

## LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR EFECTIVO EN EL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1968

(STJCE DE 27 DE OCTUBRE DE 1998, AS. C-51/97, *RÉUNION EUROPÉENNE SA Y OTROS C. SPLIETHOFF'S BEVRACHTINGSKANTOOR BV, CAPITAINE COMMANDANT EL NAVIRE «ALBLASGRACHT V002»*)

Por ALBERT FONT I SEGURA \*

### 1. ANTECEDENTES<sup>1</sup>

Los hechos que suscitaron el pleito se originan en la adquisición, por parte de la sociedad Brambi Fruits, con domicilio en Rungis (Francia), de una cantidad de peras a una sociedad australiana, F. W. Year, con sede en Melbourne (Australia). El cargamento fue objeto de un transporte marítimo en Melbourne (Australia) con destino a Rotterdam (Países Bajos) a bordo del buque «Alblasgracht V002». El transporte se efectuó al amparo de un conocimiento de embarque, emitido en Sidney (Australia) por la sociedad RCC, con domicilio en Australia, en el que constaba la sociedad Brambi Fruits, domiciliada en Francia, como destinataria final de la mercancía. Después de ser entregada en Rotterdam a un consignatario holandés, la mercancía fue transportada por carretera a Rungis, domicilio del

---

\* Profesor de Derecho internacional privado-Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).

<sup>1</sup> Para los antecedentes, además de la propia sentencia de 28-1-1997 en la que la *Cour de cassation* —reproducida en *DMF*, 575, oct. 1997, pp. 910-912—, pueden consultarse las conclusiones del Abogado General y la Audiencia para la Vista, *vid.* también P. Y. NICOLÁS, «Nota a la sentencia de la *Cour de cassation* de 28-1-1997», *DMF*, 575, 1997, pp. 913-920, así como al Informe de J. P. RÉMERY a la sentencia de la *Cour de cassation* de 28 de enero de 1997, *Rev. crit. DIP*, 1997, 1, pp. 101-104.

destinatario final. El transporte terrestre se realizó en virtud de una carta de porte internacional emitida por otra sociedad (Transeco).

Una vez llegó la mercancía a la destinataria, ésta constató averías debido a una maduración precoz de la fruta, consecuencia de un fallo en la cadena del frío. Brambi Fruits, percibió una indemnización por parte de sus aseguradores, La Réunion européenne y otros, que se subrogaron en la posición jurídica de su asegurado e interpusieron una demanda por daños y perjuicios ante el tribunal de Créteil (Francia), en cuya demarcación judicial se encuentra el domicilio de Brambi Fruits. La demanda se presentó contra el emisor del conocimiento (RCC), el capitán del buque y su armador, la sociedad Spliethoff's, con domicilio en los Países Bajos ambos, siendo esta última la que llevó a cabo realmente el transporte marítimo. Debe hacerse constar que la demanda interpuesta, cuya base jurídica era inicialmente contractual, contra el capitán y Spliethoff's, fundándose en el conocimiento emitido, se sustentaba en la prueba de que el armador era el propietario del buque y había asumido la gestión del mismo, habiendo realizado efectivamente el transporte marítimo. Por otra parte, no conocemos la relación existente entre RCC y Spliethoff's<sup>2</sup>.

Finalmente, la *Cour de cassation* trasladó al TJCE las dudas que generaba la calificación de la acción ejercitada por las empresas aseguradoras, en relación a su comprensión en el ámbito del apartado 1.º, materia contractual, o 3.º, materia delictual o cuasidelictual, del artículo 5<sup>3</sup> CB<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Ante la lamentable falta de datos, cabe plantear diversas hipótesis, según P. Y. NICOLÁS, *op. cit.*: RCC podría ser una sociedad ficticia, podría haber prestado su nombre o bien una filial del armador, sujeta a sus criterios decisorios. Sin embargo, probablemente podría tratarse de una relación contractual sujeta a un contrato de comisión entre RCC y Spliethoff's, armador y transportista marítimo.

<sup>3</sup> El artículo 5 CB posibilita plantear la demanda en otro foro de competencia distinto al del domicilio del demandado. Esta opción, de interpretación restrictiva porque el foro general es el establecido en el artículo 2 CB, se ofrece en supuestos muy específicos para que pueda conocer el tribunal territorialmente más calificado, asegurando así una buena administración de la justicia y una organización útil del proceso. Esta calificación territorial de la jurisdicción se produce al existir una conexión particularmente estrecha entre el litigio y el órgano jurisdiccional que puede conocer de él, con el fin de permitir una sustanciación adecuada del proceso (*Vid. STJCE de 6-10-1976, as. 12/76, Tessili c. Dunlop, Rec. 1976, p. 1473, punto 13*).

<sup>4</sup> Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil (JOCE, n.º L 299, de 31 de diciembre de 1972). Posteriormente modificado por las sucesivas adhesiones de los nuevos Estados miembros.

Solicitando además que se aclarara cómo debía concretarse el lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso en un supuesto como el presente, siempre que —no siendo de aplicación el artículo 5.1 CB— sea aplicable el artículo 5.3 CB. Finalmente se plantea si el carácter indivisible del litigio permite demandar, a un domiciliado en el territorio de un Estado contratante, en otro Estado contratante ante cuya jurisdicción se haya presentado una demanda dirigida contra un codemandado domiciliado fuera del territorio de cualquier Estado contratante<sup>5</sup>.

Estas cuestiones han sido tratadas anteriormente por el TJCE<sup>6</sup>, pero no se han resuelto todavía todos los problemas que genera la vinculación entre una y otra responsabilidad obligacional.

## 2. CALIFICACIÓN DE LA ACCIÓN EJERCITADA

La jurisprudencia ha adoptado una calificación autónoma para delimitar las materias reguladas en los foros especiales, sin vinculación con los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes<sup>7</sup>. La acción ejercitada será calificada atendiendo a los presupuestos y objetivos del CB, así como a los principios generales derivados del conjunto de los ordenamientos jurídicos nacionales. Esta regla, válida tanto en aplicación del artículo 5.1 CB<sup>8</sup>, como

<sup>5</sup> Dejamos al margen esta cuestión. La atribución de competencia respecto del demandado domiciliado en Australia se rige por las normas autónomas —en este caso francesas— de competencia judicial internacional. El TJCE, *vid.* punto 52, niega la posibilidad de aplicar el artículo 6.1 CB si uno de los demandados tiene su domicilio fuera del «territorio Bruselas». Se evita inseguridad jurídica para el demandado domiciliado en un Estado contratante, ya que podría ser demandado ante una jurisdicción competente en virtud de los criterios autónomos de competencia aplicados en relación con el demandado no domiciliado. Además, la aplicación del artículo 6.1 CB atentaría no sólo contra su propia letra, sino sobre todo contra el espíritu del CB, que protege a los demandados domiciliados en un Estado contratante.

<sup>6</sup> *Vid.*, STJCE de 27-9-1988, as. 189/87, *Kalfelis c. Schröder*, Rec. 1988, pp. 5565-5587; STJCE de 26-3-1992, as. 261/90, *Reichert c. Dredner Bank AG*, Rec. 1992, pp. 2149-2186; STCE de 17-6-1992, as. 26/91, *Jakob Handte c. TMCS*, Rec. 1992, pp. 3967-3996.

<sup>7</sup> A título de ejemplo, esta acción ejercitada por el destinatario contra el porteador es de naturaleza contractual conforme al Derecho francés, *vid.* J.P. RÉMERY, *op. cit.*, p. 103, pero ello no es obstáculo para que el TJCE considere que cae en el ámbito del artículo 5.3 CB.

<sup>8</sup> *Vid.* STJCE de 22-3-1983, as. 34/82, *Peters c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, Rec. 1983, p. 987, posición reiterada en sentencias posteriores. Aunque

del artículo 5.3 CB<sup>9</sup>, permite optar por aquellas nociones autónomas que *menos perturban los sistemas nacionales*<sup>10</sup>. Sin embargo, el TJCE<sup>11</sup> muestra una preferencia general por una interpretación autónoma, acogida «en la medida de lo posible»<sup>12</sup> o «en principio»<sup>13</sup>, puesto que no existe una opción exclusiva entre adoptar una noción autónoma o una remisión al Derecho interno de los Estados miembros. La elección se realizará con la finalidad de conseguir la plena eficacia del Convenio<sup>14</sup>.

## A) ACCIÓN CONTRACTUAL

### a) *Noción autónoma de materia contractual*

La sentencia comentada confirma<sup>15</sup> el alcance de la apreciación establecida en el caso *Handte*<sup>16</sup>, donde se declaró que una acción se integra en la materia contractual cuando surge de «un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra»<sup>17</sup>. Esta definición genérica<sup>18</sup> consolida el acervo del CB, perfilando la aplicación del artículo 5.1.

la concreción del «lugar de cumplimiento de la obligación» se realizará conforme a la ley designada por las normas de conflicto del foro, STJCE de 6-10-1976, *cit.*, confirmada en el caso *Custom Made*, STJCE de 29-6-1994, as. C-288/92, Rec. p. I-2949.

<sup>9</sup> *Vid.* STJCE de 27-9-1988, as. 189/87, *cit.*

<sup>10</sup> *Vid.*, STJCE de 17-6-1992, as. C-26/91, Rep. p.I-3967, punto 20, *vid.* H. GAUDEMET-TALLON, nota a la citada STJCE, *vid. Rev. crit. dr. internat. privé*, vol. 81, nº 4, 1992, p. 733.

<sup>11</sup> *Vid.* las Conclusiones del Abogado General, de 8-3-1994, en relación al asunto *Custom Made*.

<sup>12</sup> *Vid.* punto 10, STJCE de 13-7-1993, *Mulox IBC Ltd c. Hendrick Geels*, as. C-125/92, Rec. p. I-4075.

<sup>13</sup> STJCE de 20-3-1997, *J. Farrell c. J. Long*, as. C-295/95, *vid.* punto 12.

<sup>14</sup> STJCE de 20-3-1997, as. C-295/95, *cit.*, *vid.* punto 12.

<sup>15</sup> *Vid.* punto 17.

<sup>16</sup> *Vid.* STJCE de 17-6-1992, as. 26/91, *cit.* Se denegó la posibilidad de que, ante el defecto de una cosa, la acción ejercitada por el subadquirente de la misma contra el fabricante, sin que éste sea el vendedor, pueda incluirse en el ámbito material del artículo 5.1 CB.

<sup>17</sup> *Vid.* apartado 15.

<sup>18</sup> Previamente, el TJCE se había pronunciado al respecto, aunque limitándose al caso concreto, *vid.* STJCE de 22-3-1983, as. 34/82, *cit.*; STJCE de 8-3-1988, as. 9/87, *Arcado c. Haviland*, Rec. 1988, p. 1539. Cabe considerar también las sentencias del TJCE relativas a otros puntos relacionados con el artículo 5.1 CB, en las

Cabe considerar esta noción autónoma respecto de una demanda dirigida a exigir una indemnización por la responsabilidad en el deterioro de unas mercancías transportadas por vía marítima de unas personas con las que el demandante no ha contraído, al menos directamente, ningún compromiso. Una aplicación rigurosa de la noción expuesta lleva a la conclusión de que la acción ejercitada en este litigio no cae dentro del ámbito material del artículo 5.1 CB. En este sentido se pronuncia el Tribunal <sup>19</sup> declarando que no es una acción de carácter contractual, sino que se trata de una acción que se integra en el ámbito material regulado en el artículo 5.3 CB <sup>20</sup>.

La sentencia refleja formalmente los criterios establecidos en la jurisprudencia anterior en materia de responsabilidad contractual. El TJCE podría haber considerado las particularidades comerciales que se generan en el transporte marítimo internacional, cuya regulación especial <sup>21</sup> puede configurar unas pautas que obliguen a una reconsideración de sus planteamientos. Una perspectiva ajena al tráfico marítimo internacional llevaría a afirmar taxativamente que la persona encargada por un tercero para el transporte y entrega de unas mercancías a otra persona, no mantiene con ésta relación contractual alguna. La sentencia ha sido incapaz de atender al sector concreto en el que se ejercita la acción y, más grave aún, no ha conseguido argumentar de modo convincente sus conclusiones <sup>22</sup>. Merece la pena detenerse en el contrato de transporte celebrado entre cargador y

---

que si bien no se establece directamente la noción autónoma de materia contractual, se entiende aplicable esta disposición. Mención aparte merece la STJCE de 10-3-1992, as. C-214/89, *Duffryn c. Petereit*, Rec. 1992, p. I-1745, que, aunque se refiera al artículo 17 CB, da una aproximación de lo que debe considerarse como contrato, confirmada en la sentencia *Handte*.

<sup>19</sup> También el Abogado General, sr. G. Cosmas, *vid.* punto 31 de las Conclusiones de 5-2-1998.

<sup>20</sup> En el mismo sentido el Abogado General, *vid.* punto 36 de las Conclusiones citadas.

<sup>21</sup> *Vid.* I. ARROYO MARTÍNEZ, «El derecho marítimo: derecho especial o derecho de la especialidad», *Lliçó inaugural del doctor Ignacio Arroyo, catedràtic de Dret Mercantil*, UAB, Bellaterra, 1995. Sin embargo, la especialidad no debe suponer una defensa del particularismo, *vid.* J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «El transporte marítimo de mercancías: de las Reglas de La Haya a las Reglas de Hamburgo», *RDM*, 1980, 156, pp. 241-242, señalando el incremento de la intervención de los poderes públicos.

<sup>22</sup> El TJCE podía haber acudido, por ejemplo, al principio de relatividad de los contratos como punto de partida para su análisis. Se echa en falta una perspectiva de Derecho privado.

porteador porque vincula, por medio del conocimiento de embarque, a otras partes que, de un modo u otro, intervienen en el transporte marítimo.

b) *Vínculos contractuales derivados del conocimiento de embarque*

El conocimiento de embarque, con el fin de asegurar y agilizar el tráfico marítimo mercantil, surgió históricamente<sup>23</sup> como documento que acreditaba la recepción (carga y embarcación) de las mercancías por parte del capitán de un buque. El desarrollo y evolución de esta significación primigenia han desembocado en una conformación normativa propia relativa al contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque<sup>24</sup>. Como resultado de esta evolución, el conocimiento de embarque cumple una cuádruple función<sup>25</sup>: a) documento acreditativo de la recepción de las mercancías por el porteador; b) título acreditativo de la conclusión y del contenido del contrato de transporte, o de fletamento; c) título-valor, documento representativo de las propias mercancías y d) título de tradición. Estas funciones facilitan la negociabilidad de las mercancías en el transcurso del transporte, pero lo más destacable, a nuestros efectos, es que la emisión del conocimiento comporta implicar en una sola —aunque compleja— relación al porteador, al cargador y al destinatario. El porteador conoce, o debe conocer, la existencia de un contrato en el que desempeña una función cuyo cumplimiento le podrá ser exigido por una persona aparentemente ajena al mismo. El tenedor del título conoce las obligaciones que debe cumplir el porteador de las mercancías y, por el mero hecho de poseerlo, puede reclamar la entrega de las mercancías al porteador —as-

<sup>23</sup> No hay que menospreciar, sin embargo, los límites —derivados especialmente de su formalismo— del conocimiento de embarque en el transporte marítimo internacional actual. Al respecto, *vid.* V. E. BOKALLI, «Crise et avenir du connaissement», *DMF*, 579, febr. 1998, pp. 115-132.

<sup>24</sup> *Vid.* J. M. RUIZ SOROA, «El contrato de transporte internacional de mercancías», en *Contratos internacionales* (A. L. CALVO CARAVACA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, dir.), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 708-722. Desde la perspectiva del Derecho aplicable, *vid.* R. ESPINOSA CALABUIG, «El contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque», epígrafe III.2 al Capítulo XVIII «Derecho marítimo internacional», en *Derecho del comercio internacional*, (J. C. FERNÁNDEZ ROZAS ed.), Eurolex, Madrid, 1996, pp. 519-524.

<sup>25</sup> *Vid.*, por todos, A. RECALDE CASTELLS, «Conocimiento de embarque», en *EJB*, Civitas, Madrid, 1995, vol. I, p. 1463 y ss.

pecto cartáceo—, que responderá ante el destinatario de que éstas se encuentren en buen estado y no se hayan producido pérdidas —aspecto obligacional—. Por consiguiente, el porteador responde contractualmente ante el cargador, pero también ante el destinatario.

Ahora bien, la identificación del porteador no es tarea fácil, no ya desde un mero punto de vista práctico, sino incluso desde una perspectiva normativa<sup>26</sup>. El conocimiento es un documento unilateral, suscrito por el porteador, que muchas veces no determina expresamente su identidad y, por otra parte, puede suceder que el porteador contractual no ejecute directamente la obligación de transportar las mercancías. En consecuencia, esta obligación puede cumplirse por medio de los porteadores efectivos<sup>27</sup>, sin que conste su participación en el conocimiento. Este es uno de los problemas angulares del contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque.

El régimen de responsabilidad del porteador de mercancías ha sido objeto de regulación en el Derecho Uniforme del Transporte Marítimo. En este sentido se adoptó el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque<sup>28</sup> y, más adelante, el Convenio de Naciones Unidas sobre el transporte de mercancías por mar<sup>29</sup>. Este Convenio ha supuesto una nueva configuración de la responsabilidad del porteador, aunque partiendo de los avances consolidados en

<sup>26</sup> Vid. C. GÓRRIZ LÓPEZ, «La noción de porteador en la regulación del transporte marítimo», *ADM*, vol. XV, pp. 119-301.

<sup>27</sup> Vid. J. M. RUIZ SOROA, «El contrato de transporte internacional de mercancías», *op. cit.*, pp. 714-715, también F. CERDÁ ALBERO, «El subfletamento», *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Vol. II, Universidad de Valladolid, Caja Duero, Valladolid, 1998, p. 1397.

<sup>28</sup> Hecho en Bruselas, de 25 de agosto de 1924, ratificado por España (Gaceta de Madrid, núm. 212, de 31 de julio de 1930), aunque se discute aún hoy la eficacia interna del Instrumento de ratificación debido a la promulgación de la Ley de transporte marítimo en régimen de conocimiento de 22 de diciembre de 1949. Vid., entre otros, N. BOUZA VIDAL, *REDI*, 1982, p. 532, favorable a la vigencia de ambas normativas, por su diferente ámbito de aplicación; vid. C. GÓRRIZ LÓPEZ, «La noción de porteador en la regulación del transporte marítimo», *op. cit.*, p. 129 y ss., favorable a la derogación tácita del instrumento de ratificación mediante la Ley de transporte marítimo, que sería la norma de incorporación del Convenio. Ténganse en cuenta las modificaciones del Convenio —también denominado las Reglas de La Haya— mediante los Protocolos de 1968 y 1979 (BOE 11 de febrero de 1984).

<sup>29</sup> Adoptado en el seno de la UNCTAD el 30 de marzo de 1978, conocido por las Reglas de Hamburgo. No ha sido ratificado por España. Austria es el único Estado comunitario que lo ha ratificado.

el texto anterior<sup>30</sup>. La disensión gira en torno a la responsabilidad del porteador efectivo, figura no considerada en las Reglas de La Haya, al no estar prevista su participación en la ejecución del contrato<sup>31</sup>. Sin embargo, las Reglas de Hamburgo<sup>32</sup>, alineándose con otras regulaciones del Derecho del transporte<sup>33</sup>, han acogido la necesidad de que el régimen de responsabilidad del porteador contractual y el efectivo sea solidario, en atención a la confusión, o incluso opacidad, que genera la práctica del transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque para el cargador y, especialmente, para el destinatario de las mercancías. Esta previsión no implica *per se* una calificación contractual de la responsabilidad del porteador efectivo, pero las consecuencias de esta distinción —porteador

<sup>30</sup> Así, tanto el artículo 4 bis de las Reglas de La Haya como el artículo 23 de las Reglas de Hamburgo, imponen un régimen obligatorio mínimo de responsabilidad de carácter contractual que el porteador debe asumir, tanto frente al cargador como frente al destinatario. Estas disposiciones se explican por la práctica jurisprudencial de algunos de los países signatarios que fundamentaban la responsabilidad de los porteadores sobre una base extracontractual, *vid.* J. RUIZ SOROA, «Aplicación del régimen jurídico propio de las acciones de responsabilidad por averías o pérdidas del cargamento o por daños al pasajero», en *III Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián* (coord. J. M.<sup>a</sup> de Eizaguirre), Librería Carmelo, Donostia, 1996, pp. 108 y ss.

<sup>31</sup> Sobre el estado de la doctrina española *vid.* J. RUIZ SOROA, «Aplicación del régimen jurídico...», *op. cit.*, p. 112, nota 44, siendo este autor, con carácter general, favorable a una concepción contractual.

<sup>32</sup> Artículos 1.2 y 10.1, 2 y 4. En relación con el régimen previsto en este Convenio, *vid.* J. A. GÓMEZ SEGADE, «El transporte marítimo de mercancías: de las Reglas de La Haya a las Reglas de Hamburgo», *RDM*, 1980, núm. 156, pp. 221-244, asimismo F. SÁNCHEZ CALERO, *Las Reglas de Hamburgo sobre el contrato de transporte marítimo de mercancías. Una valoración crítica*, Comité de Derecho Marítimo de Barcelona, Barcelona, 1981. Para un análisis de las Reglas de Hamburgo en relación con el porteador, *vid.* S. ZUNARELLI, *La nozione di vettore (contracting carrier ed actual carrier)*, Giuffrè, Milán, 1987, p. 187 y ss., favorable a una configuración contractual. Analizando también las Reglas de Hamburgo, C. GÓRRIZ LÓPEZ, «La noción de porteador en la regulación del transporte marítimo», *op. cit.*, p. 276 y ss. Este tratamiento de la responsabilidad se acoge también en la sección 13:37 del Código marítimo sueco, *cit.* por F. CERDÁ ALBERO, «El subfletamento», *vid. op. cit.* p. 1398.

<sup>33</sup> Así, el Convenio relativo al transporte internacional de mercancías por carretera, hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1956 (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1974) o el Convenio internacional relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, hecho en Atenas el 13 de diciembre de 1974 (BOE, núm. 108, de 6 de mayo de 1987).



contractual / porteador efectivo— permiten asegurar al porteador efectivo el mismo régimen de responsabilidad que el porteador contractual, frente a las reclamaciones del destinatario. En suma, se establece una responsabilidad que surge del contrato de transporte en relación con el porteador, contractual o efectivo, frente al cargador y, en su caso, al destinatario de las mercancías<sup>34</sup>, que inicialmente no concluyó pacto alguno con el porteador. La recepción de la responsabilidad solidaria muestra que se trata de un sector en el que es deseable la simplicidad de regímenes.

Este régimen solidario comporta una quiebra en el principio de relatividad de los contratos. Esta fractura se explica por la necesaria transparencia en el cumplimiento de una obligación frente al cocontratante —el destinatario de las mercancías— que inicialmente no participa en la conclusión del contrato de transporte. La solución opera, además, como freno a los eventuales abusos del porteador frente al cargador. Se trata, por consiguiente, de un mecanismo defensivo para suplir la difícil identificación de las partes en un contrato abstracto, afianzando la seguridad en la contratación, sin contrariar las necesidades del tráfico comercial internacional.

Estos principios no sólo son deseables en el ámbito sustantivo, sino también en el plano de la competencia judicial internacional, en el que, por otra parte, cabe una calificación distinta<sup>35</sup> a la seguida en la resolución material. El porteador efectivo debe poder ser demandado ante la misma jurisdicción que el porteador contractual, como consecuencia de su participación en una operación única de transporte. De este modo, el destinatario de las mercancías se beneficia realmente de la característica básica que define a los foros especiales: el ser un foro de ataque. En caso

<sup>34</sup> Vid. artículos 21 y 84 del Anteproyecto de Ley sobre Contratos de Utilización del Buque, *BIMJI*, abril 1996, pp. 9-33, así como las reflexiones que efectúa la Comisión General de Codificación, vid. *III Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, *op. cit.*, pp. 125 y ss., en particular pp. 156-158, así como pp. 187-190. También, vid. R. ILLESCAS ORTIZ, «La responsabilidad del porteador marítimo en el Anteproyecto de Ley de Contratos de Utilización del Buque», en *III Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, *op. cit.*, pp. 67-88. Asimismo, vid. C. GÓRRIZ LÓPEZ, «La noción de porteador en la regulación del transporte marítimo», *op. cit.*, pp. 293 y ss.

<sup>35</sup> Incluso se ha llegado argumentar la posibilidad de que sean de aplicación tanto el foro en materia contractual, como el previsto para la materia extracontractual. Vid., ampliamente, L. CARRILLO POZO, «Competencia judicial internacional y transporte multimodal», *RCEA*, 1995, pp. 238 y ss.

contrario, esta virtud queda diluida al tener que exigir una misma reclamación ante dos jurisdicciones designadas por foros de competencia distintos: la prevista para el porteador contractual (5.1 CB) y la establecida para el porteador real (5.3 CB). Aparte de estos argumentos, que encuentran su fundamento en consideraciones de carácter material, hay que tener en cuenta que la aplicación del artículo 5.1 CB redundaría también en favor de la economía procesal, evitaría la multiplicidad de foros de competencia y, especialmente, no provocaría una eventual incompatibilidad de sentencias dictadas en el seno del territorio Bruselas<sup>36</sup>.

En definitiva, estos datos, relativos al régimen jurídico de la responsabilidad del porteador real, deben contribuir a una aproximación más precisa de la acción ejercitada por el destinatario de las mercancías contra el porteador real de las mismas. Un análisis más minucioso habría permitido calificar esta acción como contractual<sup>37</sup>, aunque no debe ignorarse que las Reglas de Hamburgo no han sido ratificadas por los Estados contratantes del CB<sup>38</sup>, lo que podría explicar la decisión del TJCE<sup>39</sup>. Sin embargo, debe destacarse que la jurisprudencia incurre en cierta contradicción. Para ello se examinará su jurisprudencia en relación con las cláusulas de atribución de jurisdicción contenidas en el contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque.

### c) *El conocimiento de embarque y las cláusulas de sumisión*

La trascendencia contractual del conocimiento de embarque en el transporte marítimo internacional se puso de relieve por parte del propio TJCE

<sup>36</sup> Pese a la posibilidad de que opere el artículo 6.1 CB, si los demandados están domiciliados en algún Estado contratante —no es éste el caso—, el riesgo de incompatibilidad se mantiene.

<sup>37</sup> Admito que ello también podría haberse rechazado, pero la sentencia está falta de matices. Esta calificación no es pacífica, incluso en el régimen de las Reglas Hamburgo o del Anteproyecto se pone en duda el carácter contractual del vínculo que mantiene el porteador efectivo con el transporte, *vid.* C. GÓRRIZ LÓPEZ, «La noción de porteador en la regulación del transporte marítimo», *op. cit.*, p. 301.

<sup>38</sup> En su versión modificada por el Convenio de San Sebastián, de 26 de mayo de 1989.

<sup>39</sup> No obstante, debe advertirse que en la Unión Europea se ha debatido la adopción de este Convenio, *cf.* J. M. ALCÁNTARA, «Cuestiones de implantación internacional de las Reglas de Hamburgo. Con especial referencia a los Estados de la Unión Europea. Mecanismos para su aplicación a los Países no contratantes y conflictos de vigencia con el sistema de La Haya-Visby», *Boletín AEDM*, 1995, 5, p. 75.

en el asunto *Tilly Russ*<sup>40</sup>. En esta sentencia se llegó a la conclusión de que la cláusula atributiva de jurisdicción contenida en un conocimiento<sup>41</sup> que vincula al cargador y al porteador era oponible al tercero portador del título, en la medida en que en virtud del Derecho nacional aplicable el portador del conocimiento sucede en los derechos y obligaciones del cargador. La sentencia se dicta en interpretación del artículo 17 CB, pero no deben menospreciarse las implicaciones en la sentencia comentada, sobre todo si tenemos en cuenta que la sociedad alemana Tilly Russ no era el porteador contractual ni había emitido el conocimiento de embarque<sup>42</sup>.

La importancia de la resolución radica —por lo que a sus implicaciones en el ámbito del artículo 5.1 CB se refiere— en que el convenio atributivo de jurisdicción es fruto de un concierto de voluntades<sup>43</sup> y la sentencia

<sup>40</sup> Vid. STJCE de 19-6-1984, as. 71/83, *Partenreederei ms. Tilly Russ, Ernest Russ c. NV Haven - & Vervoerberijf Nova, NV Goeminne Hout*, Rec. 1984, p. 2417. Vid. la jurisprudencia interna que seguía esta regla, A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 17», *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, (A. L. CALVO CARAVACA, ed.), Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1994, p. 368, nota 82.

<sup>41</sup> Se trata de un uso consolidado, aunque criticado, vid. J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima. (Estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos)*, Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia, San Sebastián/Donostia, 1993, pp. 184 y ss., analizando los artículos 21 y 22 de las Reglas de Hamburgo (pp. 186-189); vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 1994, pp. 320 y ss.; vid. L. CARRILLO POZO, «Competencia judicial internacional y transporte multimodal», *op. cit.*, p. 243 y ss.; vid. G. CONTALDI, «Le clausole di proroga della giurisdizione contenute in polizze di carico ed il nuovo testo dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, 1, pp. 79-106.

<sup>42</sup> Los conocimientos habían sido emitidos en favor de un cargador americano por parte de un agente americano que actuaba por cuenta de una sociedad americana que estaba muy vinculada a la sociedad Tilly Russ alemana, según J. M. BISCHOFF podría tratarse de una sustitución de porteador expresamente autorizada, pero considera que corresponde a la jurisdicción nacional examinar el título y el derecho que le es aplicable, vid. «Nota a la STJCE de 19-6-1984», *JDI*, 1985, p. 161.

<sup>43</sup> Esta exigencia se ponía de relieve en el Informe Jenard, vid. p. 37, se impone «un intercambio de consentimiento entre las partes». Vid., asimismo, la STJCE de 10-3-1992, as. C-214/89, *cit.*, en la que se opta por una perspectiva contractual para calificar, de forma autónoma, las relaciones entre los socios de una sociedad cuyo estatuto —en cuanto expresión de la comunidad de intereses entre los accionistas con miras a la consecución de un objetivo común— contiene una cláusula atributiva de jurisdicción.

pone de relieve que no sólo el cargador y el «porteador», sino también el portador del conocimiento, pueden participar de una misma voluntad, ya sea directamente, ya sea indirectamente, asumiéndola. En efecto, la vinculación entre el portador del conocimiento y el porteador deriva de los usos del comercio, de manera que no se produce un consentimiento real que confiera aquella prórroga de competencia, pero sí una adhesión ficticia, canalizada a través del conocimiento de embarque, producto del conocimiento de los usos y costumbres. En consecuencia, lo cierto es que la práctica comercial internacional en materia de contratos de transporte marítimo puede provocar la asunción del consentimiento —existente entre el cargador y el porteador— por parte del portador del conocimiento, siempre que éste suceda al cargador en sus derechos y obligaciones según el Derecho nacional aplicable <sup>44</sup>.

d) *El conocimiento de embarque en la aplicación del artículo 5.1 CB*

Cabe, por todo ello, tomar en consideración el asunto *Tilly Russ* ya que centra su atención en el conocimiento en cuanto título en torno al cual deben examinarse las relaciones entre los participantes en un transporte marítimo internacional. Sin embargo, teniendo presente que este asunto ocupó únicamente de la interpretación del artículo 17 CB, debe limitarse la incidencia de esta jurisprudencia en el ámbito del artículo 5.1 CB. En primer lugar, porque el artículo 17 CB tiene especialmente prevista la integración de los usos practicados en el comercio internacional para completar la voluntad de las partes, mientras que en la configuración del artículo 5.1 CB no se atiende, al menos literalmente, a la consideración de la práctica comercial internacional. Ello no impide su introducción, pero no cabe duda de que restringe sus efectos. En segundo lugar, porque no está nada claro que esta práctica sea real, indudable y efectivamente seguida en el sector del transporte marítimo internacional, desde el momento en que los operadores participantes en el mismo han empezado a con-

<sup>44</sup> Así, en Derecho español no se produce esta subrogación, *vid.* A. RECALDE CASTELLS, *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte. (Función representativa)*, Civitas, Madrid 1992, pp. 260 y ss. *Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, «Nota a la Sent. Aud. Prov. de Tarragona (Sección 1.ª) de 30 de noviembre de 1996», (en prensa, *REDI* 1998).

testar su validez<sup>45</sup>, pudiendo quedar destruida, de este modo, la *opinio iuris* necesaria para el respeto e integración de un uso en el marco del artículo 17 CB. Este es precisamente el objeto de una cuestión prejudicial planteada al TJCE por la *Corte suprema di cassazione* italiana y que el Tribunal de Luxemburgo está pendiente de decidir<sup>46</sup>. Por último, y en tercer lugar, es el Derecho aplicable el que establece si el portador del conocimiento sustituye al cargador en sus derechos y obligaciones<sup>47</sup>. En la medida en que así sea, cabrá trasladar la cláusula de atribución de jurisdicción prevista en el conocimiento a las relaciones entre el porteador y el portador del conocimiento.

Pese a estas prevenciones, cabría deducir de esta jurisprudencia que el destinatario de las mercancías, en posesión del conocimiento de embarque, se adhiere al contrato originariamente pactado entre el cargador y el porteador. Por tanto, las consecuencias de esta adhesión se extenderían tanto a la cláusula de atribución de jurisdicción, cuanto a las acciones que deriven del contrato y se ejerciten en contra del porteador, siempre que el Derecho aplicable al contrato del que surge el litigio admitiera la sucesión de los derechos y obligaciones del cargador en favor del portador del conocimiento. Sin embargo, en sede del artículo 5.1 CB, no cabe calificar las acciones sobre la base del Derecho aplicable ya que se traicionaría la autonomía de la noción «materia contractual». En consecuencia, si se quiere respetar esta autonomía conceptual, caben dos soluciones: o bien calificar esta acción como contractual, matizando la doctrina jurisprudencial anterior; o bien interpretar que la acción ejercitada tiene un carácter delictual, en el sentido del artículo 5.3 CB.

<sup>45</sup> De hecho, el artículo 21 de las Reglas de Hamburgo admite únicamente las cláusulas atributivas de jurisdicción que se celebren con posterioridad al inicio del litigio resultante del contrato de transporte.

<sup>46</sup> As. C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA c. Hugo Trumpp SpA*. Vid. las Conclusiones 22-9-1998. El Abogado General respecto a este punto concreto se remite a lo establecido en la STJCE de 20-2-1997, as. C-106/95, *MSG c. Les Gravières Rhenanes*, Rec. 1997, p. I- 911, en el sentido de que debe ser el tribunal nacional el que decida si un determinado hábito o práctica adquiere la consistencia técnica de uso internacional. Vid. el punto 23: se produce «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 contratos».

<sup>47</sup> Vid. P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, *La Convención de Bruselas de 27 de Septiembre 1968*, La Ley, Madrid, 1986, p. 119, que considera positiva esta vinculación entre *forum* y *ius*.

El TJCE acoge la última solución. Pero no deja de ser cierto que mantener esta posición lleva a una incoherencia. Por una parte, el destinatario de las mercancías que ejercita una acción de reclamación está sometido a los tribunales establecidos en una cláusula de atribución de jurisdicción contenida en el conocimiento de embarque. La sumisión se produce tanto si la acción se ejercita contra el porteador contractual, como si se ejercita contra el porteador efectivo. La validez de la cláusula depende del Derecho aplicable y de la admisión por parte de los Tribunales nacionales de esta práctica como uso internacional. De este modo se deja la puerta abierta a aceptar la vinculación de estas cláusulas de jurisdicción a personas que no han participado en su formulación, ni consentido en su aplicación. Únicamente puede concebirse la validez si se aprueba una adhesión ficticia por parte del destinatario. Por el contrario, en la medida en que no exista la cláusula de atribución, el ejercicio de una acción de reclamación no puede ser calificada como contractual<sup>48</sup> si va dirigida contra el portador real o efectivo<sup>49</sup>. No cabe admitir una adhesión indirecta o tácita, tampoco una adhesión ficticia, que permitan esta calificación. No se considera la práctica comercial marítima, ni las dificultades para determinar el porteador, con la consiguiente inseguridad que ello produce al destinatario.

Para finalizar, el TJCE al concluir que la acción ejercitada no entra en el ámbito material del artículo 5.1 CB no precisa cual hubiera sido el lugar de cumplimiento de la obligación. Basta con decir que, aun siendo ésta una tarea aparentemente sencilla, ha generado una abundante jurisprudencia<sup>50</sup> que no ha resuelto definitivamente los problemas que suscita

<sup>48</sup> La determinación de la jurisdicción competente no va a implicar que el fundamento jurídico de la misma no pueda ser la responsabilidad contractual y que, de conformidad con este régimen, sea resuelto el caso. En efecto, ello depende del Derecho aplicable, que, en la mayor parte de casos, vendrá determinado por el Derecho Uniforme. Por consiguiente, la vigencia de las Reglas de La Haya, La Haya-Visby o Hamburgo, va a ser concluyente para la resolución material del asunto litigioso.

<sup>49</sup> Parece inferirse de los puntos 18 y 19 que la acción ejercitada sería contractual, en la medida en que Spliethoff's hubiera emitido el conocimiento y el capitán del buque fuera mencionado en el mismo. La jurisprudencia señalada en relación al artículo 17 CB también parece llevar a la misma conclusión.

<sup>50</sup> Vid. STJCE de 6-10-1976, as. 12/76, *cit.*; STJCE de 6-10-1976, as. 14/76, *De Bloos c. Bouyer*, Rec. 1976, p. 1497; STJCE de 26-5-1982, as. 133/81, *Ivenel c. Swab*, Rec. 1982, p. 1891; STJCE de 15-1-1987, as. 266/85, *Shenavai c. Kreischer*, Rec. 1987, p. 239; STJCE de 15-2-1989, as. 32/88, *Six Constructions c. Humbert*, Rec. 1989, p. 341; STJCE de 13-7-1993, as. C-125/92, *cit.*; STJCE de 29-6-1994,

la aplicación de este precepto <sup>51</sup>. Sin embargo, no parece aventurado mantener que este lugar sería el puerto de destino en el que se entregan las mercancías <sup>52</sup>.

## B) ACCIÓN EXTRA CONTRACTUAL

El TJCE llega a la conclusión de que se trata de una acción ejercitada en el marco del artículo 5.3 CB. El TJCE <sup>53</sup> ofrece una definición por oposición conforme a la cual es extracontractual aquella relación jurídica que no es contractual. Debe tratarse, pues, de una acción dirigida a exigir una responsabilidad que no derive de contrato. Sin embargo, no todo lo que no sea contractual es necesariamente extracontractual <sup>54</sup>, por consiguiente debe aclararse si juega el criterio del domicilio del demandado, como foro general de competencia, en la medida en que no se trate de una cuestión contractual.

Descartada la integración de esta acción en la materia contractual, tal como es concebida por el TJCE en interpretación del artículo 5.1 CB, se afirma que se trata de una acción que cae dentro de la noción «materia delictual o cuasidelictual». Cabe destacar que, mediante esta calificación, el TJCE va más allá <sup>55</sup> de lo que había establecido en la sentencia *Handte*, puesto que en este caso no se había calificado la acción ejercitada como delictual, lo que planteó numerosas dudas <sup>56</sup> porque no se precisaba si podía

---

as. C-288/92, *cit.*; STJCE de 9-1-1997, as. C-383/95, *Rutten c. Cross Medical*, Rec. 1997, p. I-57.

<sup>51</sup> Existen actualmente dos casos pendientes de resolver por parte del TJCE relativos a la interpretación del artículo 5.1 CB, *vid.* asuntos C-440, *Groupe Concorde* y otros, y C-420/97, *Leathertex Divisione Sintetici*. En ambos asuntos se ha procedido a la audiencia pública, (15-12-1998).

<sup>52</sup> En el mismo sentido, *vid.* J.M. RUIZ SOROA, «El contrato de transporte internacional de mercancías», *op. cit.*, p. 722.

<sup>53</sup> *Vid.* STJCE de 27-9-1988, as. 189/87, *cit.*, punto 17.

<sup>54</sup> *Vid.* STJCE de 26-3-1992, as. 261/90, *cit.*, en relación con la acción pauliana.

<sup>55</sup> Debe aclararse, sin embargo, que en el caso *Handte*, al contrario de lo que sucede en la sentencia analizada, al TJCE no se le había formulado por parte del órgano nacional una cuestión al respecto. Sin embargo, el TJCE podía haber introducido puntualizaciones *obiter dicta*. De hecho no es inusual que el TJCE acuda a este recurso.

<sup>56</sup> *Vid.* P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Artículo 5.3 CB», *Comentario al Convenio de Bruselas...*, *op. cit.*, p. 122, que ve la creación de un *tertium genus* en re-

acudirse al foro especial contenido en el artículo 5.3 CB o, bien, si únicamente podía instarse la demanda ante el domicilio del demandado<sup>57</sup>. En este asunto da por buena<sup>58</sup> la perspectiva ofrecida en el asunto *Kalfelis*, conforme a la cual la materia delictual comprende toda demanda dirigida a exigir la responsabilidad de un demandado, y que no se incardina en la «materia contractual» en el sentido del artículo 5.1. Se mantiene la inexistencia de una regla general que defina lo que es extracontractual, de manera que la cuestión permanece todavía en manos de la casuística<sup>59</sup>.

La concreción del lugar del daño, con el fin de atribuir la competencia judicial, ha sido también objeto de análisis por parte del TJCE<sup>60</sup>. En síntesis, para concretar «el lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» la jurisprudencia ha establecido que éste puede ser tanto el lugar del hecho causal, como el lugar donde se ha producido el daño, en atención a los objetivos y sistema del CB, y al efecto útil de las competencias especiales frente al artículo 2 CB. Mediante la adopción de esta regla se pretenden resolver aquellos supuestos en que haya disociación geográfica entre uno y otro elemento<sup>61</sup>, sin que el TJCE opte por ninguna de las dos conexiones de manera preferente, al considerar que ambas son igualmente significativas en vistas al objetivo de buena administración de justicia. Tan

---

lación con la cadena de contratos. Vid. H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1992, 81, n° 4, pp. 737-738, resaltando que la sentencia destaca por su *non-dit*, puesto que, pese a delimitar el concepto de «materia contractual», no resuelve si la acción ejercitada en el caso puede inscribirse en el artículo 5.3. La creación de una tercera categoría, que no podía inscribirse ni en las obligaciones contractuales ni en las delictuales, se había apuntado a raíz de la STJCE de 26-3-1992, as. C-261/90, *cit.*, relativa a la acción pauliana existente en Derecho francés, vid. B. ANCEL, *Rev. Crit. Dr. Internat. Priv.*, 1992, p. 725.

<sup>57</sup> Con independencia de que pudiera operar la prórroga de competencia (artículos 17 y 18 CB).

<sup>58</sup> Vid. el punto de 22 de la sentencia aludiendo al concepto elaborado en la sentencia *Kalfelis*.

<sup>59</sup> Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *El foro de la pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, Eurolex, Madrid 1996, p. 68, nota 72.

<sup>60</sup> Vid. STJCE de 30-11-1976, as. 21/76, *Bier c. Mines de potasse d'Alsace*, Rec. 1976, p. 1735; STJCE de 11-1-1990, as. C-220/88, *Dumez c. Hessische Landesbank*, Rec. 1990, p. 1-49; STJCE de 7-3-1995, as. C-68/93, *Shevill c. Presse Alliance*, Rec. 1995, p. I-415; STJCE de 19-9-1995, as. C-364/93, *Marinari c. Lloyds Bank*, Rec. 1995, p. I-2719.

<sup>61</sup> Los problemas de la regla *forum loci delicti commissi* ante la disociación geográfica entre lugar del hecho dañoso y lugar de la producción del daño, fueron apuntados en el Informe JENARD, vid. p. 145.



relevante es para la estructura del ilícito el lugar de comisión del hecho dañoso como el lugar de producción del daño<sup>62</sup>. Sin embargo, se ha precisado que el lugar en que se ha ocasionado el daño servirá como criterio de atribución de competencia sólo si en este lugar se ha producido el daño efectivo y directo. Esta regla es válida tanto para las víctimas directas que sufren también daños indirectos sobre su patrimonio en otro lugar<sup>63</sup>, como para las víctimas indirectas que sufren únicamente el perjuicio indirecto<sup>64</sup>. De esta manera, se desprende que la opción para determinar la jurisdicción competente en aplicación del artículo 5.3 CB se concreta entre el lugar en que sobrevino el daño y el lugar donde se produjo el hecho causal<sup>65</sup>.

Ahora bien, al especificar el lugar en que unas mercancías transportadas por vía marítima han sido averiadas para determinar la jurisdicción competente ante la que podrá ejercitarse una acción de indemnización, el TJCE considera que la regla *Mines de potasse* no puede operar en este caso: la determinación del lugar en que se ha producido el hecho causal resulta prácticamente imposible. Únicamente puede operar como criterio de atribución *ex* artículo 5.3 CB el lugar en que se produce el daño. Sin embargo, tampoco parece ésta una operación fácil. No cabe duda de que el lugar de producción del daño no puede ser ni el lugar de destino final de las mercancías, ni el lugar en que se comprueba el daño. Ello podría provocar una multiplicación injustificada de foros de competencia, con la consiguiente inseguridad jurídica, así como potenciar el reconocimiento de la competencia de los tribunales del domicilio del demandante. Por otra parte, estos lugares pueden propiciar además una dependencia respecto de circunstancias que pueden ser de carácter incierto y fortuito<sup>66</sup>, con el peligro añadido de que éstas puedan ser alteradas con propósitos fraudulentos. El TJCE —no quedaba otra opción— determina que el lugar donde sobrevino el daño es donde el verdadero transportista marítimo debía entregar las mercancías. No puede dejar de constatarse que el artículo 5.3 CB no se ajusta a un supuesto relativo a una operación de transporte<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> Vid. STJCE de 30-11-1976, as. 21/76, *cit.*, puntos 24 y 25.

<sup>63</sup> Vid. STJCE de 19-9-1995, as. C-364/93, *cit.*

<sup>64</sup> Vid. STJCE de 11-1-1990, as. C-220/88, *cit.*

<sup>65</sup> Vid. punto 32 de la sentencia comentada.

<sup>66</sup> Vid. punto 34 de la sentencia comentada.

<sup>67</sup> Coincidiendo con A. CRESPO HERNÁNDEZ, «Delimitación entre materia contractual y extracontractual en el Convenio de Bruselas: implicaciones en orden a la determinación de la competencia judicial internacional. Comentario a la sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1998», *La Ley*, 27 de noviembre de 1998, p. 2.

En realidad, se pone de relieve el substrato contractual del que nace esta acción de reclamación. Tanto es así que cabe presumir que el TJCE llegaría a determinar la misma jurisdicción competente si hubiera considerado que la acción quedaba incluida en el ámbito del artículo 5.1 CB.

### 3. ACUMULACIÓN DE ACCIONES CON CARÁCTER CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Otro problema que resuelve el TJCE es el de la interposición de demandas con fundamento delictual y contractual ante un mismo foro por razón de conexidad<sup>68</sup>. Las disposiciones previstas para estas materias en el CB contienen foros especiales independientes que pueden atribuir competencia a jurisdicciones distintas, pero no se contempla un foro general de conexidad<sup>69</sup>. Pese a que el CB incorporó una excepción de conexidad, que debe ser opuesta a instancia de parte, esta solución es muy limitada a los efectos de la cuestión planteada, puesto que está sujeta a que el derecho del foro admita el cúmulo de las demandas conexas y a que el tribunal que conoció de la primera demanda tuviera competencia judicial internacional para conocer de ambas demandas<sup>70</sup>, con el fin de evitar los conflictos negativos de jurisdicción<sup>71</sup>. Por consiguiente, la solución únicamente podía pasar por una interpretación de los foros especiales que permitiera la concurrencia de acciones con distinto fundamento jurídico ante la misma jurisdicción, esto es que el criterio de atribución por

<sup>68</sup> La posibilidad de acumular acciones debe ser resuelta conforme a la ley que rige el fondo del asunto, *lex causae*. No es la ley del foro —la española si conocen los tribunales españoles— la que determina esta cuestión, puesto que no es un asunto que tenga naturaleza procesal, sino material. L. COLLINS, «Interaction between Contract and Tort in the Conflict of Laws», *I.C.Q.L.* 1967, p. 107, por el contrario, considera que esta cuestión debe abordarse desde la perspectiva de la *lex fori*.

<sup>69</sup> A. HUET critica la inexistencia de un foro de competencia por conexidad, para salvar los inconvenientes que el TJCE reconocía, *vid.* «Nota a la STJCE Kalfelis c. Schröder», *JDI* 1989 pp. 460-461. *Vid.* H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, *op. cit.*, p. 114. También, a propósito de la sentencia comentada, J. P. RÉMERY, *op. cit.*, p. 103.

<sup>70</sup> *Vid.* F. GARAU SOBRINO «Comentario al artículo 22 CB», *Comentario al Convenio de Bruselas ...*, *op. cit.*, pp. 413-414: se «presupone que los órganos jurisdiccionales que conocen de las demandas conexas son competentes en virtud de los foros contenidos en el Convenio».

<sup>71</sup> *Vid.* Informe Jenard, p. 159.

razón de una de las materias pudiera llegar a ser válido también para la otra <sup>72</sup>.

Estaba pendiente de resolución <sup>73</sup> si la jurisdicción competente para conocer de las demandas con base contractual puede conocer también de las acciones ejercitadas con fundamento delictual. Se presumía <sup>74</sup> que el TJCE utilizaría el argumento basado en el criterio de especialidad e interpretación restrictiva esgrimido en el caso *Kalfelis* <sup>75</sup>, y ello pese a que el propio TJCE reconoció un carácter residual de las obligaciones delictuales con respecto a las contractuales <sup>76</sup> y también a pesar de la conexión entre

<sup>72</sup> Vid. punto 20 de la STJCE de 27-9-1988, *cit.*, el TJCE, en el caso *Kalfelis*, resolvió que la jurisdicción competente para conocer de las acciones ejercitadas con fundamento delictual no lo es para el resto de acciones, basándose en la especialidad de los foros de competencia especiales y en su carácter restrictivo.

<sup>73</sup> Aunque alguna jurisdicción nacional ya se había pronunciado. En este sentido, la sentencia inglesa de la *Court of Appeal* de 18-3-1997, *Source Ltd v. Rheinland Holding AG et alter*, opta por una calificación contractual en relación con una demanda en la que se ejercitaban acciones con fundamento tanto contractual como extracontractual. Vid. el resumen en *ILP* n° 5, 1997, p. 268.

<sup>74</sup> Realizando esta presunción, y favorable a impedir la acumulación de acciones, vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Nulidad e infracción de patentes en la Comunidad Europea*, Madrid 1996, p. 236. Asimismo, C. HONORATI, «Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e giurisdizione ai sensi della Convenzione di Bruxelles del 1968», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 301, como consecuencia del *impasse* producido por la sentencia *Kalfelis*, aunque esta autora se muestra favorable a la posibilidad de acumular las acciones contractuales o extracontractuales tanto en el foro previsto en el artículo 5.1 CB, como en el previsto en el 5.3 CB. Presumiendo esta solución vid. A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto empresarial*, Eurolex, Madrid 1999, p. 208, aunque favorable al juego de la conexión accesoria por la que se impone la calificación contractual a la extracontractual. Igualmente, G. PALAO MORENO, «La revisión del Convenio de Bruselas de 1968: el caso del art. 5.3», en A. BORRÁS RODRÍGUEZ (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Marcial Pons, Madrid 1998, p. 321.

<sup>75</sup> STJCE de 27-9-1988, as. 189/87, *cit.*

<sup>76</sup> Vid. punto 17 de la STJCE de 27-9-1988, *cit.* Favorable a esta posibilidad, el Abogado General M. DARMON, Rec. p. 5577, que hizo valer también esta argumentación en las Conclusiones al as. C-89/91, *Shearson Lehman Hutton c. T.V.B.* Vid. también B. AUDIT, en nota a la sentencia de 27-9-1988, as. 189/87, *cit.*, *Recueil Dalloz*, 1989, p. 255 y H. GAUDEMET-TALLON, nota a esta decisión, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1989, p. 22; asimismo, J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg, 1998, p. 126.

ambas demandas, puesto que para resolver este problema puede aplicarse el artículo 22 CB. Cumpliendo los pronósticos el TJCE no considera que «tengan un punto de conexión dos demandas de *una misma acción de reparación*, dirigidas contra distintos demandados y basadas, una de ellas, en la responsabilidad contractual y, la otra, en la responsabilidad delictual»<sup>77</sup>. Se trata, sin embargo, de una afirmación muy discutible, puesto que nos encontramos ante una operación unitaria de transporte. En nuestra opinión hubiera sido deseable que se admitiera una tal acumulación en aras, sobre todo, a la economía procesal<sup>78</sup> y a la residualidad de la materia delictual<sup>79</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

El TJCE lleva a cabo una aproximación demasiado rigurosa y ortodoxa. Por una parte, está preso por su propia jurisprudencia, lo que no le permite apreciar que se encuentra ante «una operación económica unitaria de transporte marítimo de mercancías»<sup>80</sup> en la que el usuario de los servicios de transporte —destinatario de las mercancías— precisa de un marco contractual para exigir responsabilidad a los portadores. Por otra parte, el TJCE parece no querer sentar un precedente que implique un pronunciamiento favorable al movimiento, generado a partir de las Reglas de Hamburgo, que propugna la responsabilidad solidaria del portador contractual y el efectivo. La realidad es que pocos Estados miembros aceptan esta responsabilidad solidaria<sup>81</sup> y, por lo tanto, el TJCE se limita, sin

<sup>77</sup> Vid. punto 50 de la sentencia comentada. El destacado es del autor. Lo que quiere decir el TJCE es que el CB no contempla la atribución de competencia por conexidad, pero lo que no se puede negar es que haya conexidad en este tipo de casos.

<sup>78</sup> Igualmente, C. HONORATI, «Concorso di responsabilità contrattuale ...», *op. cit.*, p. 300.

<sup>79</sup> En consecuencia, no conocerá una sola jurisdicción, salvo que pueda ser de aplicación el artículo 2 CB, en caso de que ambos demandados tengan domicilio en un mismo Estado contratante, o el artículo 6.1 CB, si los demandados tienen el domicilio en diferentes Estados contratantes.

<sup>80</sup> F. CERDÁ ALBERO, «El subfletamento», *vid. op. cit.* p. 1399.

<sup>81</sup> Respecto a Suecia y Austria no había entrado aún en vigor el Convenio de Bruselas de 1996 por el que se adhieren al CB. Por otra parte, previsiblemente el legislador español apostará por esta opción.

confesarlo, a consolidar la perspectiva de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes. Esta posición perjudica al destinatario de las mercancías porque deberá demandar al porteador contractual y al efectivo siguiendo unos criterios de atribución distintos.

Ahora bien, circunscribiéndonos al caso concreto, debe advertirse que el problema queda resuelto en la propia sentencia, quizá porque el TJCE tiene más en cuenta de lo que demuestra las peculiaridades de este sector. Así, en aquellos supuestos en los que la demanda se dirija contra el porteador contractual y el efectivo no se producirá la dispersión que provoca en un plano general el rechazo de la conexidad como foro de competencia. En efecto, una sola jurisdicción podrá conocer del caso: la del lugar de destino de las mercancías, puesto que tanto el artículo 5.1, como el artículo 5.3 llevan a la misma jurisdicción.

De esta forma, puede considerarse que la opción tomada por el TJCE, aún siendo polémica desde una perspectiva jurídica, haya sido quizá la más inteligente, en la práctica<sup>82</sup>. Si el TJCE hubiera considerado que esta acción de reclamación debía ser calificada como contractual hubiera tenido que rectificar su doctrina anterior y hubiera tenido que sacrificar una definición general —la contenida en el caso *Handte*— que es útil, operativa y suficientemente amplia. Además una posición de este tipo hubiera podido arriesgar la imparcialidad del TJCE, puesto que hubiera implicado decantarse a favor de aquellos ordenamientos que acogen las posiciones mantenidas en las Reglas de Hamburgo. No hay que olvidar que opta por aquellas calificaciones que menos perturban los sistemas nacionales. De este modo, la solución, que desde luego no destaca por la *elegantia iuris*, tiene la virtud de complacer todas las posturas. La jurisdicción competente para conocer de la acción ejercitada contra el porteador contractual también lo será de la que se ejercita contra el porteador efectivo, pero sobre una base distinta. Sin embargo, en el plano material, la exigencia de responsabilidad a cada uno de ellos será correlativa a la prevista en el ordenamiento del foro: solidaria o bien contractual y extracontractual.

---

<sup>82</sup> Siempre que se tengan presentes únicamente las circunstancias del caso y el sector al que va referido, lo que representa un gran inconveniente porque el TJCE debería aportar reglas válidas pensadas para ser aplicadas con un alcance general, cuando lo que hace es aportar reglas generales pensando únicamente en el caso concreto.

