

Roj: STS 1441/2007 - **ECLI:**ES:TS:2007:1441

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1247/2000

Nº de Resolución: 293/2007

Fecha de Resolución: 14/03/2007

Procedimiento: CIVIL

Ponente: IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

Tipo de Resolución: Sentencia

Cuestión:

Competencia judicial internacional. Cláusula atributiva de competencia, que no afecta a competencias exclusivas. Validez y eficacia de la cláusula de sumisión; derecho aplicable. Incongruencia: Inexistencia.

Resumen:

Demanda de resolución de contrato de compraventa de todas las acciones de una empresa suiza. Absolución en la instancia al estimarse la excepción de falta de jurisdicción de los tribunales españoles. No hay incongruencia omisiva cuando la Audiencia desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia que acoge la referida excepción y no estima el argumento de aplicación del art. 57 LEC. Lo verdaderamente relevante de la cláusula de sumisión a fuero del contrato no es si estamos ante una cláusula de sumisión a arbitraje sometido a las estipulaciones del Convenio de Ginebra de 1961; ni si es un arbitraje institucional ante la Cámara de Comercio de Ginebra; ni si es una cláusula de sumisión expresa en favor de los tribunales helvéticos. Lo determinante es el efecto derogatorio del fuero de los tribunales españoles, de ahí la procedencia del acogimiento de la excepción de falta de jurisdicción. No es de aplicación lo dispuesto en el art. 51 LEC por cuanto, si bien el patrimonio de la empresa era sólo inmobiliario y dichas fincas radican en España, el objeto del contrato no es la compraventa de inmuebles, sino el de acciones. Al no estar previsto en nuestra ley rituaría un procedimiento para dilucidar la jurisdicción, debiendo ser alegado en fase de contestación a la demanda, no podemos deducir que exista un sometimiento tácito a la jurisdicción española por parte del demandado al contestar al fondo del asunto.

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Marzo de dos mil siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por Marcelino, representado por el Procurador de los Tribunales D. Francisco José Abajo Abril, contra la sentencia dictada, en grado de apelación, con fecha 11 de febrero de 2000, por la Audiencia

Provincial de Málaga (Sección Quinta), dimanante del juicio de menor cuantía número 416/98, seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Marbella. Es parte recurrida en el presente recurso Alicia, en su condición de heredera de Clemente, representada por el Procurador don Roberto Sastre Moyano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El *Juzgado de Primera Instancia Número 3 de los de Marbella* conoció el *juicio de menor cuantía número 476/95* seguido a instancia de Marcelino.

Por Marcelinose formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: "...se dicte, en definitiva, sentencia en la que se contengan los siguientes pronunciamientos: a) Se declare resuelto el contrato de compraventa de fecha 14 de noviembre de 1989. b) Se condene al demandado a la devolución de 17.642.034 (Diecisiete millones seiscientos cuarenta y dos mil treinta y cuatro) ptas., más el contravalor de 141.436 Libras esterlinas. c) Se condene en costas al demandado."

Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de Clementese contestó a la misma, oponiéndose a las pretensiones deducidas por el actor, suplicando al Juzgado, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación: "...dicte en su día sentencia estimando la excepción formulada, declare no haber lugar a la demanda, sin entrar a conocer del asunto, condenando al demandante al pago de las costas causadas o, subsidiariamente, para el caso de que no se estime la excepción, se desestime la demanda y se absuelva a mi representado, con imposición de las costas al demandante dada su manifiesta temeridad".

Con fecha 10 de diciembre de 1997 el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice: "Que estimando la excepción de falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, articulada por el demandado D. Clemente, representada por la procuradora Sra. Bonet Teixeira, y sin entrar a conocer del fondo del asunto, debo desestimar y desestimo la demanda deducida en su contra por D. Marcelino, representado por la Procuradora D^a. Isabel González de Hoyos, absolviendo en la instancia a dicho demandado de las pretensiones contenidas en aquella y sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas causadas".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Quinta) dictó *sentencia en fecha 11 de febrero de 2000* cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Marcelino contra la *sentencia dictada en fecha 10 de diciembre de 1997 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella* en sus autos civiles núm. 476/95, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución dando por reproducidos cuantos pronunciamientos contiene en su parte dispositiva, y condenando expresamente a la parte apelante al abono de las costas causadas en esta alzada".

TERCERO.- Por la representación procesal de Marcelinose presentó escrito de formalización del recurso de casación ante este Tribunal Supremo, con apoyo procesal en los siguientes motivos:

Primero.- Por el cauce del *número tercero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, infracción del *artículo 359 de la misma Ley* procesal.

Segundo.- Al amparo del artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción, por inaplicación, del artículo 57 de la misma Ley .

Tercero.- Al amparo del artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción, por inaplicación, del artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Cuarto.- Al amparo del número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción del artículo 58.2 de la misma Ley .

CUARTO.- Por Auto de esta Sala de fecha 27 de marzo de 2003 se admitió a trámite el recurso, y, evacuando el traslado conferido, por la representación procesal de Aliciase presentó escrito de impugnación del mismo.

QUINTO.- Por la Sala se acordó señalar para la votación y fallo del presente recurso el día veintiocho de febrero del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como antecedentes que resulta necesario considerar para resolver el presente recurso de casación han de consignarse los siguientes.

Marcelino interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra Clemente, solicitando la resolución del contrato de compraventa celebrado el 14 de noviembre de 1989 entre ambas partes, y por el que éste vendía a aquél la totalidad del capital de la sociedad mercantil denominada "Etablissement Holpar", domiciliada en Vaduz, Principado de Liechtenstein, e inscrita en el Registro de Sociedades mercantiles de dicha ciudad. Dicha entidad era propietaria de las parcelas relacionadas en el propio contrato de compraventa, situadas en la "Urbanización Hacienda Las Chapas", de la localidad de Marbella. En el contrato se indicaba, además, que la sociedad no poseía ningún otro activo, mobiliario o inmobiliario.

Ante lo que el comprador demandante consideró un incumplimiento del contrato por la parte vendedora, al haberse aportado las parcelas por la sociedad propietaria de ellas a otra de nueva creación, vaciando de ese modo el contenido del contrato de compraventa de acciones, y "sustituir su objeto por otro distinto al que fue su causa", interpuso aquél demanda contra Clemente a fin de que se declarase la resolución del contrato de compraventa y se condenase al demandado a devolver las cantidades que, en su día, le fueron satisfechas. Previamente, el representante legal de la mercantil "Etablissement Holpar", y administrador único de la sociedad a la que fueron aportadas las fincas, titularidad de la anterior, había dirigido al actor el requerimiento notarial previsto en el artículo 1504 del Código Civil , que no fue atendido por la parte compradora.

El demandado se opuso a la demanda y alegó, como excepción procesal previa, la falta de jurisdicción de los tribunales españoles, al haberse pactado, en la estipulación decimocuarta del contrato litigioso, una cláusula de sumisión expresa en favor de los tribunales de Suiza.

El Juzgado de Primera Instancia estimó dicha excepción, y, sin entrar a conocer del fondo del asunto, desestimó la demanda y absolvió en la instancia al demandado.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el actor

contra la sentencia del Juzgado, la cual confirmó íntegramente. Argumenta el tribunal de instancia su resolución en que, "al versar el contrato sobre la cesión del capital de una empresa extranjera, celebrado en y entre extranjeros, el mismo no afecta a la soberanía y por ende hace aplicable la doctrina del T. Supremo que se contiene en la *sentencia de 10 de Noviembre de 1993* por la que se confiere validez a los pactos de sumisión a favor de la jurisdicción española, y a la recíproca, a los pactos en que se acuerde someterse a la jurisdicción de otro estado". Rechaza asimismo el segundo motivo de impugnación formulado por la parte recurrente, "pues sin desconocer que es lo cierto que cuando el demandado se persona en autos realizando una actividad que no sea promover en tiempo y forma la excepción, se entiende que se somete tácitamente a la jurisdicción o competencia del órgano judicial en el que fue demandado, ello no es aplicable al actual supuesto en el que la parte interpone la excepción y de manera subsidiaria, para el caso de que no fuere admitida, procede a contestar a la demanda, actividad ésta que no comporta sumisión tácita y a la que no le es aplicable lo dispuesto en el *art. 57 de la L.E.Civil* , así como la doctrina del T. Supremo que, por conocida se prescinde de su cita, merced a la cual las cuestiones de competencia territorial han de interponerse como declinatoria y no como excepción dilatoria, pues aun cuando ciertamente la jurisdicción y la competencia territorial tengan alguna similitud, son cuestiones diferentes que como tal tienen un tratamiento específico".

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se ampara en el *artículo 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , y se destina a denunciar la incongruencia de la sentencia recurrida, con la cita, como infringido, del *artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

El recurrente, en el escueto alegato integrador de su contenido, basa la denuncia casacional en el hecho de que en la Audiencia ha ignorado lo dispuesto en el *artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , no obstante haber sido invocado expresamente dicho precepto en la vista del recurso de apelación.

El motivo ha de ser desestimado.

La sentencia en modo alguno incurre en incongruencia cuando desestima el recurso de apelación, dando respuesta a las pretensiones impugnatorias de la parte apelante, y confirma la sentencia absolutoria en la instancia dictada por el Juzgado, al acoger la excepción de falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer del litigio. Mal puede decir el recurrente que la sentencia es incongruente al haber soslayado el argumento que abogaba por la aplicación del *artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , cuando en ella, precisamente, se examina la aplicación al caso de dicho precepto, para concluir excluyéndola. El deber de congruencia consiste en la adecuada relación entre las pretensiones oportunamente deducidas por las partes y el fallo de la sentencia - *Sentencia de 10 de noviembre de 2006* , y las que en ella se citan-, relación o adecuación que, además, ha de ser sustancial, racional o flexible, en modo alguno rígida o absoluta -*Sentencia de 13 de octubre de 2006* , que cita otras muchas-, y que no se exige, desde luego, en relación con las razones o argumentaciones de la parte, y mucho menos respecto de la identificación de la norma jurídica aplicada al supuesto aportado por las partes, que corresponde efectuarla al órgano judicial, conforme a la regla "iura novit curia" -*Sentencia de 14 de noviembre de 2006, que cita las de 11 de abril de 1995, 7 de abril de 2004 y de 13 de diciembre de 2005*-. Y en ningún caso puede identificarse la incongruencia con el desacuerdo del recurrente con las razones o argumentaciones del tribunal, pues, como precisa la *Sentencia de 12 de junio de 2000* , no puede confundirse la incongruencia con un supuesto derecho a una resolución conforme a los razonamientos y postulados de las partes.

TERCERO.- El motivo segundo, que se formula, como los restantes motivos del

recurso, por el cauce del *artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , denuncia la inaplicación del *artículo 57 de la misma Ley* , al dotar de virtualidad a la cláusula derogatoria del fuero de los tribunales españoles, no obstante la oscuridad de sus términos, contraviniendo, por lo tanto, lo dispuesto en el precepto invocado como infringido.

Este motivo también debe ser desestimado.

Se ha de salvar, ante todo, y en beneficio de la mayor amplitud del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a utilizar los medios de impugnación legalmente establecidos, la incorrecta formulación de éste y de los restantes motivos del recurso, que en realidad no suscitan otra cuestión que la del defecto de jurisdicción, consecuencia del pronunciamiento de la sentencia recurrida, y que, en rigurosa y adecuada técnica casacional, tiene su encaje en el *número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , que contempla como motivo de casación el abuso, exceso o defecto de jurisdicción, comprensivo de la falta de jurisdicción de los tribunales españoles con relación a los de otros Estados, o, utilizando otros términos, de los casos de falta de competencia judicial internacional.

Salvado el anterior escollo, la resolución de este primer motivo del recurso pasa por precisar, ante todo, cuál es la norma que regula la competencia judicial internacional en el presente caso, y con arreglo a la cual se han de examinar las condiciones de eficacia de la cláusula de sumisión expresa contenida en el contrato litigioso. Los datos que a tal efecto son relevantes y, por ello, se deben tener en cuenta, son, primero, el domicilio del demandado, y después, la fecha de presentación de la demanda, una vez que fue admitida; se trata aquí del ejercicio de una acción de resolución de un contrato de compraventa, que se dirige contra quien tiene su domicilio en España, y que fue promovida en el mes de noviembre de 1995. El supuesto se halla incluido, pues, dentro del ámbito material, espacial y temporal de aplicación del *Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968* , sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, al que España se adhirió a través del *Convenio de San Sebastián de 26 de mayo de 1989*, y que entró en vigor el 1 de febrero de 1991 , de conformidad con lo dispuesto en su *artículo primero, que establece el ámbito objetivo del Convenio* y las materias excluidas de él -entre las que no se encuentra la propia del litigio-; en su *artículo segundo, conforme al cual, salvo lo dispuesto en el Convenio* , las personas domiciliadas en un Estado contratante estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado; y, en fin, en su *artículo 54, párrafo primero* , según el cual las disposiciones del Convenio se aplicarán a las acciones ejercitadas con posterioridad a su entrada en vigor en el Estado de origen.

Sentada la aplicación del Convenio, en términos generales, se ha de examinar a continuación si en particular resulta aplicable el régimen uniforme establecido en su *artículo 17* , que regula la eficacia de las cláusulas de elección del foro en los siguientes términos: "si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado contratante, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado contratante fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán los únicos competentes", estableciendo seguidamente las modalidades o formas de celebración del convenio atributivo de competencia. Son dos, pues, las condiciones a las que está sometida la aplicación de este régimen uniforme establecido por el Convenio: la primera, que al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado parte; y la segunda, que hayan elegido los tribunales de un Estado parte.

Ya se ha dicho que en este caso el demandado está domiciliado en España, lo que

basta para tener por cumplida la primera de las condiciones. Sin embargo, falta aquí la segunda, pues, entiéndase como se entienda la cláusula de sumisión, es evidente que no se establece la competencia en favor de los tribunales de un Estado parte del Convenio de Bruselas.

La imposibilidad de aplicar el régimen uniforme establecido en esta norma convencional desplaza el examen de la cuestión hacia el *Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988*, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, fiel trasunto del Convenio de Bruselas, y del que son parte tanto España como Suiza, habiendo entrado en vigor en las relaciones entre ambos Estados el 1 de noviembre de 1994. El Convenio resulta, como el de Bruselas, material, espacial y temporalmente aplicable, de conformidad con lo dispuesto en sus *artículos 1, 2 y 54*, y según lo dispuesto en la norma de relación contenida en su *artículo 54 ter, apartado segundo, conforme a la cual el Convenio de Lugano se aplicará en cualquier caso, en materia de competencia, cuando los artículos 16 ó 17 del mismo otorgaren competencia a los tribunales de un Estado contratante que no fuere miembro de las Comunidades Europeas*.

El *artículo 17.1 del Convenio de Lugano* reproduce en su integridad el contenido de su homólogo del Convenio de Bruselas, y surge entonces la cuestión, suscitada por el hecho de que la cláusula de atribución de competencia apunta hacia la jurisdicción suiza, de determinar si, en efecto, tal es el fuero elegido por las partes, o si, por el contrario, pactaron la sumisión de las controversias a un arbitraje internacional, y de ahí la referencia a la "convención de arbitraje de la Cámara de Comercio de Ginebra", en aparente alusión al *Convenio de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 21 de abril de 1961*, del que son parte España y Suiza, y que resultaría aplicable para determinar la eficacia del eventual acuerdo de sumisión a arbitraje convenido por las partes, de conformidad con lo dispuesto en su *artículo 1 a)*, *del mismo modo que lo sería el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958*, específicamente su *artículo segundo*.

La cuestión, empero, carece de verdadera trascendencia práctica a los efectos de resolver el motivo de impugnación objeto de examen. Ya se considere que la aludida estipulación contiene, bien una cláusula de sumisión a arbitraje sometido a las estipulaciones del *Convenio de Ginebra de 1961*, bien un arbitraje institucional ante la Cámara de Comercio de Ginebra y sometido a su reglamentación -y, en uno y otro caso, que la alusión a la jurisdicción suiza hace referencia a la competente para resolver las eventuales declinatorias de jurisdicción propuestas ante el tribunal arbitral y para resolver los también eventuales procedimientos de anulación del laudo-, ya se entienda que contiene una cláusula de sumisión expresa en favor de los tribunales helvéticos, ya, en fin, que constituye una cláusula de sumisión alternativa, lo verdaderamente relevante es que en ella trasluce la decisión de los contratantes de sustraer el conocimiento de las controversias surgidas en la interpretación y ejecución del contrato a los órganos de la jurisdicción española. Lo determinante, pues, es el efecto derogatorio del fuero de los tribunales españoles que ha de reconocerse a la cláusula controvertida, admitida la inequívoca presencia de aquella voluntad común de las partes, cumpliéndose, por tanto, las condiciones previstas tanto en los *artículos 1.2-a) del Convenio de Ginebra y 2.2 del Convenio de Nueva York*, como en el *artículo 17.1 del Convenio de Lugano*, y satisfaciéndose, en fin, con esa constatada voluntad excluyente, y con el señalado efecto derogatorio de la cláusula, el requisito de la determinabilidad razonable que se impone desde la jurisprudencia comunitaria para dotar de efectividad a las cláusulas sumisorias -sentencias del TJCE de 10 de marzo de 1992, as. C-214/89, Duffryn c. Petereit-, doctrina jurisprudencial que sirve de obligado referente interpretativo a estos efectos.

Cuanto se ha expuesto conduce a rechazar, como ya se ha dicho, la denuncia de la infracción normativa y de la doctrina jurisprudencial, que integra el contenido del motivo de casación que se examina, pues lejos de haberse incumplido los requisitos de precisión impuestos por la norma y la jurisprudencia invocadas -relativas, no se olvide, a la competencia territorial-, se han de considerar satisfechas las exigencias impuestas por las normas supranacionales de determinación de la competencia judicial internacional para atribuir eficacia derogatoria a la cláusula de sumisión contenida en el contrato.

CUARTO.- En el motivo tercero del recurso se denuncia, por el mismo cauce que el anterior, la infracción, por inaplicación, del *artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

El recurrente, para sostener el alegato impugnatorio, vincula lo dispuesto en este precepto a lo previsto en el *artículo 22-2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , y, afirmando que el negocio subyacente y real fue una compraventa, no de acciones, sino de bienes inmuebles situados en España, concluye que corresponde a los tribunales españoles el conocimiento del litigio, toda vez que el demandado está domiciliado en España.

Este motivo también debe rechazarse.

No se infringe la norma invocada ni la doctrina contenida en la sentencia que se menciona en su desarrollo. El objeto del litigio fue la resolución de un contrato de compraventa de la totalidad del capital de la mercantil "Etablissement Holpar", tal y como se infiere de la lectura de su estipulación segunda, lo que ante todo excluye la presencia de un foro exclusivo de competencia en favor de los tribunales españoles, al no tratarse de una acción real sobre bienes inmuebles situados en España, por más que tales inmuebles constituyesen el único patrimonio de la sociedad cuyo capital se transmitía. Esta solución es, además, acorde con la doctrina del Tribunal comunitario, que en la aplicación del *artículo 16.1 del Convenio* de Bruselas -doctrina extensible, por ende, a la interpretación y aplicación del artículo homólogo del Convenio de Lugano-, impone una exégesis autónoma en la que impera la ratio del precepto, que no es otra que la verificación de la proximidad fáctica y jurídica del tribunal con el inmueble sobre el que recae el derecho objeto de la acción ejercitada -STJCE 10 de enero de 1990, as. C-115/88, Reichert c. Desdner Bank, 9 de junio de 1994, as. C-292/93, Lieber c. Göbel, y 18 de mayo de 2006, as. C-343/04, Land Oberösterreich c. CEZ as-.

Excluida la competencia exclusiva de los tribunales españoles, se ha de mantener la plena efectividad de la cláusula de atribución de competencia, contenida en el contrato, y la virtualidad de su efecto derogatorio, siendo irrelevante frente a ella la concurrencia de conexiones tales como el domicilio del demandado, el lugar donde se encuentren los bienes que conforman el patrimonio de la sociedad cuyo capital se transmite, o cualesquiera otros que denoten la idea de proximidad de las partes o del objeto del negocio jurídico con el tribunal ante el que se presentó la demanda iniciadora de este proceso.

QUINTO.- El cuarto y último motivo del recurso se destina a denunciar, por la misma vía que los anteriores, la infracción del *artículo 58.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Sostiene el recurrente que la Audiencia ha infringido el citado precepto, al haber atribuido eficacia a la cláusula de sumisión contenida en el contrato, cuando debió haber apreciado la sumisión tácita del demandado, quien propuso la excepción de falta de jurisdicción de los tribunales españoles al tiempo que, de manera subsidiaria, contestaba la demanda en cuanto al fondo.

El motivo ha de seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

En la reciente *Sentencia de 8 de febrero de 2007*, cuya doctrina es plenamente aplicable al caso, esta Sala destacaba que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario ha efectuado una interpretación del *artículo 18 del Convenio* de Bruselas -que, por extensión, cabe referir también al precepto homólogo y homónimo del Convenio de Lugano- conforme a un criterio flexible, por ser mas ajustado a las finalidades y objetivos del instrumento internacional, y por cuya virtud dicha disposición "no es aplicable cuando el demandado contesta no solo la competencia sino que además concluye sobre el fondo del litigio, a condición de que la contestación de la competencia, si ella no es previa a toda defensa de fondo, no se sitúe después del momento de la toma de posición considerada, por el derecho procesal nacional, como la primera defensa dirigida al *juez sometido*" -*STJCE de 24 de junio de 1981*, as. 150/80 -. Dice la *Sentencia de 22 de octubre de 1981 -Asunto 27/81* , *Etablissements Rorh Societé Anonyme c. Dina Ossberger* -: "el *artículo 18 del Convenio de 27 de septiembre de 1968* debe interpretarse en el sentido de que permite al demandado no solo oponerse a la competencia, sino también formular al mismo tiempo, con carácter subsidiario, motivos de oposición sobre el fondo, sin perder por ello el derecho a proponer la excepción de incompetencia". En los mismo términos se expresa la *Sentencia de 31 de marzo de 1982 -Asunto 25/81* , *C.H.W. c. G.J.H.-*, y la *Sentencia de 14 de julio de 1983 -Asunto 201/82* , *Gerlin Konzern Kreditversicherungs-AG y otros c. Amministrazione del Tesoro dello Stato* -.

Ciertamente -se decía en la señalada *Sentencia de esta Sala de 8 de febrero de 2007* y se repite ahora-, las finalidades y objetivos del Convenio que inspiran esta interpretación, -traída por el hecho de que en las versiones en alemán, holandés e italiano la comparecencia del demandado debía tener solamente por objeto la impugnación de la competencia, y por la circunstancia de que el derecho procesal civil de algunos Estados contratantes no establece mecanismos específicos de impugnación de la competencia internacional, y en prevención de que la alegación de su falta sin formular alegaciones sobre el fondo no permitiera al demandado después formular esas razones de fondo-, no impiden que los ordenamientos nacionales articulen trámites procesales específicos para denunciar la falta de competencia internacional con carácter previo a contestar sobre el fondo. Así lo hace la *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, de 7 de enero, cuyo *artículo 39* dispone que el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional, y, en similares términos, el *artículo 63.1* establece que mediante la declinatoria el demandado y los que sean parte legítima podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, equiparando de este modo el tratamiento procesal de la falta de competencia internacional a la falta de jurisdicción o de competencia de todo tipo. Y, paralela y coherentemente, la nueva *Ley de Arbitraje 60/2003*, de 23 de diciembre, impone en su *artículo 11.1* la necesidad de acudir al trámite de la declinatoria para alegar la falta de jurisdicción por válido sometimiento a arbitraje.

Sin embargo, en el juicio de menor cuantía regulado por la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881* - aplicable al actual recurso-, la falta de competencia internacional -propriadamente, la incompetencia de la jurisdicción nacional- no tenía un tratamiento específico. La *Ley 34/1984*, de 6 de agosto, precisó el alcance del *artículo 533-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , limitándolo a la incompetencia objetiva y funcional, de suerte que la falta de competencia territorial quedó excluida de su ámbito, y, por tanto, de la posibilidad de ser alegada como excepción dilatoria al contestar la demanda (*artículo 687 de la Ley*), debiendo plantearse como declinatoria (o inhibitoria) conforme al *artículo 72* , que se sustanciará en la forma establecida para los incidentes (*artículo 79*) con el efecto que prevé el *artículo 114* . La consecuencia de no utilizar este cauce se establece en el *artículo*

58-2º , conforme al cual se entenderá hecha la sumisión tácita por el demandado, en el hecho de hacer, después de personado en el juicio, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria.

El ordenamiento positivo interno no establecía, pues, un trámite procesal para alegar la falta de competencia internacional en el juicio de menor cuantía. Es cierto que en alguna resolución aislada de esta Sala -por ejemplo, en la *Sentencia de 27 de octubre de 2005* - se ha equiparado la falta de competencia de la jurisdicción española a la falta de competencia territorial, a los efectos de su tratamiento procesal en el marco del juicio de menor cuantía. Consecuentemente, se ha estimado producida la sumisión tácita por no haber promovido el demandado oportunamente la declinatoria internacional -por el cauce de los incidentes- previamente a contestar la demanda, considerándose que la alegación de la falta de competencia de los tribunales españoles como excepción dilatoria al contestar la demanda era inoportuna e improcedente, y no impedía que se diera la consecuencia prevista en el citado artículo 58-2º de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Sin embargo, no ha de ser ese el criterio que aquí se adopte, sino que se ha de seguir el mantenido en la repetida *Sentencia de 8 de febrero de 2007* . No puede desconocerse que, también aquí, y a diferencia de lo que sucedía en el caso contemplado por la *Sentencia de 27 de octubre de 2005* , impera en el presente la interpretación dispensada por el Tribunal de Justicia comunitario sobre el artículo 18 del *Convenio* de Bruselas, norma inmediatamente aplicable para decidir sobre la competencia internacional, cuya hermenéusis debe inspirar la interpretación que a su vez efectúe el Juez nacional a la hora de aplicar su derecho interno, que ha de tender a ajustarse a la interpretación del tribunal comunitario. El flexible criterio de éste se impone, como criterio uniforme de interpretación, cuando, como es el caso, no existe una norma en el derecho interno que establezca con concreción el trámite y el cauce procesal para articular la alegación de la falta de competencia de los tribunales españoles dentro del juicio de menor cuantía. Por lo tanto, así las cosas, y en línea con la doctrina del Tribunal comunitario, no debe aplicarse la *regla del artículo 18 del Convenio* cuando el demandado impugna la competencia al tiempo que contesta sobre el fondo de la demanda, articulando aquella primera alegación como una excepción dilatoria, y según lo dispuesto en el artículo 687 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* , en relación con su artículo 533-1º .

La finalidad de este criterio se ajusta, por lo demás, al que ha mantenido esta Sala respecto del tratamiento procesal de la falta de jurisdicción, por existir sumisión a arbitraje durante la vigencia de la legislación anterior, situación mucho más próxima a la de falta de competencia internacional, que la de ésta a la de incompetencia territorial, que presupone la competencia de la jurisdicción y de la jurisdicción española, en tanto que aquélla, como la incompetencia internacional, supone la exclusión de la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para conocer del litigio, al corresponder al árbitro o al tribunal arbitral designado, en un caso, y a los tribunales extranjeros, en el otro. No puede olvidarse que la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del artículo 11 de la *anterior Ley de Arbitraje* -la *Ley 36/1988, de 5 de diciembre* - evolucionó desde concepciones rígidas que impedían la alegación del sometimiento a arbitraje, como exclusión de la jurisdicción, al tiempo en que se contestaba la demanda, so pena de considerar que se había renunciado tácitamente al acuerdo sumisorio y se había aceptado implícitamente la competencia de los tribunales, hacia un criterio flexible que permite esa alegación conjunta sin que por ello se produzca el señalado efecto - por todas, la *Sentencia de 5 de diciembre de 2005* y las que en ella se citan-. Y si bien es cierto que tanto la vigente *Ley de Enjuiciamiento Civil*, como la actual *Ley de Arbitraje* -la *Ley 60/2003, de 23 de diciembre* - imponen acudir al trámite de la declinatoria para alegar la falta de jurisdicción, no menos cierto es que lo hacen, si no bajo categorías desconocidas, sí a la vista de procedimientos y de trámites procesales

nuevos, sin que puedan servir siquiera de referentes interpretativos a la hora de resolver una cuestión suscitada durante la vigencia de la *Ley procesal anterior de 1881* , y que debe ser resuelta conforme a los criterios exegéticos adoptados para su aplicación.

SEXTO.- En materia de costas procesales y en esta clase de recursos se seguirá la teoría del vencimiento a tenor de lo dispuesto en el *artículo 1715-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* ; por lo que en el presente caso las mismas se impondrán a la parte recurrente, quien, además, perderá el depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Que debemos acordar lo siguiente:

1º.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Marcelino frente a la *sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 11 de febrero de 2000* .

2º.- Imponer las costas procesales de este recurso a dicha parte recurrente, con pérdida del depósito constituido.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Román García Varela.- José Antonio Seijas Quintana.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Firmado.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.