CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. FRANCESCO CAPOTORTI presentadas el 17 de noviembre de 1976 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. En el presente asunto, se pide al Tribunal de Justicia que resuelva un problema de interpretación del artículo 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Permítaseme recordar que se trata del artículo relativo a la prórroga de la competencia. Esta norma contempla el supuesto de que «las partes, teniendo al menos una de ellas su domicilio en el territorio de un Estado contratante, hubieran designado un tribunal o los tribunales de un Estado contratante para conocer de los litigios, presentes o futuros, nacidos en una relación jurídica determinada», atribuyendo competencia exclusiva al tribunal o tribunales así designados, siempre que el acuerdo de las partes revista forma «escrita» o «verbal ratificada por escrito». Precisamente sobre el alcance de este requisito formal, versan las cuestiones prejudiciales que el Bundesgerichtshof de la República Federal de Alemania ha sometido al Tribunal de Justicia.

Las partes en el litigio principal, la sociedad alemana RÜWA, en calidad de vendedor, y la sociedad italiana Estasis Salotti, en calidad de comprador, estipularon en Milán, el 31 de octubre de 1969, un contrato de compraventa que plasmaron en papel comercial, con membrete del vendedor y, al dorso del cual, figuraban impresas las condiciones generales previamente establecidas por éste. El texto del contrato, no hacía referencia ni remisión alguna a dichas condiciones. Se decía que el comprador encargaba al vendedor «las máquinas ofertadas de acuerdo con su carta de fecha 18 de septiembre de 1969». En realidad, la carta de 18 de septiembre iba acompañada de siete ofertas de venta, de fecha 11 de septiembre, cada una de las cuales se refería a las condiciones generales de venta impresas al dorso, mientras que la carta no contenía referencia alguna de dicho género.

Por haberse negado, a continuación, el comprador a recibir las máquinas, el vendedor le demandó ante el tribunal alemán designado en la cláusula atributiva de competencia, que figuraba en las condiciones generales. El tribunal, aplicando los artículos 1341 y 1342 del Código Civil italiano

* Lengua original: italiano.

(normas que exigen la confirmación expresa por escrito de las cláusulas impresas de atribución de competencia), admitió la excepción de incompetencia propuesta por el comprador. El tribunal de apelación, por el contrario, estimando que debía aplicar el artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana, para determinar la validez de la prórroga de la competencia invocada por el vendedor, estimó competente al órgano jurisdiccional alemán.

El Bundesgerichtshof, ante el cual se recurrió en casación, planteó al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 3 del Protocolo de 3 de junio de 1971 relativo a la interpretación del Convenio de 27 de septiembre de 1968, las siguientes cuestiones:

1) ¿Se cumple la exigencia de forma escrita, establecida por el párrafo primero del artículo 17 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, cuando entre las condiciones generales de venta, impresas al dorso de un contrato firmado por ambas partes, figura una cláusula atributiva de competencia?

2) ¿Se satisface tal requisito cuando, en concreto, las partes hacen referencia expresa en el contrato a una oferta anterior que se remitía a las condiciones generales de venta, adjuntas a esta última, y entre las que figuraba una cláusula atributiva de competencia?

2. Se presenta, de nuevo, en este caso el problema general de la elección entre una interpretación autónoma de las disposiciones del Convenio y el reenvío al Derecho material aplicable, según el Derecho internacional privado del foro, que el Tribunal de Justicia ya puso de manifiesto en su sentencia de 6 de octubre de 1976, Industrie tessili italiana (12/76,- Rec. p. 1473). Indudablemente, la forma es sólo uno de los aspectos del acuerdo privado sobre prórroga de la competencia; y la conexión entre los diversos aspectos de dicho acuerdo es aún más clara cuando la prórroga de la competencia queda contenida en una sola cláusula, inserta en un contexto de cláusulas contractuales relativas a cuestiones de fondo. Ello explica por qué, a nivel de Derecho interno, algunos autores han considerado que la forma del acuerdo o de la cláusula de prórroga de la competencia debe determinarse teniendo en cuenta las normas de Derecho internacional privado relativas a la forma de los contratos (que en la mayor parte de los Estados se rige por el principio *locus regit actum)*. ¿Puede tener influencia esta manera de pensar sobre el problema interpretativo que se trata de afrontar?

Mi respuesta es negativa, por dos motivos. En primer lugar, pienso que el artículo 17 del Convenio, al regular los requisitos que debe cumplir la cláusula o el acuerdo de prórroga de la competencia con el fin de conseguir el efecto deseado por las partes, permanece ligado a la función procesal propia del Convenio y no prejuzga en modo alguno, ni determinados problemas de fondo, inherentes a esta manifestación de voluntad (capacidad para actuar, eventuales vicios de consentimiento), ni el problema de

la forma que debe respetar el contexto contractual en el cual se inserta la cláusula. En otras palabras, el artículo 17 se limita a establecer los requisitos necesarios para que se produzca el efecto procesal consistente en la prórroga de la competencia. En segundo lugar, es evidente la importancia de dar un trato uniforme, en todos los Estados contratantes, a aquellos particulares entre los cuales median acuerdos de prórroga de la competencia. Dicha exigencia no se respetaría en caso de reenvío a uno u otro Derecho material aplicable a la forma de los actos, según el Derecho internacional privado de cada uno de los Estados miembros. Por ello, el artículo 17 del Convenio de Bruselas ha de interpretarse de manera autónoma respecto a los Derechos nacionales.

3. La formulación del artículo 17 del Convenio de Bruselas es bastante similar a la del apartado 2 del artículo 3 del Convenio germanobelga de 30 de junio de 1958, que entró en vigor el 27 de enero de 1961, artículo inspirado, a su vez, en la norma del artículo 2 del Convenio de la Haya de 15 de abril de 1958, sobre competencia del foro contractual en caso de compraventa de carácter internacional de bienes muebles.

Como se desprende del informe Jenard, relativo al Convenio de Bruselas, con la exigencia de forma escrita, se ha intentado garantizar la seguridad de las relaciones jurídicas. Ello significa que se requiere una prueba segura de la existencia de una voluntad común de las partes en relación con la cláusula que determina el Juzgado competente, evitando así la inseguridad y disparidad de juicio sobre la existencia y sobre los términos de dicho acuerdo, que posiblemente se habrían producido si se hubiera acogido el criterio de una plena libertad de forma.

Siempre según el informe Jenard, la norma del artículo 17 debería permitir la tutela de tales exigencias, sin caer en un formalismo excesivo, que pudiera obstaculizar los usos del comercio. Los autores del Convenio han pretendido, efectivamente, tutelar el interés del comercio de fluidez y flexibilidad de las formas jurídicas, sobre todo, allí donde se admitió que las partes contratantes pudieran válidamente estipular la prórroga de la competencia, incluso mediante cláusula verbal, siempre que fuera «ratificada por escrito». El mecanismo de confirmación no queda claramente establecido y puede dar lugar a algunas dificultades interpretativas, especialmente cuando la confirmación procede de una sola de las partes; pero esto queda al margen del presente caso. Tendremos la ocasión de volver sobre este punto en las conclusiones relativas al asunto 25/76.

La cuestión central planteada en el presente caso, es otra: la de las cláusulas de prórroga de la competencia previamente establecidas por escrito, por una de las partes contratantes en su propio beneficio y que, generalmente, se hallan ya impresas sobre los modelos o formularios utilizados para los contratos o para las ofertas de contrato. Sabemos que algunos ordenamientos jurídicos nacionales, frente al riesgo de que dicha cláusula sea aceptada por la parte que no la ha establecido previamente, sin darse plena-

mente cuenta del alcance de su compromiso, exigen requisitos de forma, por así decir, más estrictos. No sólo la forma escrita -obviamente respetada cuando la cláusula ha sido previamente establecida y, en particular, cuando se halla impresa- sino también la aceptación expresa por escrito. El Convenio no contiene una norma de este tipo e, incluso la reserva expresada por Luxemburgo que exige una aceptación expresa y específica para que el acuerdo atributivo de jurisdicción produzca sus efectos en relación con las personas domiciliadas en este Estado (párrafo segundo del artículo I del Protocolo anexo al Convenio), demuestra que, en líneas generales, la aprobación específica por escrito, va más allá de lo establecido por el artículo 17. Ello se debe siempre, probablemente, a la preocupación de no obstaculizar los usos del comercio con requisitos de forma que pudieran parecer demasiado estrictos. Sin embargo, el informe Jenard, al citar el informe que acompañaba al Convenio germanobelga de 1958, contiene una frase bastante significativa a este respecto, cuando afirma que se trata de «neutralizar los efectos de las cláusulas que pueden pasar inadvertidas en los contratos». Y añade: «Tales cláusulas sólo serán, por tanto, tenidas en cuenta si son objeto de acuerdo, lo que supone un intercambio de consentimientos entre las partes. Así, no producirán sus efectos las cláusulas que figuren en los impresos destinados a la correspondencia o a la facturación, que no hayan sido aceptadas por la parte frente a la cual se oponen.»

No hay duda de que los párrafos citados, cuando hablan de «cláusulas que puedan pasar inadvertidas», se refieren implícitamente a las cláusulas previamente establecidas por una de las partes.

La orientación que surge del informe Jenard puede traducirse, en mi opinión, en los siguientes términos: Aunque la parte contratante que no ha contribuido al establecimiento de la cláusula, tenga la posibilidad de tomar conocimiento de ella (por ejemplo, leyendo lo que está impreso al dorso de un formulario), ello no basta; hay que probar el consenso, la voluntad común de las partes, que evidentemente va más allá del simple conocimiento o de la posibilidad de conocimiento de las cláusulas, que una parte ha establecido en su propio beneficio. Creo que esta orientación es perfectamente válida. No solamente responde al principio general de tutela de la parte contratante más débil, en el cual también se inspira el artículo 17, sino que, además, toca ese punto límite en el que la falta de cumplimiento de un requisito formal puede significar falta total de consentimiento.

En la práctica, este riesgo subsiste, sobre todo, cuando las cláusulas previamente establecidas han sido escritas fuera del texto del contrato (ya he puesto el ejemplo, que además coincide con el presente caso, de cláusulas impresas al dorso de la hoja sobre la cual se redacta el contrato). En un supuesto de este tipo, el contrato podría remitirse a las cláusulas, pero el empleo de esta técnica de remisión hace que surjan algunas dificultades suplementarias. Sin pretender presentar aquí una casuística exhaustiva de las maneras en que se puede formular la remisión, me limitaré a señalar que debe ser lo suficientemente precisa

como para que se pueda razonablemente presumir que la parte frente a la cual se ha opuesto la prórroga de la competencia la había aceptado.

En definitiva, en el caso en que la cláusula de prórroga de la competencia haya sido previamente establecida y, en particular, cuando figure entre las condiciones generales de venta, la función de garantía del consentimiento, que desempeña la forma escrita exigida por el artículo 17, impone una rigurosa verificación del consentimiento del comprador en relación a la prórroga de la competencia. Este rigor se justifica en razón de la gravedad que reviste, en el plano internacional, la sustracción de una de las partes del contrato a su Juez ordinario predeterminado por la ley indicada en los artículos 2 y 5 del Convenio de Bruselas.

4. A la luz de los conceptos generales, hasta ahora expuestos, paso a examinar las dos cuestiones planteadas por el Bundesgerichtshof.

En relación con la primera, señalemos que, cuando la cláusula de prórroga de la competencia figura entre las condiciones generales de venta impresas al dorso del folio que contiene el texto del contrato, debe existir una referencia clara a dicha cláusula o, al menos, a las condiciones generales de venta, en el texto mismo del documento bajo el cual el comprador estampa su firma a fin de evitar que se le oponga tal cláusula, sin haber tenido consciencia de ella en el momento de la estipulación del contrato, y para garantizar, por tanto, que se ha formado el acuerdo de las partes sobre dicha prórroga. La simple circunstancia de que se haya estipulado un contrato en un formulario, al dorso del cual se hallan impresas las condiciones generales previamente establecidas por el vendedor, entre las cuales también figura la cláusula de prórroga de la competencia, no es suficiente para probar que el comprador efectivamente tuvo conocimiento de la cláusula de prórroga, o que aún teniéndolo, tuvo intención de aceptarla.

Teniendo, pues, en cuenta que la forma escrita exigida por el artículo 17 sirve, sobre todo, para garantizar la realidad del acuerdo sobre prórroga de la competencia, no se puede considerar que se ha cumplido la norma contenida en dicho artículo en el caso anteriormente citado. La conclusión contraria significaría poner en peligro el criterio de seguridad en las relaciones jurídicas que determinó la adopción de tal norma. No me parece que sea un formalismo excesivo exigir una remisión clara y expresa, si no específicamente a la cláusula de prórroga, si al menos a las condiciones generales entre las que figura.

5. La segunda cuestión contempla un supuesto más complejo: áquel en el que las partes hacen referencia expresa a una oferta anterior que se remitía a las condiciones generales, anexas a ésta, entre las que figuraba la cláusula relativa a la competencia judicial.

No se puede negar, ni admitir de manera absoluta, que una remisión indirecta a una

cláusula de prórroga, satisfaga los requisitos del artículo 17. Ha de comprobarse, en cada caso concreto, si dicha remisión se ha efectuado en términos suficientemente claros, de modo que responda objetivamente a la exigencia de certeza que la norma objeto de examen pretende tutelar.

Por tanto, para responder adecuadamente a la pregunta del Bundesgerichtshof, habrá que contemplar más de cerca el supuesto en relación con el cual fue planteada la cuestión.

La carta de 18 de septiembre de 1969 que acompañaba a las siete ofertas de venta, a la cual se refiere el contrato de 31 de octubre siguiente, no hacía, en realidad, mención alguna a las condiciones generales de venta que figuraban al dorso de cada una de las ofertas, sino que simplemente se refería a las ofertas. Estas, a su vez, se remitían a las condiciones de venta impresas al dorso de cada una de ellas. Por tanto, a partir del contrato, nos hallamos en presencia de una cadena de tres remisiones: Del contrato a la carta, de ésta a las ofertas de venta, de cada oferta a las condiciones generales de venta. Y no hay que olvidar que la cláusula de prórroga sólo era una de las condiciones generales y, por tanto, no se destacaba particularmente.

¿Podría considerarse que una remisión tan indirecta bastaría para satisfacer los requisitos de forma exigidos por el párrafo primero del artículo 17?

Si este extremo debiera resolverse aplicando el Derecho interno de los Estados signatarios del Convenio de Bruselas, la solución podría ser diferente según el ordenamiento jurídico nacional al que nos refiriéramos. No hay duda de que, según el Derecho italiano, la prórroga no se habría estipulado válidamente, ya que el citado artículo 1341 del Código Civil, dispone que las condiciones generales del contrato, previamente establecidas por uno de los contratantes, no pueden surtir efectos en relación con la otra parte, si ésta no las ha aprobado expresamente por escrito. En Derecho francés, la solución sería probablemente la misma que en Derecho italiano. El artículo 48 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que entró en vigor el 1 de enero de 1976, establece efectivamente, que toda cláusula contraria a las normas de competencia territorial, se tiene por no puesta, a menos que haya sido estipulada entre personas que hubieran, todas ellas, contratado en calidad de comerciantes y que se haya especificado «*de façon très apparente* dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée».

En Derecho alemán, la solución podría, por el contrario, ser favorable a la oponibilidad de la cláusula de prórroga, con arreglo al artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la interpretación dada en el presente caso por el Oberlandesgericht de Colonia, cuya decisión fue impugnada ante el órgano jurisdiccional que ha planteado estas cuestiones.

Obviaré la cuestión relativa al caso en que un contrato de compraventa se inserte en el contexto de relaciones comerciales habitua-

les entre dos empresas, en cuyo ámbito sea común el empleo de la cláusula de prórroga de la competencia. Este no parece ser el presente caso. En mi opinión se debe considerar insuficiente, en relación con los requisitos de forma exigidos por el párrafo primero del artículo 17 del Convenio de Bruselas, una técnica de remisión tan compleja y de carácter tan indirecto, como la que resulta de la hipótesis en relación con la cual el Bundesgerichtshof ha planteado las cuestiones objeto de examen. En efecto, dicha técnica no podría satisfacer la exigencia de certeza del pretendido acuerdo entre la parte que ha establecido previamente las condiciones generales, y aquella a la que se opone la cláusula de prórroga de la competencia.

6. Concluyo, por tanto, proponiendo al Tribunal de Justicia que responda a las dos cuestiones planteadas por el Bundesgerichtshof, del siguiente modo:

a) Cuando la cláusula de prórroga de la competencia figure entre las condiciones impresas al dorso del contrato firmado por ambas partes, no se cumple la exigencia de forma escrita contenida en el párrafo primero del artículo 17 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, si no existe una clara remisión a dichas condiciones en el texto mismo del contrato.

b) Tampoco se cumplen los requisitos del artículo 17 cuando un contrato se remite a un documento anterior que, sin contener, en sí mismo, el texto de las condiciones de venta, entre las cuales figura la cláusula atributiva de competencia y, sin referirse tampoco a esta última, se limita, a su vez, a hacer remisión a otro documento, el cual contiene una referencia a las condiciones de venta que figuran al dorso.