

CAPÍTULO DÉCIMOSEGUNDO

EL PAPEL DE LA SUMISIÓN (PRÓRROGA) Y DEROGACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL CIVIL INTERNACIONAL

I. INTRODUCCIÓN

En este apartado se analiza 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.²⁷¹ 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.²⁷² Autonomía de la voluntad de las partes y sumisión, tácita y expresa, que se

²⁷¹ En este sentido se han expresado Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F.J., *op. cit.*, p. 195.

²⁷² Así se pronuncian estos autores: “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. y Carrascosa González, J., *op. cit.*, nota 6, p. 55; Calvo Caravaca, A. L., *op. cit.*, 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.²⁷³

Ahora bien, nos podemos preguntar cuáles son las verdaderas razones que justificarían la tolerancia a 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 del foro nacional competente por las propias partes implicadas, cuestión distinta es si esta figura está 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*”.²⁷⁴ En este orden de ideas, sostenemos que se disminuye la incertidumbre respecto al foro elegido por el actor para la presentación de su demanda, al estar previa y expresamente señalado. Lo mismo 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.²⁷⁵

En definitiva, las cláusulas que recogen la común voluntad de las partes establecen previamente el tribunal nacional con competencia judicial civil internacional de conformidad con los intereses compartidos por estas 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.

De manera más general, se afirma que las ventajas que se predicán de esta figura son las siguientes:

- a) El impulso a la contratación internacional.
- b) Individualización y previsión anticipada del tribunal nacional competente.

²⁷³ Weinberg de Roca, I. M., *op. cit.*, p. 7.

²⁷⁴ Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, p. 197.

²⁷⁵ *Idem.*

- 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.²⁷⁶

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.²⁷⁷

Por otro lado, 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 posterioridad por el demandado respecto a esa cláusula. Para el actor es sencillo desvincularse

²⁷⁶ En parecidos términos encontramos a Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *op. cit.*, p. 132. Igualmente encontramos a Pérez Vera, E. *et al.*, *op. cit.*, pp. 361 y 362. Encontramos de parecidas reflexiones a Boggiano, A., *op. cit.*, p. 148. Amores Conradi 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”. Amores Conradi, M. A., *op. cit.*, pp. 134 y 135.

²⁷⁷ Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, p. 198.

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: 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.

Con base en lo anterior, afirmamos que para que la autonomía de la voluntad prospere, se necesita del complemento y cumplimiento de un requisito, a saber: que las implicaciones que conlleva la voluntad sean permitidas por el sistema legal afectado. Es decir, 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 (el sistema de CJI de referencia)”.²⁷⁸

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

²⁷⁸ Además “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* designada por la norma de conflicto que proceda según la cuestión debatida (contratos, capacidad, etcétera)”. *Ibidem*, p. 201.

“tesis voluntarista”.²⁷⁹ En este sentido se circunscribe la interrogante que se plantea el profesor Silva ¿será acaso 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.²⁸⁰ Estimamos que para que la autonomía de la voluntad de las partes cobre efectos en México debe permitirse expresamente por la normativa competencial mexicana, ya sea autónoma o convencional. 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 predeterminado legalmente para conocer y resolver, quedando dicha designación por la autonomía de la voluntad de las partes,²⁸¹ 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 foro es la contracara de la derogación de foro (*prorrogatio fori-derogatio fori*).

²⁷⁹ 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”. Silva, J. A., *op. cit.*, 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”. Romero Seguel, A., *op. cit.*, p. 187.

²⁸⁰ Silva 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”. Silva, J. A., *op. cit.*, pp. 30 y 31. En esta línea de pensamiento encontramos a Iglesias Buigues quien señala que: “la validez del acuerdo, expreso o tácito, de elección de fuero, debe rodearse de suficientes garantías”. Iglesias Buigues, J. L., *op. cit.*, p. 71 y 72.

²⁸¹ En este sentido se pronuncian Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *op. cit.*, p. 140.

A efectos de sistematizar los códigos de procedimientos civiles, señalamos la existencia de tres grupos o “familias” 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 que refuerzan nuestra posición. Así, el artículo 137 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 de Baja California, 151 de Baja California Sur, 150 de Colima, 153 de Chiapas, 152 de Chihuahua, 151 del Distrito Federal, 151 de Durango, 149 de Hidalgo, 156 de Jalisco, 1.34 del Estado de México, 158 de Michoacán, 27 de Nayarit, 106 de Nuevo León, 142 de Oaxaca, 152 de Quintana Roo, 150 de San Luís Potosí, 97 fracción II de Sonora y 182 de Tamaulipas.

Por otra parte, encontramos el artículo 139 de Campeche que nada más señala que “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 de Guanajuato que únicamente afirma que: “la competencia territorial es prorrogable por mutuo consentimiento de las partes, expreso o tácito”. Éste es un Código de Procedimiento Civil bastante austero en cuanto a los requisitos que exige para la afirmación de prórroga expresa. También tenemos el artículo 30 de Guerrero, el artículo 148 de Sinaloa, el artículo 27 de Tabasco, artículo 146 de Tlaxcala, artículo 111 de Veracruz y el artículo 68 de Yucatán.

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 Códigos de Procedimientos Civiles de las entidades federativas 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.

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”.²⁸² Un segundo tribunal que, si bien inicialmente era incompetente pierde dicha cualidad para revestirse de competencia judicial

²⁸² Silva, J. A., *op. cit.*, pp. 105 y 106; mismo autor, *op. cit.*, p. 25.

civil internacional por el mutuo acuerdo existente entre las partes. Es lo que se ha denominado como el “tribunal prorrogado”.²⁸³ 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”.²⁸⁴ El tribunal 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 derogación de otros tribunales previamente determinados y señalados como los competentes.²⁸⁵

Estamos ante los efectos positivos y negativos que la común voluntad de las partes puede desplegar en la fase competencial. Efectos que no necesariamente se presenten ante un mismo juez; es decir, señalamos que se presentará ante el juez mexicano o bien el efecto prorrogatorio o positivo, o bien, el efecto derogatorio o negativo.²⁸⁶

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.²⁸⁷

²⁸³ *Idem.*

²⁸⁴ 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 ve ampliada*, y que por acuerdo de los litigantes se le asigna con exclusividad”. *Idem.*

²⁸⁵ Weinberg de Roca, I. M., *op. cit.*, 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”. Silva, J. A., *op. cit.*, p. XXI.

²⁸⁶ 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”. Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, p. 196.

²⁸⁷ Silva en su 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. Silva, J. A., *op. cit.*, pp. 105 y 106; mismo autor, *op. cit.*, p. 25.

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

Respecto a las figuras de la *derogatio fori* y *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. 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 que la *derogatio fori* 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 parte positiva y la *derogatio* es la parte negativa en la atribución y ampliación de la competencia judicial civil internacional.²⁸⁹ Toda *prorrogatio fori* conlleva una *derogatio fori*. Estas figuras obviamente sólo se predicán de los foros que sean calificados como disponibles en razón de la materia a la que dan sustento y realidad. De esta forma, 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”.²⁹⁰ 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, 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. Por tanto, 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, sostenemos que encuentra una limitación en cuanto topa con expedientes de competencias exclusivas. La sumisión expresa o tácita cabe en aquellos expedientes contenciosos donde la materia

²⁸⁸ Boggiano, A., *op. cit.*, p. 154.

²⁸⁹ Se recomienda consultar 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.*, p. 64.

²⁹⁰ Staellens Guillot 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”. Staellens Guillot, P., *op. cit.*, p. 69.

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 en los Código de Procedimientos Civiles los artículos: 135 de Aguascalientes; 150 de Baja California; 149 de Baja California Sur; 142 de Campeche; 27 de Coahuila; 148 de Colima; 151 de Chiapas; 150 de Chihuahua; 149 de Durango; 29 de Guanajuato; 18 y 30 de Guerrero; 147 de Hidalgo; 154 de Jalisco; 1.33 del Estado de México; 24 de Morelos; 26 de Nayarit; 140 de Oaxaca; 150 de Quintana Roo; 27 de Tabasco y el 179 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 existe la sumisión como tentativo criterio atributivo de la competencia judicial civil internacional.

Para que exista sumisión, 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 los Código de Procedimientos Civiles entidades federativas. De lo que se trata es de que la sumisión prorrogue (*prorrogatio fori*) la competencia de un tribunal inicialmente incompetente y que las partes lo hagan competente superando su inicial incompetencia.

Cabe mencionar que contamos con dos tipos de prórroga: prórroga *ante litem natam* y prórroga *post litem natam*.²⁹¹ Respecto a la primera, se afirma que “aunque la prórroga puede ser acordada separadamente del contrato principal, lo usual es pactarla como cláusula incorporada al mismo contrato, para dirimir las eventuales controversias que el negocio pudiese suscitar”.²⁹² Respecto a la segunda tipología, se produce durante o después de suscitarse los hechos litigiosos entre las partes conectadas por una relación jurídica.

Para ir concluyendo, creemos necesario considerar los efectos que la sumisión expresa o tácita 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

²⁹¹ En este sentido se pronuncia Boggiano, A., *op. cit.*, pp. 156-158.

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

Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, en 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 sí, 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 para obtener reconocimiento y ejecución de una sentencia mexicana cuando el tribunal de origen se declaró competente por la común voluntad de las partes.

Para finalizar, queremos reproducir el texto del proyecto de Código de DIPr de la República Argentina que señala en su artículo 17:

Acuerdo de elección de foro. En materia patrimonial, salvo que tuvieren 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.

II. 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. 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.²⁹³

²⁹³ Los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González 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.

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.²⁹⁴

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, además de dilaciones oportunistas, estrategias procesales *secundum eventum litis*”.²⁹⁵

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.²⁹⁶ En los Código de Procedimientos Civiles de las entidades federativas se afirma en su primera fracción que se entienden sometidos tácitamente: “I) el demandante por el hecho de ocurrir al juez entablando su demanda”.²⁹⁷ 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

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*”. 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 del 22 de diciembre de 2000”, *Internacional Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2004.

²⁹⁴ Virgós Soriano y Garcimartín Alférez 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”. Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, p. 225; Pérez Vera, E. *et al. op. cit.*, pp. 361 y 362.

²⁹⁵ Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, p. 227.

²⁹⁶ 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. 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 de 2000”, *op. cit.*

²⁹⁷ Esta fracción I se añade en los Códigos de Procedimientos Civiles en los siguientes artículos: 139 de Aguascalientes; 154 de Baja California; 153 de Baja California Sur; 141 de Campeche; 27 de Coahuila; 152 de Colima; 155 de Chiapas; 154 de Chihuahua; 153 del Distrito Federal; 153 de Durango; 29 de Guanajuato; 30 de Guerrero; 151 de Hidalgo; 158 de Jalisco; 1.36 del Estado de México; 159 de Michoacán, 26 de Morelos; 29 de Nayarit; 108 de Nuevo León; 144 de Oaxaca; 154 de Quintana Roo; 152 de San Luis Potosí; 97 fracción V de Sonora; 149 de Sinaloa; 27 de Tabasco; 184 de Tamaulipas; 148 de Tlaxcala, 112 de Veracruz y el 71 de Yucatán.

competencia del tribunal en cuestión, segundo elemento constitutivo de dicha sumisión.²⁹⁸ De este modo, la fracción II de los Código de Procedimientos Civiles señala: “II) el demandado por contestar la demanda o por reconvenir al actor”.²⁹⁹ El profesor Silva señala que la actuación del demandado debe ser de una comparecencia sin reserva.³⁰⁰

La unión de las dos primeras fracciones deriva en la existencia de un “concurso de voluntades”³⁰¹ o 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 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 concerniente al DIPr se consumaría la sumisión tácita.

Segunda, vemos que esta fracción recoge la figura de la reconvencción, 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, formula una *nueva pretensión* contra el actor”.³⁰² De esta forma, uno de los elementos de la sumisión tácita es cuando el demandante se convierte en demandado reconvenccional; es decir, el demandado presenta su “demanda reconvenccional” y el demandante contesta sobre el fondo, sin impugnar la competencia del juez.

²⁹⁸ Calvo Caravaca 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”. Calvo Caravaca, A. L., *op. cit.*, p. 42

²⁹⁹ Esta fracción II se añade en los siguientes Códigos de Procedimientos Civiles en los artículos: 139 de Aguascalientes; 154 de Baja California; 153 de Baja California Sur; 141 de Campeche; 27 de Coahuila; 152 de Colima; 155 de Chiapas; 154 de Chihuahua; 153 del Distrito Federal; 153 de Durango; 29 de Guanajuato; 30 de Guerrero; 151 de Hidalgo; 158 de Jalisco; 1.36 del Estado de México; 159 de Michoacán; 26 de Morelos; 29 de Nayarit; 108 de Nuevo León; 144 de Oaxaca; 154 de Quintana Roo; 152 de San Luis Potosí; 97 de Sonora; 149 de Sinaloa; 27 de Tabasco; 184 de Tamaulipas; 148 de Tlaxcala; 112 de Veracruz, y el 71 de Yucatán.

³⁰⁰ Silva, J. A., *op. cit.*, p. 108.

³⁰¹ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *op. cit.*, p. 54.

³⁰² Ovalle Favela, J., *Derecho procesal civil*, 8a. ed., México, Oxford, 2001, p. 105.

Tercera, 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”.³⁰³

Con alguna pequeña variación, la fracción III de los Códigos de Procedimientos Civiles señala que: “el que habiendo promovido una competencia se desiste de ella”.³⁰⁴

Por último, la fracción IV, que también sufre variación en el algunos Códigos de Procedimientos Civiles, señala que: “el tercer opositor y el que por cualquier motivo viniere al juicio”.³⁰⁵

Además de estos cuatro causales, encontramos que algunos Códigos de Procedimientos Civiles las aumentan a cinco; este es el caso del Código de Procedimiento Civil de Nayarit en su artículo 29 que señala: “V. El que interpusiere algún recurso, salvo el caso de que este 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 Alimenticias. 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— señala la posibilidad de hacer competente a un tribunal a través de la materialización de la sumisión tácita.³⁰⁶ De esta forma, se amplía la

³⁰³ *Cfr.*, Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *op. cit.*, p. 55.

³⁰⁴ Esta fracción III se añade en los Códigos de Procedimientos Civiles en los siguientes artículos: 139 de Aguascalientes; 154 de Baja California; 153 de Baja California Sur; 141 de Campeche; 27 de Coahuila; 152 de Colima; 155 de Chiapas; 154 de Chihuahua; 153 del Distrito Federal; 153 de Durango; 29 de Guanajuato; 30 de Guerrero; 151 de Hidalgo; 158 de Jalisco; 1.36 del Estado de México; 159 de Michoacán; 26 de Morelos; 29 de Nayarit; 108 de Nuevo León; 144 de Oaxaca; 154 de Quintana Roo; 152 de San Luis Potosí; 97 de Sonora; 149 de Sinaloa; 27 de Tabasco; 184 de Tamaulipas; 148 de Tlaxcala, y 112 de Veracruz. Falta esta fracción en el artículo 71 de Yucatán.

³⁰⁵ Esta fracción IV se añade en los Códigos de Procedimientos Civiles en los siguientes artículos: 139 de Aguascalientes; 154 de Baja California; 153 de Baja California Sur; 141 de Campeche; 27 de Coahuila; 152 de Colima; 155 de Chiapas; 154 de Chihuahua; 153 del Distrito Federal; 153 de Durango; 151 de Hidalgo; 158 de Jalisco; 1.36 del Estado de México; 159 de Michoacán; 26 de Morelos; 29 de Nayarit; 108 de Nuevo León; 144 de Oaxaca; 154 de Quintana Roo; 152 de San Luis Potosí; 97 de Sonora; 149 de Sinaloa; 184 de Tamaulipas; 148 de Tlaxcala; 112 de Veracruz y el artículo 71 de Yucatán. Falta esta fracción en el artículo 29 de Guanajuato, 30 de Guerrero, y el 27 de Tabasco.

³⁰⁶ Artículo 8o. de la Convención Interamericana que señala: “Serán competentes en la esfera internacional para conocer de las reclamaciones alimentarias, a opción del acreedor:

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 como 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, como el acreedor de alimentos, tampoco puede desdeñarse por completo. Podemos pensar que la generación es a favor de un foro de protección; aunque no cabe descartar la remota posibilidad de generar un foro exorbitante cuando la sumisión se produce a favor de un tribunal con escasa vinculación.

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.

El demandado puede adoptar una tercera posición procesal. Lejos de comparecer y contestar u objetar, una vez emplazado,³⁰⁷ puede declararse en rebeldía objetiva “estratégica”.³⁰⁸ Ante esta nueva posibilidad procesal

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, o 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”.

³⁰⁷ 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”. Ovalle Favela, J., *op. cit.*, p. 62.

³⁰⁸ 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.*

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”.³⁰⁹ No creemos que se pueda sostener la competencia judicial civil internacional de un tribunal mexicano mediando rebeldía objetiva del demandado 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.³¹⁰

El profesor Silva atinadamente sostiene que: “no obstante, podemos afirmar que la incontestación 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”.³¹¹ 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”.³¹²

Un autor chileno señala que: “no se entenderá que hay sumisión cuando el proceso se sigue en rebeldía”,³¹³ 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”,³¹⁴ o como Virgós Soriano y Garcimartín Alférez quienes señalan:

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 106.

³¹⁰ *Ibidem*, pp. 108 y 109; Silva, J. A., *op. cit.*, p. 109.

³¹¹ Silva, J. A., *op. cit.*, p. 27.

³¹² *Ibidem*, p. 27; mismo autor, *op. cit.*, p. 110.

³¹³ Ríos de Marimón, H., *op. cit.*, p. 168.

³¹⁴ Aguilar Benítez de Lugo, M., *et al.*, *op. cit.*, p. 99.

...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 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.³¹⁵

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 desde que dicha falta refleja una ausencia de la voluntad del demandado de litigar ante los tribunales mexicanos. Los tribunales mexicanos como cualquier otro tribunal se deben declarar *de oficio* incompetente. Siendo esta la regla general, 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*.³¹⁶

Por lo que se refiere al proyecto de Código Modelo de DIPr 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. Sobre este punto señalamos que parece abun-

³¹⁵ Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, p. 195.

³¹⁶ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *op. cit.*, p. 51.

dar 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 requisito de la escritura, el de la renuncia expresa y, un tercero que recaer 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 DIPr 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, ¿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 o 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 (Corte Internacional de Arbitraje, Asociación Americana de Arbitraje, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Centro de Arbitraje de México 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 de-

mandado, 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 afirmar que sí 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 alternativo 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; la escritura de ambas actuaciones procesales se traduce al “consentimiento escrito” que exige el Convenio de Nueva York (artículo II.1) o el Convenio de Panamá (artículo 1o.).

Ya que se admite el consentimiento diferido, la escritura de la presentación y de la contestación a la demanda, será el equivalente necesario para determinar que es el consentimiento escrito exigido por seguridad jurídica. Una postura que se refuerza por lo establecido en el artículo 1423³¹⁷ del Código de Comercio mexicano, el cual tuvo como referente la Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje.

En resumen, se produce una sumisión tácita con la consecución de estos dos actos procesales, presentación de demanda por escrito y contestación por escrito; lo cual, si bien pudiera forzar el requisito del “consenti-

³¹⁷ “Artículo 1423. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

miento escrito” normativamente exigido, está permitido por el Código de Comercio.

En el segundo caso, asistimos a una postura con idéntico resultado; 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 *derogatio fori* operan con los mismos principios y limitaciones entre tribunal ordinario-tribunal ordinario, entre tribunal arbitral-tribunal ordinario y entre tribunal ordinario-tribunal arbitral.

El común denominador 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, es donde 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 como sea necesario por la común y concurrente voluntad de las partes.

Para finalizar con este apartado debemos mencionar el proyecto de Código de DIPr mexicano el cual señala en su artículo 18 que: “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”.

III. SUMISIÓN O PRÓRROGA EXPRESA

La prórroga expresa recibe también el nombre de “cláusula o pacto de foro prorrogando”,³¹⁸ o de “cláusula de fuero convencional”.³¹⁹

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 uno principal. En este sentido, el artículo 69

³¹⁸ Silva, J. A., *op. cit.*, p. 28; mismo autor, *op. cit.*, p. 106.

³¹⁹ *Idem.*

del Código de Procedimiento Civil 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. 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”.³²⁰ 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 Código de Procedimiento Civil de Coahuila el cual establece el requisito de la escritura de manera expresa:

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 Código de Procedimiento Civil 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”.

El elemento mínimo e indispensable es la constancia indubitada 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”.³²¹ Sea cual sea la postura sobre el contenido mínimo que

³²⁰ Silva, J. A., *op. cit.*, np. 28.

³²¹ *Idem.*

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 o desastrosas que pudieran derivar en una dilación innecesaria e incluso fraudulenta de una inicial etapa procesal.³²²

Llegados a este punto, nos preguntamos sobre el alcance de la inclusión de una renuncia expresa, como lo solicitan los Códigos de Procedimientos Civiles de las entidades federativas. Echando un vistazo, encontramos en el artículo 138 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 también los Códigos de Procedimientos Civiles de las siguientes entidades federativas: artículo 153 de Baja California; 152 de Baja California Sur; 140 de Campeche; 27 de Coahuila; 154 de Chiapas; 153 de Chihuahua; 152 de Durango; 150 de Hidalgo; 157 de Jalisco; 1.35 del Estado de México; 158 de Michoacán; 25 de Morelos; 28 de Nayarit; 107 de Nuevo León; 143 de Oaxaca; 151 de Querétaro; 153 de Quintana Roo; 151 de San Luis Potosí; 97 de Sonora; 148 de Sinaloa; 183 de Tamaulipas; 147 de Tlaxcala y el artículo 111 de Veracruz.

Cabe resaltar que el artículo 69 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”.³²³

³²² 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. La delimitación entre cláusula patológica y cláusula desastrosa. Guerrero del Río 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”. Guerrero del Río, R., “Algunas reflexiones sobre la cláusula compromisoria en el arbitraje comercial internacional y sobre las cláusulas patológicas en particular”, en *Estudios de Arbitraje, Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 629-636.

³²³ Este artículo señala en su fracción I: “El del lugar que el deudor haya designado para ser requerido judicialmente de pago” y en la fracción III: “El del domicilio del deudor, si éste tuviere varios, el que elija el actor”.

El alcance del requisito de una renuncia expresa es ciertamente limitado ya que este tipo de prórroga (expresa) puede ser desplazada y sustituida por una sumisión tácita que en cuanto acto procesal posterior derogaría el acuerdo expreso anterior.³²⁴ 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 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.³²⁵

El hecho de que la sumisión expresa sea 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. La relación entre la sumisión expresa y tácita es de derogación, no de complementariedad.

Un grupo de Códigos de Procedimientos Civiles establece de manera clara las materias que expresamente excluidas están excluidas de la sumisión expresa. En este sentido encontramos:

- a) Coahuila artículo 27 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) Guerrero artículo 18 que señala

³²⁴ 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”. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *op. cit.*, p. 64.

³²⁵ Silva, J. A., *op. cit.*, pp. 28 y 29.

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.

IV. Cuando se trate de acciones reales 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) Morelos artículo 24 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) Sonora artículo 96 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.

Resta preguntamos por los límites que se deben considerar respecto a la sumisión expresa. En este sentido, el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil 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”. Así, encontramos el artículo 567 del Código Federal de Procedimientos Civiles 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”. 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 el eslabón débil en la relación jurídica.

Finalmente, el artículo 169 del proyecto de Código de DIPr mexicano 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.

IV. FIGURAS AFINES

El primer punto es la diferencia que existe entre foro concurrente y foro prorrogado en este apartado. En el supuesto de un foro concurrente estamos frente a varios tribunales potencialmente competentes. Por lo que, 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. Mientras que 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 de las partes.³²⁶ 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) cambia el sentido de su voluntad haciendo que el tribunal inicialmente incompetente pase a declararse competente.

En segundo lugar, hay que diferenciar entre la cláusula por la cual se elige un tribunal competente —cláusula de elección de foro— y la cláusula por la que se señala la ley aplicable al fondo de la pretensión, cláusula de elección de *ius*. Debemos afirmar que 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 autónoma 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. Un 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”. Por tanto, 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.³²⁷ Por la primera se elige el “quién”, y por la segunda, el

³²⁶ *Ibidem*, p. 22.

³²⁷ Partícipe de estas ideas encontramos a López Velarde Estrada que señala: “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

“cómo”. Si bien podemos señalar que el común denominador de ambas cláusulas es que se trata de “focalizar” o “localizar”, tanto al tribunal nacional como el derecho aplicable razonablemente conectado con el supuesto de hecho. Tras observar ambas cláusulas, se puede concluir que ninguna ofrece una respuesta al fondo de una pretensión, son solamente cláusulas de remisión, de localización al “quién” y al “cómo”.

Para finalizar brevemente señalamos que la actual regulación de la prórroga no contempla el denominado *error enim litigatorum* o 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 en el caso de que la sumisión se realizara mediando error, la sentencia que se pudiera pronunciar era inválida.³²⁸

internacional las partes contratantes por lo regular establecen una *cláusula de derecho aplicable*”. López Velarde Estrada, R., “Derecho aplicable en materia de contratos internacionales”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 5, octubre, 1998, p. 39.

³²⁸ Silva, J. A., *op. cit.*, p. 27.