, no modifica tanto el fondo de la regulación anterior, como su forma. No tenemos especial inconveniente en aceptarlo. A fin de cuentas, la cruda realidad es que, a nuestro juicio, la regulación actualmente en vigor es respetuosa con el Derecho comunitario y no contraria a este, lo que nos lleva a pensar que, quizás siendo demasiado optimistas, dotando a la regulación de mayor claridad nuestros jueces y tribunales, incluyendo el Tribunal de Justicia, podrían darse cuenta de ello.

¹³³ Inspirándonos así en las conclusiones del Abogado General, Sr. Siegbert Alber, en la sentencia *Coreck Maritime*.