

## XII. EL PAPEL DE LA SUMISIÓN/PRÓRROGA Y DEROGACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL CIVIL INTERNACIONAL

### 1. *Introducción*

En este apartado pretendemos analizar el papel, el alcance y la regulación normativa que la voluntad común de las partes puede jugar en la determinación de la competencia judicial civil internacional.

Hasta este momento hemos examinado aquellos casos en que los tribunales tienen competencia judicial civil internacional como consecuencia de la configuración de la norma de competencia judicial civil internacional (foros personales, territoriales, neutrales, entre otros) y su necesario y perfecto acoplamiento al supuesto de hecho planteado. En estos casos, el actor presenta su demanda con absoluta independencia de su voluntad y de la voluntad del demandado; lo anterior se traduce en un derecho del demandante y en una carga automática para el demandado.<sup>271</sup> Por el contrario, podía ocurrir que planteada una demanda ante unos tribunales, éstos no tuvieran competencia judicial civil internacional por no materializar el punto de conexión en su territorio.

El supuesto a manejar en este apartado viene materializado por la acción de la autonomía de la voluntad de las partes, cuando ésta conlleva el señalamiento del concreto tribunal que quieren y pretenden que resuelva el fondo de su pretensión; así, la autonomía de la voluntad, bien expresa o bien tácita, implica que las partes señalan la autoridad que quieren que resuelva la controversia surgida de una relación de tráfico externo.<sup>272</sup> Autonomía de la voluntad de las partes y sumisión, tácita y expresa, que se

<sup>271</sup> En este sentido se han expresado Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, nota 29, p. 195.

<sup>272</sup> En este sentido se pronuncian Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *op. cit.*, nota 6, p. 55. Estos autores señalan que esta clase de foro se basa en la autonomía de la voluntad de las partes que intervienen en la relación jurídica. Calvo Caravaca, A. L., *op. cit.*, nota 40, p. 40.

circunscriben en el marco de las obligaciones contraídas y asumidas por las partes. Estamos ante otra forma legal de ampliar competencia a unos determinados tribunales. De hecho, para Weinberg de Roca, el pacto entre las partes del tribunal competente es la primera forma de atribuir competencia internacional.<sup>273</sup>

Ahora bien, nos podemos preguntar cuáles son las verdaderas razones que justificarían la tolerancia hacia la materialización de la autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, razones de distinta índole son alegadas en función de su justificación. Nadie discute las ventajas que subyacen en la determinación de la jurisdicción nacional competente por las propias partes implicadas; ahora bien, cuestión distinta es si esta figura es permitida en el ordenamiento jurídico puesto en marcha.

Entre sus justificaciones se esgrimen ventajas de orden práctico y de orden sustantivo. Así, respecto a las primeras se afirma que “la posibilidad de escoger *ex ante* el foro competente *reduce la incertidumbre* y, en esa medida, *desincentiva comportamientos oportunistas*”.<sup>274</sup> En este orden de ideas, sostenemos que se disminuye la incertidumbre respecto a qué foro será el elegido por el actor para la presentación de su demanda, al estar previa y expresamente señalado. A lo anterior añadimos que reduce la incertidumbre igualmente respecto a la ley procesal y a la ley material aplicable a dicho litigio. Las razones de orden sustantivo, que igualmente se esgrimen, se sustentan en el hecho indiscutible de que “las partes son los mejores jueces de sus propios intereses”, y por ende son quienes están en la mejor posición de determinar qué tribunal nacional es el más adecuado para conocer de sus eventuales litigios en función de los intereses implicados.<sup>275</sup> En definitiva, las cláusulas que recogen la común voluntad de las partes prefijan el tribunal nacional con competencia judicial civil internacional de conformidad con los intereses compartidos por las partes y el posible perfil que presenten sus conflictos; con esto, también consiguen reducir la incertidumbre que *ex ante* pueden llegar a producir los foros de carácter alternativo y que generan inseguridad respecto a la normativa material y procesal aplicable al litigio en cuestión.

<sup>273</sup> Cfr. Weinberg de Roca, I. M., *op. cit.*, nota 89, p. 7.

<sup>274</sup> Cfr. Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, nota 29, p. 197.

<sup>275</sup> *Idem*.

De manera más general, se afirma que las ventajas que se predicen de esta figura son las siguientes: *a*) el impulso a la contratación internacional; *b*) individualización y previsión anticipada del tribunal nacional competente; *c*) el no retardo o dilación innecesaria (o incluso fraudulenta) en la elección de la designación de un tribunal nacional competente una vez surgida la controversia; se genera certeza y seguridad en el señalamiento del tribunal nacional con competencia internacional; *d*) reduce la fricción entre las partes una vez surgida la contienda; se asegura la reducción de los costes de litigiosidad; *e*) otorga seguridad a las transacciones; *f*) se produce la elección de un tribunal neutral a la par que se elige al más adecuado para conocer y resolver el litigio al mediar una elección equitativa del tribunal competente; *g*) asegura una mejor defensa a las partes al no mediar intereses partidarios; *h*) logra alcanzar un mayor equilibrio de los respectivos intereses de las partes al no estar identificados; *i*) logra la prevención de un *forum shopping* en claro desequilibrio de una de las partes, *j*) previene cuestiones de litispendencia internacional, conexidad internacional, así como la emisión de posibles pronunciamientos contradictorios.<sup>276</sup>

Ahora bien, no todo son ventajas en esta figura jurídica. En este sentido, y como bien señalan Virgós Soriano y Garcimartín Alférez:

...desde una perspectiva de estrategia individual han de tenerse en cuenta también las posibles consecuencias negativas de los acuerdos de elección. Los acuerdos de elección de foro, además de incrementar los costes de negociación, pueden implicar una reducción de las posibilidades *ex post* para el demandante sin que obtenga ningún beneficio a cambio.<sup>277</sup>

En otro orden de ideas, afirmamos que una vez que la cláusula de elección de foro ha sido diseñada por las partes, presentada la disputa, no es imposible desvincularse inicialmente por parte del actor y con poste-

<sup>276</sup> En parecidos términos encontramos a Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *op. cit.*, nota 6, p. 132; igualmente encontramos a Pérez Vera, E. *et al.*, *op. cit.*, nota 46, pp. 361 y 362; Amores Conradi, M. A., *loc. cit.*, nota 87, pp. 134 y 135, quien afirma que cualquier enunciación de virtudes y ventajas de esta figura quedaría incompleta si no se resaltara la incorporación del valor de *autocomposición* de los distintos intereses que lo entronca directamente con principios constitucionales, así como su carácter claramente flexibilizador del sistema de competencia. Encontramos de parecidas reflexiones a Boggiano, A., *op. cit.*, nota 52, p. 148.

<sup>277</sup> Véase Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, nota 29, p. 198.

rioridad por el demandado respecto a esa cláusula. Por parte del actor, es sencillo desvincularse de la cláusula de señalamiento de foro al presentar su solicitud en un foro distinto al señalado expresamente en el contrato; ahora bien, no cabe desconocer que el actor queda a la entera disposición del demandado en cuanto a la posible aceptación de su nueva elección; en este caso, el demandado tiene una doble posibilidad: o que se apegue estrictamente a lo determinado por la cláusula contractual, rechazando el nombramiento posterior de un foro distinto, o bien, que se someta a la nueva elección de foro contestando la demanda contra él presentada. En este sentido, aun cuando el actor pueda presentar su demanda en un foro distinto al señalado por la cláusula contractual de manera expresa, queda en el interés del demandado la aceptación o no del nuevo señalamiento; de lo anterior se desprende, que el destino de la declaración de competencia judicial civil internacional del nuevo foro elegido por el actor descansa en manos del demandado.

Ahora bien, y señalado lo anterior, afirmamos que para que la autonomía de la voluntad fructifique, prospere, necesita del complemento y cumplimiento de un requisito, a saber: que las implicaciones que conlleva la voluntad sean permitidas por el sistema legal afectado, sea admitido por la normativa competencial señalada. Lo anterior se realizará atendiendo al tipo de materia litigiosa que resulte afectada por la autonomía de la voluntad. En resumen, una cosa es que las partes seleccionen un tribunal nacional de común acuerdo para la resolución de sus disputas, y otra distinta es que se posibilite dicha elección en función de la normativa competencial alegada del foro elegido. El orden jurídico implicado será el que dé luz verde a la positivización y materialización de la autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, y como sostienen Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, “las condiciones de eficacia procesal y los efectos procesales de una cláusula de este tipo los determina exclusivamente la *lex fori*; esto es, el DPCI del Estado ante cuyos tribunales se haya planteado la eficacia prorrogatoria o derogatoria de la cláusula (=sistema de CJI de referencia)”.<sup>278</sup>

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 201. Quienes además afirman que “normalmente las normas del DPCI no contienen una regulación pormenorizada de todas las condiciones de validez procesal. Por eso, aquellos aspectos de dicha cláusula no regulados, expresa o implícitamente, por las normas procesales, se someten (puesto que estamos en un supuesto internacional), al Derecho nacional aplicable según las normas de conflicto del foro, esto es, a la *lex causae*”.

En el contexto mexicano se afirma que el acto de parte *per se* no es suficiente para derogar una competencia previa y expresamente establecida y atribuirla simultáneamente a otro tribunal que no gozaba de las mencionadas características. De no ser así, estaríamos en presencia de la denominada por la doctrina como “tesis voluntarista”.<sup>279</sup> En este sentido se circumscribe el interrogante que se plantea el profesor Silva ¿será aca-  
so la mera voluntad de las partes la que atribuya competencia al tribunal mexicano?, nuestra respuesta se encamina en un sentido negativo, coincidiendo de esta forma con los planteamientos ofrecidos por dicho autor.<sup>280</sup> Estimamos que para que la autonomía de la voluntad de las partes cobre efectos en México debe permitirse expresamente por la normativa (autónoma o convencional) competencial mexicana. Lo anterior opera en las dos posibilidades que se presentan ante una prórroga de competencia judicial civil internacional, a saber, que el tribunal mexicano sea el prede-

*sae* designada por la norma de conflicto que proceda según la cuestión debatida (contratos, capacidad, etcétera).

<sup>279</sup> El profesor Silva señala que “la admisión de la prórroga no queda pues a la simple decisión unilateral de la partes (tesis voluntarista). La admisión de la prórroga, por implicar un acto de Estado, queda a cargo del propio Estado a través de sus tribunales”. Véase Silva, J. A., *loc. cit.*, nota 32, pp. 33 y 34. Por su parte Romero Seguel sostiene que “es obligatorio advertir que no toda sumisión a los tribunales extranjeros incorporada en un contrato internacional es suficiente para fundar su competencia judicial internacional. Pueden presentarse casos en los que los tribunales chilenos deban retener para sí la causa, cuando el factor de conexión no tiene el mérito de derogar la jurisdicción nacional. En general, corresponde al derecho internacional y procesal controlar los abusos que pueden darse de una aplicación indebida del principio general de autonomía de la voluntad, dejando sin eficacia aquellos pactos en que las partes han preseleccionado indebidamente la jurisdicción en un contrato con elementos internacionales”, véase Romero Seguel, A., *loc. cit.*, nota 28, p. 187.

<sup>280</sup> Cfr. Silva, J. A., *loc. cit.*, nota 32, pp. 30 y 31. Este autor señala que “a nuestra manera de entender la posibilidad de que un tribunal mexicano asuma competencia no depende de la mera voluntad de las partes (cuando éstas unilateralmente prorrogan la competencia), sino de la ley del foro presuntamente prorrogado (en nuestro caso el mexicano), en la medida en que esa ley le permita asumir tal competencia por la simple voluntad de los particulares, es decir, el Estado prorrogado, sólo es competente, si la ley propia le da eficacia a la voluntad de los litigantes. De lo anterior se deduce que la mera voluntad de los particulares, no es un criterio de atribución de competencia, sino solamente cuando esa voluntad posee validez según la ley del Estado presuntamente prorrogado, que en nuestro caso es la mexicana”. En esta línea de pensamiento encontramos a Iglesias Bui-  
gues, J. L. quien señala que “la validez del acuerdo, expreso o tácito, de elección de fuen-  
to, debe rodearse de suficientes garantías”, véase Iglesias Buiques, J. L., *op. cit.*, nota 130, pp. 71 y 72.

terminado legalmente para conocer y resolver, quedando en papel mojado dicha designación por la autonomía de la voluntad de las partes,<sup>281</sup> o bien, que el tribunal mexicano sea incompetente por la falta de cumplimiento del punto de conexión de la norma competencial mexicana (autónoma o convencional), y sea la autonomía de la voluntad la que le haga competente para entrar a conocer y resolver el fondo de una pretensión. Así, no cabe duda de que la prórroga de jurisdicción es la contracara de la derogación de jurisdicción (*prorrogatio fori-derogatio fori*).

A efectos de sistematizar los códigos de procedimientos civiles, señalamos la existencia de tres grupos de códigos. La división que ofrecemos se da en función de la austeridad o no del contenido normativo que ofrecen a la hora de prever la figura de la sumisión (tácita o expresa).

En este orden de ideas, encontramos los códigos de procedimientos civiles de las entidades federativas y del Distrito Federal que refuerzan nuestra posición. Así, el artículo 137 del CPC de Aguascalientes que menciona “es juez competente aquel al que los litigantes se hubieran sometido expresa o tácitamente, cuando se trate de fuero renunciable”, los artículos 152 del CPC de Baja California; 151 del CPC de Baja California Sur; 150 del CPC de Colima; 153 del CPC de Chiapas; 152 del CPC de Chihuahua; 151 del CPC del Distrito Federal; 151 del CPC de Durango; 149 del CPC de Hidalgo; 156 del CPC de Jalisco; 1.34 del CPC de México; 158 del CPC de Michoacán; 27 del CPC de Nayarit; 106 del CPC de Nuevo León; 142 del CPC de Oaxaca; 149 del CPC de Querétaro; 152 del CPC de Quintana Roo; 150 del CPC de San Luis Potosí; 97.II del CPC de Sonora, y 182 del CPC de Tamaulipas.

Por otra parte, encontramos el artículo 139 del CPC de Campeche que señala: “es juez competente aquel a quien los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente”, artículo que se debe poner en relación con el 142 de este mismo cuerpo normativo, que señala la prórroga de la jurisdicción por razón de territorio. El artículo 29 del CPC de Guanajuato que únicamente afirma que “la competencia territorial es prorrogable por mutuo consentimiento de las partes, expreso o tácito”. Éste es un CPC bastante austero en cuanto a los requisitos que exige para la afirmación de prórroga expresa. En este sentido encontramos el artículo 30 del CPC de Guerrero, el artículo 148 del CPC de Sinaloa (es juez

<sup>281</sup> En este sentido se pronuncian Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *op. cit.*, nota 14, p. 140.

competente aquél de los señalados en el artículo 153 ante quien los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente. Hay sumisión expresa, cuando los interesados renuncian terminantemente el fuero que la ley les concede y designan con precisión el juez a quien se someten), el artículo 27 del CPC de Tabasco, el artículo 146 del CPC de Tlaxcala, el artículo 111 del CPC de Veracruz y el artículo 68 del CPC de Yucatán.

En un tercer grupo cabe situar el artículo 161 del CPC de Michoacán, que señala “para que la sumisión expresa o tácita surta sus efectos, no es necesario el consentimiento del juez a cuya jurisdicción se someten las partes”.

Se advierte que estamos acogiendo la figura de la sumisión expresa y tácita de una normativa que está pensada para la sumisión a nivel interno, *ad intra*. Es decir, la regulación contenida en los CPC de las entidades federativas y del Distrito Federal está pensada para dar respuesta a supuestos vinculados con el Poder Judicial mexicano únicamente. Sin embargo, el hecho de no tener una regulación de la sumisión *ad extra* hace que acojamos esta figura para dar respuesta también a los supuestos de DIPr.

Continuamos señalando que en la configuración de dicha figura encontramos al menos dos tribunales implicados; un primer tribunal que es el que tendría otorgada la competencia judicial civil internacional de no mediar pacto en otro sentido entre las partes. Lo que se ha denominado como el “originalmente competente”.<sup>282</sup> Un segundo tribunal que si bien inicialmente era incompetente, pierde dicha cualidad para revestirse de competencia judicial civil internacional por el mutuo acuerdo existente entre las partes. Es lo que se ha denominado como el “tribunal prorrogado”.<sup>283</sup> Las anteriores ideas han llevado a que un sector de la doctrina califique la prórroga de la competencia como una “modalidad de la competencia exclusiva”, una “competencia ampliada”.<sup>284</sup> El tribu-

<sup>282</sup> *Cfr.* Silva, J. A., *op. cit.*, nota 24, pp. 105 y 106, y Silva, J. A., *loc. cit.*, nota 32, p. 25.

<sup>283</sup> *Cfr.* Silva, J. A., *op. cit.*, nota 24, pp. 105 y 106, y Silva, J. A., *loc. cit.*, nota 32, p. 25.

<sup>284</sup> *Cfr.* Silva, J. A., *op. cit.*, nota 24, pp. 105 y 106. El profesor Silva sostiene que la competencia prorrogada corresponde a una modalidad de la competencia exclusiva. Se trata de una competencia ampliada del órgano. Es decir, que partiendo de la capacidad normal u ordinaria del tribunal para conocer de un litigio, se afirma que hay competencia prorrogada, cuando por virtud de un acto jurídico, la *capacidad originaria del tribunal se*

nal inicialmente competente y desplazado por autonomía de la voluntad de las partes representa la figura denominada como *derogatio fori*; por otro lado, el tribunal competente por producto y conducto de la autonomía representa la denominada *prorrogatio fori*. En este orden de ideas, afirmamos que hay prórroga porque hay una consiguiente derogación de otros tribunales previamente determinados y señalados como los competentes.<sup>285</sup> Sin duda, estamos ante los efectos, positivo y negativo, que la común voluntad de las partes pueden desplegar en la fase competencial. Efectos que representan la cara y la cruz de una misma moneda; lo cual no quiere decir que ambos efectos se presenten ante un mismo juez; en este sentido, señalamos que se presentará ante el juez mexicano, o bien, el efecto prorrogatorio o positivo, o bien, el efecto derogatorio o negativo.<sup>286</sup>

De todo lo anterior, sostenemos que la prórroga de competencia judicial civil internacional supone la materialización y aceptación de la autonomía de la voluntad de las partes en la concreción y señalamiento del órgano judicial que conocerá y resolverá de un determinado asunto. Ahora, y como venimos afirmando, no debemos confundir el acto de parte, esto es, la voluntad de los litigantes, con la prórroga misma.<sup>287</sup>

De cualquier forma, la aceptación de esta figura pasa necesariamente por la necesidad y el deber de respetar el debido proceso.<sup>288</sup>

ve ampliada, y que por acuerdo de los litigantes se le asigna con exclusividad". Afirmaciones que volvemos a encontrar en Silva, J. A., *loc. cit.*, nota 32, p. 25.

<sup>285</sup> Véase Weinberg de Roca, I. M., *op. cit.*, nota 89, p. 15. De parecido pensamiento encontramos al profesor Silva quien señala que el *forum derogatum* es el foro originalmente competente que ha sido rechazado por el acuerdo de prórroga. Véase Silva, J. A., *op. cit.*, nota 24, p. XXI.

<sup>286</sup> En este orden de ideas encontramos a Virgós Soriano y Garcimartín Alférez al señalar que "aunque para el juez nacional se presentan esos efectos por separado (con eficacia prorrogatoria o con eficacia derogatoria), ambos efectos suelen ir unidos en la composición de intereses de las partes", *op. cit.*, nota 29, p. 196.

<sup>287</sup> Cfr. Silva, J. A., *op. cit.*, nota 24, pp. 105 y 106, y Silva, J. A., *loc. cit.*, nota 32, p. 25. En esta obra el autor nos remite al Digesto Romano y señala que Ulpiano, basado en la Lex Julia, expuso que basta el consentimiento de las partes para asignarle competencia al pretor aun cuando este último no estuviera de acuerdo. Señala que a partir de la Edad Media, durante la constitución del Estado Moderno y más recientemente, con las ideas territorialistas y de soberanía, se pasa a considerar que la prórroga no es la voluntad de las partes sino la ampliación que de la competencia hace un tribunal a instancia de la voluntad de las partes.

<sup>288</sup> Véase Boggiano, A., *op. cit.*, nota 52, p. 154.

Respecto a la figura de la *derogatio fori* y de la *prorrogatio fori*, nos preguntamos si estas figuras tienen límites objetivos en relación con su actuación y, en caso de encontrarnos con una respuesta positiva, determinar en qué consisten. Sin duda, la *prorrogatio fori* viene a ser una vía a través de la cual se produce una ampliación de la carga de competencia judicial civil internacional respecto al tribunal señalado. Encontrando como la otra cara de la moneda, la *derogatio fori* que vendría a ser la vía mediante la cual se produce una disminución del volumen normal de competencia judicial civil internacional. Así, si la *prorrogatio* es la cara y la parte positiva, la *derogatio* es la cara o parte negativa en la atribución y ampliación de la competencia judicial civil internacional.<sup>289</sup> Sin duda, toda *prorrogatio fori* conlleva una *derogatio fori*. Estas figuras obviamente sólo se predicen de los foros que sean calificados como disponibles en razón de la materia a la que dan sustento y realidad. De esta forma, mantenemos que no cabe una prórroga de la competencia judicial civil internacional respecto de foros considerados como “exclusivos” por la normativa competencial. Como señala Staellens Guillot “con excepción de esos supuestos de competencia exclusiva, es importante analizar si las partes tienen o no la facultad de deslindar una jurisdicción para conocer de sus eventuales controversias”.<sup>290</sup> Así, un primer límite a la autonomía de la voluntad de las partes viene impuesto por la disponibilidad de la competencia (debe ser prorrogable, aspecto que se reduce a la competencia territorial); un segundo límite a la autonomía de la voluntad es que no se trate dentro de esta competencia territorial de una competencia marcada por la normativa competencial como exclusiva (por ejemplo, bienes inmuebles). De esta forma, la sumisión no puede operar sobre materias consideradas como competencias exclusivas, es decir, respecto a materias donde la soberanía de los Estados está patente. Así, afirmamos que la sumisión operaría como un foro alternativo en la determinación de la competencia judicial civil internacional, posibilitando la ampliación de la competencia; en este orden de ideas, sostendemos que encuentra una limitación en cuanto topa con expedientes de competen-

<sup>289</sup> Véase en este sentido al profesor Espinar Vicente que hace referencia al efecto positivo de sumisión o *prorrogatio fori* y al efecto negativo de la abrogación de otra u otras competencias o *derogatio fori*. Espinar Vicente, J. M., *op. cit.*, nota 77, p. 64.

<sup>290</sup> Véase Staellens Guillot, P., *loc. cit.*, nota 23, p. 69. Este autor señala que “los únicos requisitos para su validez son la necesidad de una relación internacional y la existencia de una vinculación seria entre la jurisdicción deslindada y la relación jurídica”.

cias exclusivas. La sumisión expresa o tácita cabe en aquellos expedientes contenciosos donde la materia sea considerada de libre disposición para las partes y sobre competencias prorrogables.

En relación con el primer límite encontramos que en el caso de la República mexicana “la jurisdicción del territorio es la única que se puede prorrogar”, en este sentido encontramos los artículos 135 del CPC de Aguascalientes; 150 del CPC de Baja California; 149 del CPC de Baja California Sur; 142 del CPC de Campeche; 27 del CPC de Coahuila; 148 del CPC de Colima; 151 del CPC de Chiapas; 150 del CPC de Chihuahua; 149 del CPC de Durango; 29 del CPC de Guanajuato; 18 y 30 del CPC de Guerrero; 147 del CPC de Hidalgo; 154 del CPC de Jalisco; 1.33 del CPC de México; 156 del CPC de Michoacán; 24 del CPC de Morelos; 26 del CPC de Nayarit; 140 del CPC de Oaxaca; 147 del CPC de Querétaro; 150 del CPC de Quintana Roo; 27 del CPC de Tabasco, y 179 del CPC de Tamaulipas.

En el orden de ideas de las limitaciones de la sumisión, en sus dos vertientes, debemos afirmar que ésta opera únicamente para expedientes de jurisdicción contenciosa y no para jurisdicción voluntaria. Sólo en aquellos procedimientos donde rija el principio de contradicción, podemos mantener la existencia de la sumisión como tentativo criterio atributivo de la competencia judicial civil internacional.

Por otro lado, advertimos que para que exista sumisión, y a pesar del silencio de la normativa competencial, se entiende que los tribunales elegidos por el actor para presentar su demanda no son los originalmente competentes en virtud de ningún otro punto de conexión de la norma de competencia judicial civil internacional, de ningún otro foro contemplado en el CPC del Distrito Federal o de las restantes entidades federativas. De lo que se trata es que la sumisión prorrogue (*prorrogatio fori*) la competencia de un tribunal inicialmente incompetente, que las partes lo hagan competente superando su inicial incompetencia.

Cabe mencionar que contamos con dos tipos de prórroga. En este sentido se habla de una prórroga *ante litem natam* y una prórroga *post litem natam*.<sup>291</sup> Respecto a la primera, se afirma que se predica “aunque la prórroga puede ser acordada separadamente del contrato principal, lo usual es pactarla como cláusula incorporada al mismo contrato, para dirimir las

<sup>291</sup> En este sentido se pronuncia Boggiano, A., *op. cit.*, nota 52, pp. 156-158.

eventuales controversias que el negocio pudiese suscitar”.<sup>292</sup> Respecto a la segunda tipología, se afirma que se produce durante o después de suscitarse los hechos litigiosos entre las partes conectadas por una relación jurídica.

Para ir concluyendo con esta introducción, creemos necesario considerar los efectos que la sumisión (expresa/táctica) causa en la esfera del reconocimiento y ejecución extraterritorial de las sentencias pronunciadas tras la materialización de dicha figura. Para dar una rápida respuesta a esta cuestión, encontramos la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, cuyo artículo 1o. señala:

...con el fin de obtener la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras se considerará satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional cuando el órgano jurisdiccional de un Estado parte que ha dictado sentencia hubiera tenido competencia de acuerdo con las siguientes disposiciones: A. En materia de acciones personales de naturaleza patrimonial debe satisfacerse alguno de los siguientes supuestos, o lo previsto en la sección D de este artículo, si fuere el caso: 4. En materia de fueros renunciables que el demandado haya aceptado por escrito la competencia del órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia; o si, a pesar de haber comparecido en el juicio, no haya cuestionado oportunamente la competencia de dicho órgano.

De todo lo afirmado, encontramos que en el contexto mexicano no debe haber problema en otorgar reconocimiento y ejecución a una sentencia pronunciada por un juez declarado competente en función de una sumisión (expresa o tácita) propiciada por las partes; tampoco debe topar con un obstáculo para obtener reconocimiento y ejecución una sentencia mexicana cuando el tribunal de origen se declaró competente por la común voluntad de las partes.

Para finalizar con este apartado, queremos reproducir el texto del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de la República Argentina que señala en su artículo 17:

<sup>292</sup> *Idem*. Este autor afirma que “la prórroga ante *litem natam* cumple paradigmáticamente la función preventiva de conflictos de jurisdicción internacional”.

Acuerdo de elección de foro. En materia patrimonial, salvo que tuvieran jurisdicción exclusiva los tribunales de la República, son competentes los tribunales elegidos por las partes. La elección puede hacerse por cualquier medio de comunicación que permita asegurar la identidad de las partes y la aprobación del contenido del acuerdo por cada una de ellas.

## 2. *Sumisión o prórroga tácita*

Por lo que a la sumisión tácita se refiere, podemos ver que ésta consiste *a priori* en un pacto (diferido) realizado entre las partes implicadas en una relación jurídica. Este pacto se refiere al señalamiento concurrente del tribunal competente para conocer y resolver del fondo de un litigio surgido entre ellas. Hasta ahora, nada que pueda diferenciar a la sumisión tácita de la expresa. Ahora bien, el pacto tácito, a diferencia de la sumisión expresa, está implícito y se confiere de forma diferida, originándose durante el proceso judicial, nunca antes.<sup>293</sup> Estamos ante la manifestación de la voluntad de las partes a través de su comportamiento procesal. Comportamiento que debe ser inequívoco para y por las partes involucradas en dicho proceso.<sup>294</sup>

Una de las principales funciones que presenta la sumisión tácita es evitar el levantamiento de objeciones a la competencia en distintos momentos procesales, resolviendo y zanjando esa cuestión desde el principio. En este sentido, y como atinadamente sostienen Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, “se garantiza la economía procesal, y se impiden,

<sup>293</sup> Los profesores Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., señalan que la sumisión tácita es “un pacto entre las partes de una relación jurídica en cuya virtud éstas determinan el *órgano jurisdiccional* que será competente para conocer del litigio que enfrenta a tales partes. Dicho pacto es *implícito* (=no consta previamente, ni de forma oral ni por escrito), y se verifica, siempre durante el proceso judicial. Si el pacto es *anterior al proceso*, no existe “sumisión tácita” o “submission”, sino que existirá, en su caso, una “sumisión expresa” o “prorrogation of jurisdiction”. Véase “La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el artículo 24 del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000”, *Internacional Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2004.

<sup>294</sup> Véase Pérez Vera, E. *et al.*, *op. cit.*, nota 46, pp. 361 y 362, y Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, nota 29, p. 225. Estos últimos autores señalan que “la otra forma en la que puede jugar la autonomía de la voluntad en esta sede es como criterio de atribución de CJI mediante determinados comportamientos procesales. El legislador presupone que esos comportamientos implican la voluntad de someterse a sus tribunales”.

además de dilaciones oportunistas, estrategias procesales *secundum eventum litis*".<sup>295</sup>

Los elementos constitutivos que conllevan la afirmación de esta figura, según la regulación autónoma, son *a priori* claros y sencillos. En primer lugar, se requiere la presentación de la demanda por parte del actor (lo que podemos denominar como primer elemento constitutivo de la sumisión tácita).<sup>296</sup> En los CPC de las entidades federativas y del Distrito Federal se afirma en su primera fracción que se entienden sometidos tácitamente: "I) el demandante por el hecho de ocurrir al juez entablando su demanda".<sup>297</sup> Aunado al anterior requisito, entendemos que se necesita la realización de cualquier gestión o acto procesal por parte del demandado, una vez personado ante el tribunal, que no suponga la impugnación de la competencia del tribunal en cuestión (segundo elemento constitutivo de dicha sumisión).<sup>298</sup> De este modo, la fracción II de los CPC señala: "II) el demandado por contestar la demanda o por reconve-

<sup>295</sup> Cfr. Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, nota 29, p. 227.

<sup>296</sup> En este sentido encontramos a los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González quienes señalan que la comparecencia del demandado es, junto con la presentación de la demanda, el otro elemento constitutivo de la sumisión tácita, Cfr. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., "La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el artículo 24 del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre 2000", *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2004.

<sup>297</sup> Esta fracción I se añade en el artículo 139 del CPC de Aguascalientes, en el artículo 154 del CPC de Baja California, en el artículo 153 del CPC de Baja California Sur, en el artículo 141 del CPC de Campeche, que añade que "no sólo para ejercitarse su acción, sino también para contestar a la reconvenCIÓN que se le oponga", en el artículo 27 del CPC de Coahuila, en el artículo 152 del CPC de Colima, en el artículo 155 del CPC de Chiapas, en el artículo 154 del CPC de Chihuahua, en el artículo 153 del CPC del Distrito Federal, en el artículo 153 del CPC de Durango, en el artículo 29 del CPC de Guanajuato, en el artículo 30 del CPC de Guerrero, en el artículo 151 del CPC de Hidalgo, en el artículo 158 del CPC de Jalisco, en el artículo 1.36 del CPC de México, en el artículo 160 del CPC de Michoacán, en el artículo 26 del CPC de Morelos, en el artículo 29 del CPC de Nayarit, en el artículo 108 del CPC de Nuevo León, en el artículo 144 del CPC de Oaxaca, en el artículo 151 del CPC de Querétaro, en el artículo 154 del CPC de Quintana Roo, en el artículo 152 del CPC de San Luis Potosí, en el artículo 97.V del CPC de Sonora, en el artículo 149 del CPC de Sinaloa, en el artículo 27 del CPC de Tabasco, en el artículo 184 del CPC de Tamaulipas, en el artículo 148 del CPC de Tlaxcala, en el artículo 112 del CPC de Veracruz, y en el artículo 71 del CPC de Yucatán.

<sup>298</sup> Cfr. Calvo Caravaca, A. L., *op. cit.*, nota 40, p. 42 quien sostiene que "se produce sumisión tácita por la presentación de la demanda por parte del demandante y la comparecencia del demandado ante el tribunal, siempre que tal comparecencia no tuviera por objeto impugnar la competencia judicial internacional".

nir al actor”.<sup>299</sup> En este orden de ideas, el profesor Silva señala que la actuación del demandado debe ser de una comparecencia sin reserva.<sup>300</sup>

La unión de las dos primeras fracciones deriva en la existencia de un “concurso de voluntades”,<sup>301</sup> de una “conurrencia de voluntades” entre el demandante y el demandado que da como resultado la materialización de la sumisión tácita.

Varias puntualizaciones creemos oportuno realizar en este momento respecto a la fracción II de estos artículos.

La primera es sostener que si el demandado impugna, no la competencia judicial civil internacional, sino la competencia por razón de la materia, del grado o de la cuantía del tribunal elegido por el actor, se estaría produciendo y materializando la sumisión tácita en lo que a la esfera de la competencia judicial civil internacional se refiere. La no impugnación activa y expresa de la competencia judicial civil internacional, estimamos que, en lo que concierne al DIPr, se consumaría la sumisión tácita.

Como segunda afirmación, vemos que esta fracción recoge la figura de la reconvención, la cual ha sido definida por Ovalle Favela como “la actitud más enérgica del demandado: éste no se limita a oponer obstáculos procesales o a contradecir el derecho material alegado por el actor en su demanda, sino que, aprovechando la relación procesal ya establecida,

<sup>299</sup> Esta fracción II se añade en el artículo 139 del CPC de Aguascalientes, en el artículo 154 del CPC de Baja California, en el artículo 153 del CPC de Baja California Sur; en el artículo 141 del CPC de Campeche que añade “a no ser que al ejecutar estos actos se reserve el derecho de solicitar la inhibitoria, o proteste expresamente no reconocer en el juez más jurisdicción que la que por derecho le compete”; en el artículo 27 del CPC de Coahuila, en el artículo 152 del CPC de Colima, en el artículo 155 del CPC de Chiapas, en el artículo 154 del CPC de Chihuahua, en el artículo 153 del CPC del Distrito Federal, en el artículo 153 del CPC de Durango, en el artículo 29 del CPC de Guanajuato, en el artículo 30 del CPC de Guerrero, en el artículo 151 del CPC de Hidalgo, en el artículo 158 del CPC de Jalisco, en el artículo 1.36 del CPC de México, en el artículo 160 del CPC de Michoacán, en el artículo 26 del CPC de Morelos, en el artículo 29 del CPC de Nayarit, en el artículo 108 del CPC de Nuevo León, en el artículo 144 del CPC de Oaxaca, en el artículo 151 del CPC de Querétaro, en el artículo 154 del CPC de Quintana Roo, en el artículo 152 del CPC de San Luis Potosí, en el artículo 97.V del CPC de Sonora, en el artículo 149 del CPC de Sinaloa, en el artículo 27 del CPC de Tabasco, en el artículo 184 del CPC de Tamaulipas, en el artículo 148 del CPC de Tlaxcala, en el artículo 112 del CPC de Veracruz, y en el artículo 71 del CPC de Yucatán.

<sup>300</sup> *Cfr.* Silva, J. A., *op. cit.*, nota 24, p. 108.

<sup>301</sup> Véase Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *loc. cit.*, nota 296, p. 54.

formula una *nueva pretensión* contra el actor”.<sup>302</sup> De esta forma, uno de los elementos de la sumisión tácita es cuando el demandante se convierte en demandado reconvencional; es decir, el demandado presenta su “demanda reconvencional” y el demandante contesta sobre el fondo, sin impugnar la competencia del juez.

Por su parte, en esta misma fracción se posibilita que el demandado conteste la demanda. Esta comparecencia ha sido determinada como “la presencia legal del demandado en el proceso, presencia que lo faculta para ejercer los aspectos procesales que le corresponde como parte en el proceso”.<sup>303</sup>

Con alguna pequeña variación, la fracción III de los CPC señala que “el que habiendo promovido una competencia se desiste de ella”.<sup>304</sup>

Por último, la fracción IV, que también sufre alguna variación en algunos CPC, señala que “el tercer opositor y el que por cualquier motivo viniere al juicio”.<sup>305</sup>

<sup>302</sup> Cfr. Ovalle Favela, J., *Derecho Procesal Civil*, 8a. ed., Oxford, México, 2001, p. 105.

<sup>303</sup> Cfr. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *loc. cit.*, nota 296, p. 55.

<sup>304</sup> Esta fracción III se añade en el artículo 139 del CPC de Aguascalientes, en el artículo 154 del CPC de Baja California, en el artículo 153 del CPC de Baja California Sur, en el artículo 141 del CPC de Campeche, en el artículo 27 del CPC de Coahuila, en el artículo 152 del CPC de Colima, en el artículo 155 del CPC de Chiapas, en el artículo 154 del CPC de Chihuahua, en el artículo 153 del CPC del Distrito Federal, en el artículo 153 del CPC de Durango, en el artículo 29 del CPC de Guanajuato, en el artículo 30 del CPC de Guerrero, en el artículo 151 del CPC de Hidalgo, en el artículo 158 del CPC de Jalisco, en el artículo 1.36 del CPC de México; falta esta fracción en el 160 del CPC de Michoacán, en este caso señala “III. El demandado que habiendo sido legalmente emplazado, no opusiere la excepción de incompetencia dentro del término legal”; en el artículo 26 del CPC de Morelos, en el artículo 29 del CPC de Nayarit, en el artículo 108 del CPC de Nuevo León, en el artículo 144 del CPC de Oaxaca, en el artículo 151 del CPC de Querétaro, en el artículo 154 del CPC de Quintana Roo, en el artículo 152 del CPC de San Luis Potosí, en el artículo 97.V del CPC de Sonora, en el artículo 149 del CPC de Sinaloa, en el artículo 27 del CPC de Tabasco, en el artículo 184 del CPC de Tamaulipas, en el artículo 148 del CPC de Tlaxcala y en el artículo 112 del CPC de Veracruz. Falta este numeral en el artículo 71 del CPC de Yucatán.

<sup>305</sup> Esta fracción IV se añade en el artículo 139 del CPC de Aguascalientes, en el artículo 154 del CPC de Baja California, en el artículo 153 del CPC de Baja California Sur, en el artículo 141 del CPC de Campeche, en el artículo 27 del CPC de Coahuila, en el artículo 152 del CPC de Colima, en el artículo 155 del CPC de Chiapas, en el artículo 154 del CPC de Chihuahua, en el artículo 153 del CPC del Distrito Federal, en el artículo 153 del CPC de Durango; en el artículo 151 del CPC de Hidalgo, en el artículo 158 del CPC de Jalisco, en el artículo 1.36 del CPC de México, en el artículo 26 del CPC

Además de estas cuatro causales, encontramos que algunos CPC las aumentan a cinco; este es el caso del CPC de Nayarit en su artículo 29 que señala: “V. El que interpusiere algún recurso, salvo el caso de que éste se promueva impugnando la incompetencia del juez”.

Fuera del ámbito competencial autónomo, y adentrándonos en el terreno convencional positivo mexicano, encontramos esta posibilidad atributiva de competencia en el artículo 8o. de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias. En este artículo se observa cómo después de establecer una serie de foros alternativos (residencia habitual del acreedor de alimentos, residencia habitual del deudor de alimentos, domicilio del acreedor, domicilio del deudor o donde el deudor tenga bienes o vínculos personales), se señala la posibilidad de hacer competente a un tribunal a través de la materialización de la sumisión tácita.<sup>306</sup> De esta forma, se amplía la competencia judicial civil internacional a través de la sumisión tácita de un total de seis foros a un número indeterminado. La previsión de la sumisión tácita en este instrumento convencional, si bien disminuye la posibilidad de crear un foro de necesidad, una denegación de justicia, también puede propiciar la generación de un foro exorbitante. Si bien no es muy probable que se genere dicho foro por la presencia de una parte débil en la relación jurídica (el acreedor de alimentos), tampoco puede desdeñarse por completo. Si bien podemos pensar que la generación es a favor de un foro de protección, no cabe

de Morelos, en el artículo 29 del CPC de Nayarit, en el artículo 108 del CPC de Nuevo León, en el artículo 144 del CPC de Oaxaca, en el artículo 151 del CPC de Querétaro, en el artículo 154 del CPC de Quintana Roo, en el artículo 152 del CPC de San Luis Potosí, en el artículo 97.V del CPC de Sonora, en el artículo 149 del CPC de Sinaloa, en el artículo 184 del CPC de Tamaulipas, en el artículo 148 del CPC de Tlaxcala, en el artículo 112 del CPC de Veracruz, en el artículo 71 del CPC de Yucatán. Falta este numeral en el artículo 29 del CPC de Guanajuato, en el artículo 30 del CPC de Guerrero y en el artículo 27 del CPC de Tabasco.

<sup>306</sup> Artículo 8 de la Convención Interamericana que señala: “Serán competentes en la esfera internacional para conocer de las reclamaciones alimentarias, a oposición del acreedor: a) El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b) El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor; c) El juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos, u obtención de beneficios económicos. Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, se considerarán igualmente competentes las autoridades judiciales o administrativas de otros Estados a condición de que el demandado en el juicio, hubiera comparecido sin objetar la competencia”.

descartar la remota posibilidad de generar un foro exorbitante cuando la sumisión se produce a favor de un tribunal con escasa vinculación.

Lejos de esta pequeña reflexión, podemos señalar que de cualquier forma la sumisión tácita supone el otorgamiento de una interesante ventaja competencial al demandado. Tras la actuación del actor eligiendo un foro diferente al señalado, el demandado puede elegir entre: *a*) someterse al foro pactado contractualmente, objetando la competencia del tribunal elegido por el actor para presentar la demanda o, *b*) someterse al foro elegido con posterioridad por el demandante, compareciendo y contestando, materializando con esta actitud procesal la sumisión tácita. Así, la doble actitud del demandado es comparecer y contestar, o bien, comparecer y objetar, según le convenga un foro u otro.

En este orden de ideas, afirmamos que el demandado puede adoptar una tercera posición procesal. De esta forma, lejos de comparecer y contestar u objetar, una vez emplazado,<sup>307</sup> puede declararse en rebeldía objetiva “estratégica”.<sup>308</sup> Ante esta nueva posibilidad procesal nuestra pregunta es si el tribunal mexicano ante el que se presenta una demanda, no siendo inicialmente competente, declarará su competencia o incompetencia ante la presentación de una demanda y la posición de rebeldía presentada por el demandado. En este sentido, y como afirma el profesor Ovalle Favela, “la contestación a la demanda es sólo una carga y no una obligación, por lo que su omisión no trae como consecuencia una sanción, sino una situación jurídica desfavorable para el que no ha comparecido”.<sup>309</sup> No creemos que se pueda sostener la competencia judicial civil internacional de un tribunal mexicano mediando rebeldía objetiva del de-

<sup>307</sup> Para el profesor Ovalle Favela “*emplazar* en términos generales, significa conceder un plazo para la realización de determinada actividad procesal... En eso consiste el emplazamiento del demandado, que, como puede observarse, consta de dos elementos: 1. Una notificación, por medio de la cual se hace saber al demandado que se ha presentado una demanda en su contra y que ésta ha sido admitida por el juez, y 2. Un emplazamiento en sentido estricto, el cual otorga al demandado un plazo para que conteste la demanda”, véase Ovalle Favela, J., *op. cit.*, nota 302, p. 62.

<sup>308</sup> Siguiendo al profesor Ovalle “para que el juez pueda hacer la declaración de que el demandado ha asumido una actitud de rebeldía o contumacia, o más brevemente, para que pueda hacer la declaración de rebeldía, debe revisar que los presupuestos siguientes se hayan cumplido. 1. El emplazamiento... 2. El transcurso del plazo concedido en el emplazamiento, sin que el demandado haya contestado la demanda (artículo 271, primer párrafo)”. *Idem*.

<sup>309</sup> *Ibidem*, p. 106.

mandado y sin que exista otro criterio atributivo de competencia que señale a ese tribunal. Una cosa es que con la rebeldía se produzca la *confesión ficta* y otra es que se produzca la aceptación de la competencia judicial civil internacional; es decir, una cosa es presumir ciertos hechos (cuestión de fondo) y otra muy distinta es presumir la aceptación de la competencia judicial civil internacional (cuestión procesal) a raíz de la rebeldía objetiva.<sup>310</sup>

El profesor Silva atinadamente sostiene que “no obstante, podemos afirmar que la no contestación a la demanda presentada en México no presume sometimiento tácito al tribunal mexicano, el cual, ante la falta del citado presupuesto procesal, debe declararse incompetente”.<sup>311</sup> En este orden de ideas, se pregunta si “será posible que en aquellos casos en que según la ley se presuman ciertos los hechos de la demanda, también se pueda presumir el sometimiento tácito a la competencia del tribunal” a lo que responde que “no es lo mismo “presumir ciertos hechos de la demanda” (el elemento fáctico en que se apoya la pretensión), que *presumir como cierto la aceptación de la competencia*”; lo anterior le conduce a afirmar que resulta “ilógico aceptar la competencia de un tribunal por mera incontestación de la demanda”.<sup>312</sup>

En este sentido se encaminan las afirmaciones de un autor chileno, quien señala que “no se entenderá que hay sumisión cuando el proceso se siguiere en rebeldía”.<sup>313</sup> De igual pronunciamiento encontramos a autores españoles como Aguilar Benítez de Lugo, quien afirma que “se requiere una actitud positiva del demandado que revele su voluntad de otorgar competencia al tribunal elegido por el demandante; al igual que en el régimen comunitario, la no comparecencia no significa sumisión”,<sup>314</sup> o como Virgós Soriano y Garcimartín Alférez señalan:

...si los tribunales españoles no poseen CJI, el demandado puede impugnar eficazmente esta competencia y los tribunales españoles deberán inhibirse: el actor no tiene derecho y el demandado no soporta la carga de defenderse

<sup>310</sup> En este sentido encontramos a Ovalle Favela, J., *op. cit.*, nota 302, pp. 108 y 109, y al profesor Silva, J. A., *op. cit.*, nota 24, p. 109.

<sup>311</sup> Véase Silva, J. A., *loc. cit.*, nota 32, p. 27.

<sup>312</sup> Véase Silva, J. A., *op. cit.*, nota 24, p. 110, y Silva, J. A., *loc. cit.*, nota 32, p. 27.

<sup>313</sup> Véase Ríos de Marimón, H., *op. cit.*, nota 78, p. 168.

<sup>314</sup> Véase Aguilar Benítez de Lugo, M., *et al.*, *op. cit.*, nota 44, p. 99.

sobre el fondo; es más, en este último supuesto, los jueces españoles deberían inhibirse *ex officio* si el demandado no se persona en el proceso.<sup>315</sup>

En resumen, estimamos lógico considerar que en el caso de “no comparecencia del demandado” ante los tribunales mexicanos derive irremediablemente en la falta de sumisión tácita. Lo anterior ya que dicha falta refleja una ausencia de la voluntad del demandado de litigar ante los tribunales mexicanos. En este caso, consideramos que los tribunales mexicanos (como cualquier otro tribunal) se deben declarar *de oficio* incompetentes. Siendo esta la regla general, afirmamos que la excepción a dicha afirmación se produce cuando los tribunales mexicanos poseen, en virtud de la norma de competencia judicial civil internacional del sistema mexicano, un punto de conexión que le atribuya competencia judicial civil internacional.

La indiscutible ventaja que se alcanza con el mantenimiento de la sumisión tácita se puede resumir en la elección del tribunal nacional mejor ubicado para conocer y resolver las disputas surgidas con las partes (el llamado *Better Court Perspective*).<sup>316</sup>

Por lo que se refiere al Proyecto de Código Modelo de Derecho Internacional Privado mexicano, podemos observar que contempla la figura de la sumisión tácita y lo hace en los siguientes términos:

...tratándose de foros renunciables es competente la autoridad mexicana si el demandado aceptó por escrito la competencia de la autoridad mexicana renunciando claramente a la originaria; o si, a pesar de haber comparecido en el juicio, no haya cuestionado oportunamente la competencia de dicha autoridad. El tribunal mexicano sólo admitirá la competencia si en su foro se encuentra el lugar de la obligación, el domicilio de alguno de los litigantes o la cosa objeto de la controversia.

Varias notas se desprenden de la previsión de la sumisión tácita en este proyecto: *a)* debe tratarse de foro renunciable, es decir, de materia disponible para la autonomía de la voluntad de las partes; *b)* debe aceptarse por escrito y mediando una renuncia expresa a la competencia anterior.

<sup>315</sup> Confróntense estas afirmaciones en Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, nota 29, p. 195.

<sup>316</sup> Véase en esta línea de pensamiento a los profesores Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *loc. cit.*, nota 296, p. 51.

Sobre este punto señalamos que parece abundar en lo obvio ya que la sumisión tácita en cuanto acto procesal posterior deroga la sumisión expresa anterior. Cualquier renuncia expresa a un foro previamente elegido estimamos que está de más; c) para aceptar esta figura deben reunirse tres requisitos: el de la escritura, el de la renuncia expresa, y un tercero que recae sobre la necesidad de que sea el lugar de la obligación, el del domicilio de alguno de los litigantes o el de la cosa objeto de la controversia.

Por su parte, la Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay señala en su artículo 54 que:

...sin perjuicio de las normas a este respecto contenidas en los tratados internacionales y en defecto de ellas, los tribunales de la República tendrán jurisdicción en la esfera internacional: H) Cuando el demandado, después de promovida la acción comparezca en el proceso ejerciendo actos positivos de defensa, sin cuestionar la jurisdicción internacional del tribunal de la República en el momento procesal pertinente.

Para finalizar, nos preguntamos cómo opera la sumisión tácita cuando se trata de prorrogar/derogar la vía ordinaria y la arbitral. Hasta este momento hemos analizado la sumisión tácita cuando se pone en una relación prorrogación/derogación la vía ordinaria. El punto de origen es afirmar que por medio de la sumisión expresa se puede designar tanto un sistema judicial como un sistema arbitral para la resolución del fondo de una controversia, y que después de señalado el sistema de resolución de las controversias las partes prefieran acudir a otro. Dos supuestos nos vienen a la mente:

a) Cuando en el contrato la cláusula de elección de foro señala como competentes a los tribunales nacionales (los tribunales mexicanos); surgida la controversia el demandante presenta su solicitud ante una instancia arbitral (CCI/AAA/CIADI/CAM o cualquier otra) y la actuación procesal del demandado, lejos de ser la objeción a la competencia, es la contestación y comparecencia ante el foro arbitral; ¿se materializa una sumisión tácita a favor de la institución arbitral?

b) Cuando en el contrato la cláusula de elección de foro señala como competentes un foro arbitral, y presentada la disputa el demandante acude a los tribunales ordinarios (tribunales mexicanos) y el demandado, como en el supuesto anterior, comparece y contesta. Nos preguntamos si se llega a materializar la sumisión tácita a favor del tribunal ordinario.

Por lo que hace a la primera posibilidad, nos inclinamos a pensar que no se materializa la figura de la sumisión tácita a favor de la institución arbitral. Para sostener la anterior afirmación creemos necesario retroceder al análisis del principio vertebral del arbitraje, el cual consiste en la necesidad de que el consentimiento de las partes debe manifestarse por escrito. Principio que, a nuestro entender, refleja la necesidad de seguridad jurídica; recordemos que la sumisión al arbitraje, o a cualquier otro medio alterno de resolución de controversias (negociación, mediación o conciliación) supone la derogación de los tribunales nacionales previa y legalmente señalados por la normativa competencial. Partimos de afirmar que la necesaria prestación del consentimiento por escrito se flexibiliza al no exigirse que éste deba realizarse en un mismo momento ni en un único documento, siendo posible que se realice en forma diferida por las partes y en varios documentos. Pudiera pensarse que la prestación del consentimiento por escrito queda cubierta en esta primera posibilidad por la presentación de la demanda por parte del actor y la contestación de la misma por el demandado. Sin duda, estamos ante dos actuaciones procesales que se realizan necesariamente por escrito; ahora bien, a pesar de la escritura de ambas actuaciones procesales, no creemos que se trate del “consentimiento escrito” que exige el Convenio de Nueva York (artículo II.1) o el Convenio de Panamá (artículo 1o.). Si bien se admite el consentimiento diferido, no creemos que la escritura de la presentación y de la contestación a la demanda sea el equivalente necesario para determinar que es el consentimiento escrito exigido por seguridad jurídica. Creer que se produce una sumisión tácita con la consecución de estos dos actos procesales (presentación de demanda por escrito y contestación por escrito) es forzar el requisito del “consentimiento escrito” normativamente exigido.

En el segundo caso, asistimos a una postura con resultado diametralmente diferente; estimamos que se pueden predicar los mismos efectos de la sumisión tácita respecto a la declaración de competencia judicial civil internacional entre la vía ordinaria y la vía arbitral. En el caso de los tribunales ordinarios no se impone la necesidad de dar un consentimiento por escrito para declarar su competencia, basta la presentación de una demanda y la contestación por el demandado para que se materialice su competencia judicial civil internacional. De tal forma que el pacto posterior tácito deroga al anterior; de esta forma la *prorrogatio fori* y la *deroga-*

*gatio fori* operan con los mismos principios y limitaciones entre tribunal ordinario-tribunal ordinario y entre tribunal arbitral-tribunal ordinario, pero no creemos que opere entre tribunal ordinario-tribunal arbitral.

De forma resumida, afirmamos que los efectos de la sumisión tácita operan sin problemas entre dos tribunales ordinarios, o entre un tribunal arbitral y uno ordinario cuando el tribunal arbitral es el foro derogado y el tribunal ordinario el foro prorrogado. No operan los efectos de la sumisión tácita cuando el foro prorrogado pretende ser el arbitral y el derogado el ordinario. Razones de seguridad y de predeterminación legal de la competencial pueden ser aliados a la hora de justificar nuestra postura.

El mínimo común denominador en ambas hipótesis apunta a la posibilidad de derogar la cláusula competencial inserta en el contrato. Máxime cuando se está hablando de contratos de larga duración donde los intereses de las partes por someterse a un determinado foro pueden haber mutado. En este orden de ideas, debemos situar los efectos de la sumisión tácita. Afirmamos que la duración de la cláusula contractual de elección de foro no es infinita ni su contenido obliga *ad perpetuam*; de esta forma, nos situamos en que esta cláusula no obliga a las partes para toda la vida y para toda su relación contractual. Por el contrario, dicha cláusula puede ser modificada (tantas veces sea necesario) por la común y concurrente voluntad de las partes.

Uniendo las dos afirmaciones vertidas, concluimos que en el primer caso (foro ordinario “derogado” con la intención de obtener un posterior foro arbitral “prorrogado”) se vuelve imprescindible la existencia de otra cláusula (independiente y posterior) dada por escrito (firmada en un mismo momento o de forma diferida), en la cual conste la concurrente voluntad de cambiar la elección de foros inicialmente realizada. En el segundo caso (foro arbitral “derogado” con el objetivo de someterse a un foro ordinario que resultaría el “prorrogado”) no es necesario el requisito de la redacción de una nueva cláusula de sumisión y elección de un nuevo foro. Si bien no estaría de más en aras de obtener una mayor claridad en la determinación de la voluntad de las partes, no creemos que sea un requisito necesario. En este segundo caso es necesaria la presentación de una demanda por el actor en un tribunal ordinario y la posterior presentación y comparecencia del demandado ante ese mismo tribunal para que la sumisión tácita surta plenos efectos.

Para finalizar con este apartado, debemos mencionar el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado mexicano, el cual señala en su artículo 18 “prórroga tácita. Son también competentes los tribunales del país donde se haya iniciado la acción, salvo la jurisdicción exclusiva de los tribunales de la República, cuando el demandado comparezca en el proceso sin cuestionar la jurisdicción en el momento procesal oportuno”.

### *3. Sumisión o prórroga expresa*

La prórroga expresa recibe también el nombre de “cláusula o pacto de foro prorrogando”,<sup>317</sup> o de “cláusula de fero convencional”.<sup>318</sup>

Esta prórroga surge del pacto o acuerdo expreso de las partes canalizado a través de la inserción de una cláusula en un contrato principal o como un contrato derivado de un contrato principal. En este sentido, el artículo 69 del CPC de Yucatán señala que “hay sumisión expresa cuando los interesados designan con toda precisión el juez a quien someten al conocimiento del negocio”.

Esta cláusula expresa de elección de foro puede ser pactada antes o después de generarse el conflicto, bien como previsión o bien como solución. En este orden de ideas, sostenemos que la sustitución de esta cláusula de resolución de controversias, pactada de forma expresa en el contrato, se produce en el momento en que las partes deciden cambiar el rumbo de su inicial manifestación de la autonomía de la voluntad, pudiendo ser este cambio realizado de forma expresa o tácita.

Respecto a la forma que debe revestir la sumisión expresa, el profesor Silva ha señalado que “nuestras leyes sólo emplean la palabra «expresamente» que como se sabe, no significa lo mismo que «escrito» pues hay casos en que una voluntad puede ser expresa, sin necesidad de ser escrita”.<sup>319</sup> Apartándonos de estas afirmaciones, creemos que en aras de potenciar una necesaria seguridad jurídica debe entenderse que la sumisión expresa debe significar necesariamente su escritura. En este sentido encontramos el artículo 27 del CPC de Coahuila el cual establece el requisito de la escritura de manera expresa:

<sup>317</sup> *Cfr. Silva, J. A., loc. cit., nota 32, p. 28, y Silva, J. A., op. cit., nota 24, p. 106.*

<sup>318</sup> *Cfr. Silva, J. A., loc. cit., nota 32, p. 28, y Silva, J. A., op. cit., nota 24, p. 106.*

<sup>319</sup> Véase Silva, J. A., *loc. cit.*, nota 32, p. 28.

Hay prórroga expresa siempre y cuando medie acuerdo *por escrito* referido a un asunto determinado que no sea del orden familiar o del estado civil o condición de las personas, mediante el cual los interesados renuncien clara y terminantemente al fuero que la ley les concede y designen con toda precisión al juez a quien se someten;...

De igual tenor es el artículo 24 del CPC de Morelos: “Prórroga de competencia. La competencia por razón de territorio es la única que se puede prorrogar, por acuerdo que *conste por escrito* y referido a asuntos determinados; excepto en los juicios sobre el estado civil de las personas”.

Respecto al contenido de dicho acuerdo expreso, el elemento mínimo e indispensable es la constancia indubitable del foro elegido para resolver la controversia, manifestación de una común voluntad de las partes implicadas en la relación jurídica. A este requisito el profesor Silva ha añadido la constancia de la *litis* que se someterá; en este sentido, ha señalado que “aunque no parece estar muy expreso en la ley, es evidente que en el convenio de prórroga (que mejor sería decir sumisión), también se debe incluir la relación jurídica o la *litis* que ha de someterse a un foro diverso”.<sup>320</sup> Sea cual sea la postura sobre el contenido mínimo que debe tener esta cláusula expresa de elección de foro, lo que es indiscutible es que debe contener los datos necesarios para evitar ambigüedades o confusiones en el señalamiento del foro. Debe evitarse la redacción de cláusulas patológicas/desastrosas que pudieran derivar en una dilación innecesaria (e incluso fraudulenta) de una inicial etapa procesal.<sup>321</sup>

<sup>320</sup> *Idem.*

<sup>321</sup> A pesar de que estos nombres adquieren mayor autoridad en el seno del arbitraje comercial internacional creemos que pueden ser traspoladas en el contexto de los contratos en general. En este sentido encontramos la delimitación entre cláusula patológica y cláusula desastrosa en Guerrero del Río, R., “Algunas reflexiones sobre la cláusula compromisoria en el arbitraje comercial internacional y sobre las cláusulas patológicas en particular”, *Estudios de Arbitraje*, Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 629 a 636. Este autor señala “...no obstante la existencia de estas cláusulas patológicas, muchas de ellas han sido obviadas sobre la base de interpretar de buena fe la cláusula compromisoria respectiva y hacerlas operantes; de esta manera se ha logrado darles una interpretación a las mismas que ha hecho posible que no obstante estas redacciones defectuosas se haya logrado reconocer la validez de la cláusula compromisoria y darle la eficacia correspondiente. En el caso de las cláusulas desastrosas, no existe fórmula que solucione su existencia y deben evitarse completamente”.

Llegados a este punto, nos preguntamos sobre el alcance de la inclusión de una renuncia expresa, como lo solicitan los CPC de las entidades federativas y del Distrito Federal. Echando un vistazo, encontramos el artículo 138 del CPC de Aguascalientes que señala: “Hay sumisión expresa cuando los interesados renuncian clara y terminantemente al fuero que la ley les concede y designan con toda precisión al juez a quien se someten”; de este tenor encontramos los artículos 153 del CPC de Baja California; 152 del CPC de Baja California Sur; 140 del CPC de Campeche; 27 del CPC de Coahuila; 154 del CPC de Chiapas; 153 del CPC de Chihuahua; 152 del CPC de Durango; 150 del CPC de Hidalgo; 157 del CPC de Jalisco; 1.35 del CPC de México; 159 del CPC de Michoacán; 25 del CPC de Morelos; 28 del CPC de Nayarit; 107 del CPC de Nuevo León; 143 del CPC de Oaxaca; 150 del CPC de Querétaro; 153 del CPC de Quintana Roo; 151 del CPC de San Luis Potosí; 97.IV del CPC de Sonora; 148 del CPC de Sinaloa; 183 del CPC de Tamaulipas; 147 del CPC de Tlaxcala, y 111 del CPC de Veracruz.

Por su parte, el artículo 69 del CPC de Yucatán no recoge el requisito de la renuncia expresa y en este sentido señala que “hay sumisión expresa cuando los interesados designan con toda precisión el juez a quien someten el conocimiento del negocio”. El artículo 70 de este mismo cuerpo normativo afirma que “se tendrá a los litigantes por expresamente sometidos, cuando en el contrato se haya hecho la designación prescrita en las fracciones I y II del artículo 73”.<sup>322</sup>

Para nosotros, el alcance del requisito de una renuncia expresa es ciertamente limitado ya que esta prórroga expresa de competencia puede ser desplazada y sustituida por una sumisión tácita que en cuanto acto procesal posterior derogaría el acuerdo expreso anterior.<sup>323</sup> La sumisión tácita, en cuanto que representa un acuerdo posterior de ambas partes, supone la derogación de la sumisión expresa que éstas habían ofrecido inicialmente. Así, se entiende que una vez elegido el foro por vía contractual éste puede ser derogado en el caso de que el demandante presente su demanda.

<sup>322</sup> Este artículo señala en su fracción I: “El del lugar que el deudor haya designado para ser requerido judicialmente de pago” y III: “El del domicilio del deudor, si éste tuviere varios, el que elija el actor”.

<sup>323</sup> Encontramos como partidarios de estas ideas a los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González quienes afirman que “la sumisión tácita posterior prevalece sobre la sumisión expresa anterior”. Véase Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *loc. cit.*, nota 296, p. 64.

da en un foro diferente y el demandado comparezca y conteste sin objetar la competencia de ese nuevo foro. En este sentido, no entendemos muy bien el propósito de exigir una renuncia expresa para la consolidación de la sumisión expresa. En un intento de justificar la renuncia expresa, encontramos al profesor Silva quien ha señalado:

...en realidad el requisito consistente en renunciar al foro originario, no es un requisito para que opere la prórroga, sino requisito adicional exigido por el legislador. La falta de la renuncia no torna nulo el pacto, pues en todo caso provoca la competencia concurrente. Cuando el legislador exige la renuncia al foro originario, sólo pretende evitar el potencial conflicto de competencias que se pudiera plantear.<sup>324</sup>

Para nosotros, el hecho de que la sumisión expresa sea irremediablemente removida por la sumisión tácita en cuanto acto procesal posterior, supone la imposibilidad tanto de generar competencias concurrentes como de generar un potencial conflicto de competencias. Para nosotros, la relación entre la sumisión expresa y la tácita es de derogación, no de complementariedad.

Un grupo de CPC prescribe de manera expresa qué materias quedan expresamente excluidas de la sumisión expresa. En este sentido encontramos:

a) El artículo 27 del CPC de Coahuila que afirma:

Hay prórroga expresa siempre y cuando medie acuerdo por escrito referido a un asunto determinado que no sea del orden familiar o del estado civil o condición de las personas, mediante el cual los interesados renuncien clara y terminantemente al fuero que la ley les concede y designen con toda precisión al juez a quien se someten;

b) El artículo 18 del CPC de Guerrero que señala:

Por consiguiente no habrá prórroga de competencia: I. En todos los asuntos del orden familiar, estado civil o condición de las personas; II. En todos los asuntos de la competencia de la justicia de paz; III. Cuando el deudor señale un domicilio para el cumplimiento de la obligación o para ser requerido judicialmente de pago; y IV. Cuando se trate de acciones reales

<sup>324</sup> *Cfr. Silva, J. A., loc. cit.*, nota 32, pp. 28 y 29.

sobre inmuebles o en los casos de arrendamiento de inmuebles en los que el juzgador competente será el del domicilio de ubicación del bien;...

c) El artículo 24 del CPC de Morelos que señala: “Prórroga de competencia. La competencia por razón de territorio es la única que se puede prorrogar, por acuerdo que conste por escrito y referido a asuntos determinados; excepto en los juicios sobre el estado civil de las personas”.

d) El artículo 96 del CPC de Sonora señala:

La competencia no puede prorrogarse por convenio de las partes, salvo cuando se trate de la establecida por razón del territorio. En los juicios sobre el estado civil de las personas, la competencia por razón de territorio solo se podrá prorrogar mediante sumisión expresa de ambas partes al Tribunal ante el cual se presente la demanda. En los juicios sobre el estado civil de las personas, la competencia por razón de territorio solo se podrá prorrogar mediante sumisión expresa de ambas partes al tribunal ante el cual se presente la demanda.

Para ir concluyendo este apartado nos preguntamos por los límites que se deben considerar respecto a la sumisión expresa. En este sentido, el artículo 28 del CPC de Nayarit afirma que “no se considerará válido el convenio o cláusula de elección de fuero, cuando la facultad de elegirlo opere en beneficio exclusivo de alguna de las partes pero no de todas”. En esta misma línea encontramos el artículo 567 del CFPC el cual señala que “no se considerará válida la cláusula o convenio de elección de foro, cuando la facultad de elegirlo opere en beneficio exclusivo de alguna parte pero no de todas”. Así, podemos afirmar que no debe operar dicha figura cuando la elección de un nuevo tribunal implique impedimento o denegación de acceder a la justicia, y cuando dicha elección opere en clara ventaja y beneficio de una parte, no siendo ésta elemento débil en la relación jurídica.

En este sentido encontramos el artículo 169 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado mexicano que señala: “no se considerará válida la cláusula o convenio de elección de foro, cuando la facultad de elegirlo opere en beneficio exclusivo de alguna parte pero no de todas”. De lo anterior se desprende que la autonomía de la voluntad tiene límites.

Ejemplo de la manifestación del alcance de este foro lo encontramos en un pronunciamiento judicial venezolano, el expediente N. 14.878 con el magistrado ponente Levis Ignacio Zerpa. El Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Menores del Municipio Puerto Cabello de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo remite a la presente Sala el expediente para conocer de una declaración de jurisdicción. Por auto de 16 de junio de 1998, el primer tribunal ordena la remisión de los autos a la segunda instancia. La demanda, interpuesta en foro venezolano, se centra en el ejercicio de una acción por daños y perjuicios derivados, presuntamente, de la acción negligente y culposa del demandado que produjo daños en la mercancía, concretamente trigo; el grano fue adquirido por una compañía venezolana en los Estados Unidos de América y trasportado desde Québec, Canadá, hacia el Puerto Cabello, Venezuela. En el *conocimiento de embarque* se estipuló que la interposición, tramitación y resolución de acciones relativas al contrato se someterían a la autoridad arbitral de Londres, Inglaterra. El 4 de junio de 1998, el primer tribunal declaró sin lugar la petición de declaración de falta de jurisdicción, al argumentar que la responsabilidad extracontractual al ser calificada de orden público, no puede ser derogada por autonomía de la voluntad manifestada contractualmente. La Segunda Instancia procede a revisar las fuentes del DIPr y lo hace en función de lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ley de Derecho Internacional Privado, el cual dispone, de manera un poco imprecisa, que “no existiendo tratado alguno entre Canadá y Venezuela que regule lo referente a la materia de jurisdicción, se hace necesario el examen de las normas de Derecho Internacional Privado venezolano a los fines de la correspondiente determinación”.<sup>325</sup> Con todos estos datos, el nudo gordiano de este caso se centra en determinar si la cláusula de sumisión del *conocimiento de embarque*<sup>326</sup> podría derogar la jurisdicción venezolana, o si ésta po-

<sup>325</sup> Artículo 1o.: “Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de derecho internacional público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de derecho internacional privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de derecho internacional privado generalmente aceptado”.

<sup>326</sup> Cláusula 8 del aludido Conocimiento de Embarque: “Toda disputa que surja de este Conocimiento de Embarque se someterá al arbitraje de Londres y, a menos que las partes acuerden un solo Árbitro, será referida al arbitraje final de dos Árbitros que con-

dría subsistir en función de la aplicación de la Ley de Derecho Internacional Privado; concretamente se acude al artículo 40, fracción tercera, por tratarse de una acción de carácter patrimonial para la cual se dispone que la competencia se otorga a los tribunales venezolanos cuando se intenta contra personas no domiciliadas en el territorio nacional. El tribunal venezolano determina que:

...para esta Sala, no resulta válida la cláusula invocada por la representación del demandado a los fines de la derogación de la jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos para conocer del asunto de autos, ya que la misma, como se dijo, no contiene acuerdo alguno de las partes de someter el conocimiento de las acciones que deriven del citado Conocimiento de Embarque, en forma exclusiva y excluyente, a los órganos jurisdiccionales de Londres, Inglaterra. Más aún, estima esta Sala, que la demanda ha sido incoada en contra del Capitán de la nave que transportó el trigo y no en contra de la sociedad mercantil que emitió el Contrato de Fletamiento a que se refieren estos autos; razón por la cual se desecha la falta de jurisdicción alegada.

#### 4. *Figuras afines*

El primer punto que apremia aclarar es la diferencia existente entre foro concurrente y foro prorrogado. En el supuesto de un foro concurrente, estamos frente a varios tribunales potencialmente competentes. En este caso, la declaración y materialización de la competencia judicial civil internacional se realiza en función de la presentación de la demanda en ese foro. En el foro concurrente no se está frente a un tribunal nacional incompetente por el incumplimiento del punto de conexión. En el supuesto de un foro prorrogado, estamos ante un tribunal inicialmente incompetente que se torna competente en función de la autonomía de la voluntad

duzcan negocios en Londres, quienes serán miembros del *Baltic Mercantile & Shipping Exchange*, y ocupados con el Embarque y/o Comercio de Granos, uno de ellos será designado por cada una de las partes con poder para designar un Arbitrador. Ninguna decisión será cuestionada o invalidada sobre el juicio de que alguno de los Árbitros no esté calificado como se requiere, a menos que la objeción a su acción sea tomada antes que la decisión sea hecha. Cualquier disputa que surja bajo este Conocimiento de Embarque será regida por las Leyes Inglesas”.

de las partes.<sup>327</sup> Así, el tribunal que se declara competente (*ex post*) no era el expresamente señalado (*ex ante*) por las partes para conocer y resolver del supuesto; en este caso, asistimos a una corrección común y voluntaria de las partes en el señalamiento de la competencia de los tribunales; en este supuesto, el acto consensual y posterior de las partes (sumisión tácita) cambiando el sentido de su voluntad hacen que el tribunal inicialmente incompetente pase a declararse competente.

En segundo lugar, queremos diferenciar entre la cláusula por la cual se elige tribunal competente (cláusula de elección de foro), de la cláusula por la que se señala la ley aplicable al fondo de la pretensión (cláusula de elección de *ius*). Debemos afirmar que el señalamiento de la primera cláusula no implica necesariamente la focalización de la segunda en el ordenamiento del foro competente. De esta forma, la respuesta a ambas interrogantes no necesariamente debe darse en una misma normativa (auténtica o convencional). Tampoco implica que el señalamiento de la cláusula de foro, junto con la omisión de la de *ius*, suponga un alargamiento de la normativa de la primera en orden a cubrir esa laguna. Buen ejemplo de esto lo encontramos en la Convención Interamericana sobre Ley aplicable a los contratos internacionales, en cuyo artículo 7o. se afirma que “la selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”. Así, una es la cláusula por la que se designa al juez competente para que conozca y resuelva del fondo de una pretensión, y otra muy distinta, aunque concatenada, es la cláusula que se utiliza para seleccionar la normativa material conforme a la cual se dará una resolución al fondo de la pretensión.<sup>328</sup> Por la primera se elige el “quién”, y por la segunda, el “cómo”. Si bien podemos señalar que el común denominador de ambas cláusulas es que se trata de “focalizar”, de “localizar”, tanto al tribunal nacional como al derecho aplicable razonablemente conectado con el supuesto de hecho. Tras observar ambas cláusulas, llegamos a la conclusión de que en ninguna se ofrece

<sup>327</sup> Cfr. Silva, J. A., *loc. cit.*, nota 32, p. 22.

<sup>328</sup> Partícipes de estas ideas encontramos a López Velarde Estrada, R., “Derecho aplicable en materia de contratos internacionales”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 5, octubre de 1998, p. 39. Este autor afirma que “independiente a la llamada cláusula de sumisión —o también conocida como pacto foro prorrogando o cláusula de prórroga competencial territorial o cláusula jurisdiccional—, en el tráfico mercantil internacional las partes contratantes por lo regular establecen una cláusula de derecho aplicable”.

una respuesta al fondo de una pretensión. Son cláusulas de remisión, de localización al “quién” y al “cómo”.

Para finalizar, señalamos brevemente que la actual regulación de la prórroga no contempla el denominado *error enim litigitorum* (error en el acto de sumisión). Es decir, no se contempla la posibilidad de que exista un error en la prórroga de la competencia. De esta forma, se aleja de lo establecido en el orden romano donde se establecía que en el caso de que la sumisión se realizara mediando error, la sentencia que se pudiera pronunciar era inválida.<sup>329</sup>

<sup>329</sup> Cfr. Silva, J. A., *loc. cit.*, nota 32, p. 27.