



Roj: **AAP SA 390/2021 - ECLI:ES:APSA:2021:390A**

Id Cendoj: **37274370012021200390**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **10/09/2021**

Nº de Recurso: **144/2021**

Nº de Resolución: **124/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA VICTORIA JOSEFA GUINALDO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SALAMANCA

AUTO: 00124/2021

Modelo: N10300

GRAN VIA, 37-39

Teléfono: 923.12.67.20 **Fax:** 923.26.07.34

Correo electrónico:

N.I.G. 37274 42 1 2019 0006094

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000144 /2021

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.1 de SALAMANCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000679 /2019

Recurrente: CARBONES Y TRANSPORTES GARCIA SL

Procurador: ANGEL MARTIN SANTIAGO

Abogado: ANA MARIA MARTIN BARTOLOME

Recurrido: COMPAÑIA DE SEGUROS AXA VERSICHERUNG AG

Procurador: MARIA TERESA ASENSIO MARTIN

Abogado: FRANCISCO OLIVELLA GIRALT

MINISTERIO FISCAL

A U T O N° 124/2021

Magistrados Iltmos. Sres.:

DOÑA MARIA DEL CARMEN BORJABAD GARCIA

DOÑA MARIA VICTORIA GUINALDO LÓPEZ

DON EUGENIO RUBIO GARCÍA

En SALAMANCA, a diez de septiembre de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 16 de diciembre de 2020 el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Salamanca dictó Auto en el procedimiento Ordinario N° 679/2019 ; **Rollo de Sala N° 144/2021**, cuya parte



dispositiva es como sigue: "Se aprecia la falta de competencia internacional en relación al presente asunto, absteniéndose de conocer del mismo."

2º.- Contra referida resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la legal representación de la parte demandante, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando se dicte, en su día, resolución por la que, estimando el recurso interpuesto, declare la competencia para conocer del presente asunto de los Juzgados y Tribunales Españoles, y por ende el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Salamanca.

Dado traslado de dicho escrito, por la representación jurídica de la parte demandada se presentó escrito en tiempo y forma, oponiéndose al recurso de apelación con arreglo a las alegaciones que formula y suplica se dicte sentencia por la que se confirme íntegramente el auto recurrido, todo ello con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito interesando la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo y se señaló para la deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día nueve de junio de dos mil veintiuno pasando los autos a la Ilma. Sra. Magistrada Ponente para dictar resolución.

4º.- Vistos, siendo **Ponente** la Ilma. Sra. Magistrada **Doña MARIA VICTORIA GUINALDO LÓPEZ**.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO - Objeto del recurso y resolución recurrida.

1º - Por el Procurador Sr. Martin Santiago, en nombre y representación de Carbones y Transportes García SL, se formuló Recurso de Apelación frente al *Auto de fecha 16 de diciembre de 2020 dictado por el juzgado de Primera Instancia nº 1 de Salamanca en Procedimiento ordinario nº 679 / 2019*, cuya parte dispositiva reza del tenor literal siguiente: "Se aprecia la falta de competencia internacional en relación al presente asunto, absteniéndose de conocer del mismo".

Motivos del Recurso.

A)- No planteamiento de la Declinatoria en plazo y forma.

Se argumenta, que la resolución recurrida parte del planteamiento de declinatoria, pero que en realidad no ha sido planteado como incidente previo en el plazo legalmente previsto, como evidencia que se ha celebrado la Audiencia Previa de modo que esto implica sumisión tacita a los Tribunales de Salamanca. Con cita de la STS de fecha 27 de octubre de 2005.

B)- Se alega que fue en la Audiencia Previa in voce cuando el Juzgador de instancia dio traslado para alegaciones y que la resolución ahora recurrida omite la argumentación expuesta en ese acto para rechazar la falta de competencia.

Se añade que, los Tribunales de Salamanca ya se han pronunciado sobre el fondo en asuntos similares lo que evidencia de forma palmaria la competencia de estos Juzgados.

C)- Error en la valoración de la posición de las partes en el contrato de seguro y por ende del derecho y jurisprudencia aplicable.

Se razona que, el Auto recurrido considerando que la Aseguradora demandada y la tomadora del seguro tienen su domicilio en Alemania opta por la prevalencia de aquel país.

Se recuerda la sentencia de Fecha 14 de julio de 2014 dictada por la AP de Salamanca, que considera aplicable el artículo 25 del Reglamento 1215/ 2012 y el Auto del TS de fecha 19 de febrero de 2019.

D)- Se invoca la Sentencia del TSJUE de 27 de febrero de 2020.

Se concluye que la competencia corresponde a los tribunales españoles bien por sumisión tacita de la demandada, bien por aplicación del artículo 25 apartado primero del Reglamento de la Unión Europea nº 1215/ 2012, artículo 24 de la Ley de contrato de seguro española y artículo 11 del Reglamento citado y Sentencia del TSJUE de 27 de febrero de 2020.

Se solicita la estimación del recurso y se declare la competencia de los Tribunales Españoles y por ende del Juzgado de Primera instancia nº 1 de Salamanca.



2º- La Procuradora Sra. Asensio Martin en nombre y representación de Axa Versicherung AG, formulo oposición al recurso interpuesto.

Se argumenta que, no es necesario plantear la declinatoria para que el juzgado pueda apreciar la falta de competencia internacional, con cita de la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 1981 que interpreta el artículo 18 del convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, de contenido idéntico, se dice al artículo 26 del Reglamento de la UE 1215 / 2012 relativo a la competencia judicial. Con cita de la Sentencia del TS de fecha 14 de marzo de 2007 y 8 de febrero de 2007.

Se añade que, cuando se hace valer la falta de competencia al amparo de la normativa europea no es necesario plantear declinatoria, sino que se puede cuestionar en la contestación prevaleciendo el derecho europeo y que además la LEC, artículo 39 tampoco hace imprescindible la declinatoria en la medida que puede ser acordado de oficio tan pronto como sea advertida.

En relación al fondo se alega, que la parte actora si acepto la sumisión a los tribunales alemanes y por ello no resulta aplicable la sentencia del 27 de febrero de 2020 y que en el producto firmado y aceptado figura una cláusula de atribución de competencia será Tribunal competente en la dirección registrada por la empresa Conergy AG.

Se niega que en las sentencias que cita la recurrente de la AP de Salamanca abordara la cuestión de competencia y se invoca el Auto de 14 de febrero de 2016 de la AP de Zaragoza que si lo hizo.

Se solicita la desestimación del recurso con imposición de costas a la parte recurrente.

3º- El Ministerio Fiscal en su informe de fecha 5 de febrero de 2021, solicito la desestimación del recurso.

En relación a la no formulación de declinatoria se dice que no es necesaria al poder ser apreciada de oficio con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38 de LEC.

Se añade que , se reclama por la actora la devolución de la prima no consumida en virtud de un contrato de seguro suscrito por una aseguradora y tomadora con domicilio social en Alemania que incluye cláusula de sumisión expresa , derivándose los derechos de la actora de los posteriores contratos suscritos con la tomadora ,y que por Aplicación del Reglamento (UE)121 5 / 2012 y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 , carecerían los Tribunales españoles de competencia en los términos expuestos en la resolución recurrida.

SEGUNDO - Examen de las actuaciones.

A)-El procedimiento se inició por demanda de la entidad mercantil CARBONES Y TRANSPORTES GARCIA, S.L." domiciliada en Salamanca, carretera de Vecinos km. 5,500, titular del C.I.F.837038593, frente a la entidad mercantil "COMPAÑÍA DE SEGUROS AXA VERSICHERUNG AG' con domicilió social en Hamburgo -C (Alemania), Heidenkampswe g 98, 20097 o Postfach (apartado de correos) 10 10 40 20007 Hamburgo - aseguradora de una serie de instalaciones fotovoltaicas a través de póliza suscrita con la entidad mercantil Conergy, España, S.L. y cuyo número de póliza es 20580012746.

La tomadora de la póliza fue Conergy AG que contrató en fecha 18 de mayo de 2.007 la instalación de una planta de producción de energía fotovoltaica, que llevaba asociado un seguro con garantía de producción que entró en vigor en fecha de cuatro de marzo de 2.008. Dicha planta está ubicada en el polígono 501, parcela 172 del paraje de Valdelabores en La Fuente de San Esteban (Salamanca).

El referido contrato de seguro, se dice, fue incorporado a un contrato más amplio de instalación de plantas fotovoltaicas como anexo, que, de forma anticipada, exigía el pago de la totalidad de la prima para las garantías que daban cobertura durante diez años.

Dicho contrato fue suscrito por la hora actora quien se colocó en la posición de asegurada, y habiendo sido la tomadora, la entidad Conergy AG y por derivación su filial en España, Conergy España, S.L.U, (**Entidad que está en concurso**, PD nº 8 de la demanda) que fue quien se encargó de cobrar la prima.

La ahora recurrente resolvió el contrato, resolución que fue acepta por la demandada y lo que ahora se reclama es el reintegro de la parte de la prima no consumida calculada desde 16 de septiembre de 2014 a 4 de febrero 2018.

El suplico rea del tenor literal siguiente: "... se dicte sentencia por la cual, estimando la demanda, se condene a la demandada a abonar ata actora la cantidad resultante de la prima no consumida por la declaración de resolución contractual emitida por la demandada y correspondiente al periodo que media entre el dieciséis de septiembre de 2014 y el cuatro de febrero de 2018, concretado en la cantidad de OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTAEUROS CON NOVENTA Y SEIS CENTIMOS (8.650,96 €), intereses legales".

La demanda invoca el artículo 10.5 del cc en relación al Reglamento del Consejo de Europa 44/ 2001, artículo 9.1.b), para fundar la aplicación de la normativa española y competencia de los tribunales españoles.

B)- La demanda fue admitida por Decreto de 23 de septiembre de 2019 y fue emplazada la parte demandada en legal forma (Ver acontecimiento 22 y 23 relativos a comisión rogatoria a Alemania).

C)- La parte demandada contesto, admitiendo que los seguros eran por plazo de diez años y admitiendo también la obligación de devolver al tomador la parte de la prima no consumida si se resolvían anticipadamente, *pero en relación con la ley aplicable se dice: "... lo primero que debe señalarse es que es obvio y no admite discusión el hecho de que el contrato de seguro suscrito por mi mandante es un contrato sometido a la Ley Alemana. Que eso es así es algo que cae por su propio peso, ya que tanto mi mandante, AXA VERSICHERUNG AG, como, sobre todo (y esto es lo importante), el tomador del seguro, la firma CONERGY AG, son empresas alemanas con domicilio en Hamburgo, Alemania. La prueba de ello es la primera página del documento (suponemos) nº 2b de la propia demanda que es una traducción de la póliza, donde como tomador del seguro aparece la citada CONERGY AG con domicilio en la Anckelmannplatz, nº 1 de Hamburgo (Alemania). Pero es que, además, lo cierto es que las partes del contrato eligieron como Ley aplicable la Ley Alemana. A este respecto, véase última frase de la cláusula nº 14 de las Condiciones Generales de la Póliza apartado A), aportada como documento nº 1 del presente escrito y también adjuntada a la demanda, cuyo tenor literal no admite duda. "Se aplicará el derecho alemán" Sentado que el contrato se somete a las normas del Derecho Alemán y no al Derecho Español, queda sin efecto la sumisión obligatoria a los Juzgados del domicilio del asegurado contenida en el artículo 24 de la LCS española, todo ello sin perjuicio de la normativa europea que debe prevalecer sobre el derecho español "*

D)-En la Audiencia Previa celebrada en fecha 27-11-2020, el juez de instancia dio traslado a la parte actora en relación al tema de la competencia, tema que quedó pendiente de ser resuelto por Auto.

E)-El Ministerio fiscal en su informe de fecha 11 de diciembre 2020 informa en el sentido de: "el presente procedimiento tiene por objeto una demanda de reclamación de cantidad interpuesta por la entidad Carbones y Transportes García, en su condición de asegurada, frente a la aseguradora Axa Versicherung AG, en virtud del contrato de seguro suscrito por ésta con Conergy AG que fue la tomadora del mismo. Se da la circunstancia de que tomadora y aseguradora tenían su domicilio social en Alemania y el contrato se celebró en Hamburgo, incluyendo entre sus cláusulas la sumisión a los tribunales de Hamburgo. Para determinar la competencia judicial resultaría de aplicación lo dispuesto en el Reglamento (UE) nº 1215 / 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En relación a la materia de seguros, el art. 15 apartado 3) excepciona expresamente de la regla general que permitiría la competencia de los tribunales españoles el concreto supuesto en que nos encontramos "que, habiéndose celebrado entre **un tomador de seguro y un asegurador**, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan, aunque el hecho dañoso se haya producido en el extranjero, competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de este prohíba tales acuerdos", por lo que el Juzgado al que nos dirigimos entendemos que carecería de competencia para conocer del presente procedimiento en virtud de la cláusula de sumisión expresa pactada a favor de los tribunales de Hamburgo.

F)- Por Auto de fecha 16 de diciembre 2020 se declara la falta de competencia de los Tribunales españoles , tras transcribir el contenido del artículo 36 y 38 de LEC (FD I) se argumenta que, la parte demandada tiene su domicilio en Alemania , que en esta país se celebraron los contratos y en esta país tiene su domicilio el tomador del seguro, **descarta la aplicación de la artículo 25 del Reglamento 1215 / 2012 al no está pactada la sumisión por la ahora parte actora** , siendo aplicables las reglas generales establecidas en el Reglamento sobre competencia en materia de seguros (artículo 10 y siguientes).

TERCERO - *Planteado en estos términos el debate, y pese a que la falta de competen internacional puede ser apreciada de oficio, (Art. 38. Apreciación de oficio de la falta de competencia internacional y de jurisdicción. La abstención a que se refieren los dos artículos precedentes se acordará de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional), cabe preguntarse si el hecho de no haberse planteado en forma como incidente previo por declinatoria por la parte demandada, esta circunstancia afecta a su apreciación de oficio, pues bien no establece la LEC un plazo en el que se debe observar esa falta de competencia o jurisdicción. Sólo señala que el tribunal se abstendrá "tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional.*

Es cierto que del contenido literal del art. 38 hay que deducir que la declaración de incompetencia de los tribunales españoles de oficio es una excepción que sólo se puede apreciar en los casos tasados en el art. 36.2 LEC. Y aunque el art. 36.2. 3º LEC (relativo a la sumisión tacita)está redactado en forma negativa, es



mejor, para su comprensión, explicarlo en forma positiva. Es decir, los jueces españoles sólo podrán conocer del litigio en el caso de que no puedan fundar su competencia judicial internacional en ningún foro previsto por la Ley, si el demandado emplazado comparece en debida forma por sumisión tácita de las partes.

La regla general es, por tanto, que la falta de competencia de los tribunales españoles sólo se puede apreciar a instancia de la parte demandada mediante declinatoria deducida en tiempo y forma y no de oficio por el tribunal español cuando el demandado emplazado comparece en debida forma, y **conforme a la LEC, si el demandado hace cualquier actuación procesal distinta de la de proponer en forma la declinatoria de "competencia internacional" como "incidente de previo pronunciamiento" se considera que existe sumisión tácita de dicha parte a los tribunales españoles, pues no planteó en forma la excepción declinatoria (STS, 1ª, 27.11.2005 (RJ 2005\8153))**." Sin embargo, esta normativa sólo es aplicable en defecto de instrumento internacional aplicable para determinar la falta de competencia. En este sentido, el concepto de "comparecencia" del Reglamento 44/2001 (o del Convenio de Bruselas y de Lugano) es distinto al establecido en la LEC.

De este modo, **la comparecencia del demandado realizada para impugnar la competencia judicial internacional del tribunal no implica sumisión tácita por su parte. Tampoco hay sumisión tácita si el demandado impugna la competencia judicial internacional y hace valer, también, una defensa subsidiaria sobre el fondo del asunto o una demanda reconventional subsidiaria (STJCE 24.6.1981; STJCE 22.10.1981; STJCE 7.3.1985; STJCE 31.3.1982; TJCE 14.7.1983; STS, 1ª, 29.9.2005 (RJ 2005\7156))**.

En el presente caso nos encontramos:

a)- **Ante un contrato de compraventa** - suministro e instalación de una planta solar fotovoltaica conectada a red llave en mano sita en la Fuente de San Esteban, contrato suscrito por la actora hora recurrente, con sede en Aldeatejada, en calidad de compradora (Salamanca) y Suntechnics Sistemas de Energía SL en calidad de vendedora (con sede en Madrid, entre sus estipulaciones figura que: ".... El alcance del suministro e instalación incluye la ingeniería, dirección de obra, acopio de materiales y componentes, suministro, transporte, carga y descarga, seguros aplicables, montaje y conexionado del conjunto, pruebas, puesta en marcha y preparación de la documentación final de los equipos que componen la instalación definida en la cláusula 1, **de acuerdo todo ello a la legislación vigente aplicable a este tipo de instalación**". Y se añade que: "LEY APLICABLE Y **arbitraje; el presente contrato se regirá por la Ley española**.: -as partes intentarán resolver de forma amistosa y de buena fe cualquier: -: controversia, discrepancia o litigio que pudiera derivarse de la interpretación: ejecución del presente contrato. En caso de no llegar a una solución: amistosa, las partes someterán sus divergencias a **arbitraje** de derecho. -l **arbitraje** tendrá lugar- ante el Tribunal de **Arbitraje** de la Cámara de Comercio e Industria de Salamanca, de acuerdo a lo previsto en su propio i) reglamento, y el idioma utilizado será el español, El laudo arbitral que se dicte será definitivo y vinculante para ambas partes aseguradora con domicilio en Alemania y la asegurada con domicilio en España.

b) - **Ante un contratogeneral de seguro para instalaciones fotovoltaicas** en el que figura como tomador Conergy AG (con sede en Hamburgo) como asegurador Axa Versicherung AG (Con sede en Hamburgo) y agencia de seguros Vfu Versicherungsmakler Fur (agencia de seguros para proyectos medioambientales SL compañía sociedad en comandita), **se aseguran - cláusula 3 apartado 1 : "los intereses de la sociedad Conergy AG, así como los de todas las empresas filiales asociados de sus franquiciados y de los respectivos operadores y propietarios . En el apartado 2 se dice : "Si se cumplieran las condiciones del artículo 14 de la ley alemanasobre contratos de seguros (Versicherungsvertragsgesetz - WG), es decir, insolvencia del tomador del seguro, el respectivo operador de la instalación fotovoltaica será incluido en el contrato de seguro individual como tomador del seguro** a partir de la fecha de solicitud de apertura de procedimiento de insolvencia sin que precise de un acuerdo por separado, siempre y cuando la gestión de los aspectos técnicos del seguro sba llevándose a cabo a favor de la agencia de seguros WJ GmbH & Co. KG Sociedad en comandita). No se extenderá una póliza de seguros individualizada.

La cláusula 14 reza del tenor literal siguiente; "14. Jurisdicción

la jurisdicción para dirimir todo lo conveniente al presente contrato general y a los respectivos contratos de seguros individuales compete a la ciudad de Hamburgo. Se aplicará el Derecho alemán".

Contrato se seguro que tienen la naturaleza de contratos de adhesión.

Los contratos de adhesión son, tal y como explican DÍEZ PICAZO y GULLÓN, aquellos en los que una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial *que realiza una contratación en masa, establece como contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de su empresa se conciertan*. Su característica más importante es que no van precedidos de una posible discusión sobre su contenido, sino que sus cláusulas han de ser aceptadas o rechazadas.



Una de las notas características del contrato de seguro es, precisamente, la de ser un contrato de adhesión. Al ser un contrato de adhesión, las condiciones generales son impuestas por la empresa aseguradora, estableciendo en cada uno de los contratos unas cláusulas típicas, teniendo la otra parte contratante únicamente la alternativa de aceptar o rechazar el contrato en cuestión. Al prestar la adhesión expresa, dichas condiciones quedan incorporadas al contrato.

Diversas sentencias del Tribunal Supremo configuran el contrato de seguro como un contrato de adhesión. Entre otras muchas se puede citar la sentencia del Tribunal Supremo, en concreto de su Sala 2.ª, de 5 de diciembre de 1989 que se expresa en los siguientes términos: «(...) la tradicional estimación del contrato de seguro como contrato de adhesión ha sensibilizado al legislador, consciente de las dificultades que se ofrecen al contratante, al tiempo de dar vida al contrato, para el conocimiento acabado del tejido de condiciones elaboradas por el asegurador, disciplinando uniformemente contratos que han de realizarse en masa. » .

La sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 27 de noviembre de 1989 es clara no sólo al considerar al contrato de seguro como un contrato de adhesión, sino en el modo de explicar el por qué: "Sabido es que el contrato de seguro obedece en su origen a la naturaleza de los llamados contratos de adhesión, porque sus cláusulas aparecen redactadas por la empresa aseguradora, de modo que al asegurado sólo le queda la libertad de aceptar o rechazar el texto que se le propone sin posibilidad de ninguna iniciativa por su parte relativa a la modificación de estas cláusulas.» .

En el mismo sentido se expresa la sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1991: «Sabido es cómo el contrato de seguro responde a la naturaleza de los llamados contratos de adhesión, porque sus cláusulas son redactadas por la compañía aseguradora de modo que al asegurado sólo le queda la libertad de aceptar o rechazar el texto que se le propone sin posibilidad de ninguna iniciativa por su parte en relación con la modificación de las condiciones concretas del negocio.».

Idéntica consideración del contrato de seguro como contrato de adhesión mantiene la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1991, parte de cuyo texto incluyo a continuación: «Una constante jurisprudencia de esta Sala -cfr. sentencias 5 y 13 de diciembre de 1989 y 27 de febrero de 1990- ha declarado que el artículo 76 de la LCS, no significa negar la naturaleza contractual del seguro voluntario, sino precisamente partir de aquélla. Ahora bien, al tratarse de un contrato de los llamados de adhesión, ha de tenerse en cuenta como norma genérica, la contenida en el artículo 1288 del Código Civil, y específicamente aplicable, la del artículo 3 de la LCS...».

Aclarado que, el contrato de seguro se puede considerar como contrato de adhesión cuando se contrata en masa, procede recordar que, en el mundo actual del comercio, cada vez es más infrecuente el contrato discutido por las partes en plano de igualdad y con libertad absoluta para contratar o no.

En la mayor parte de los contratos mercantiles, y entre ellos en el contrato de seguro, la igualdad es puramente teórica por ocupar una de las partes, en este caso el asegurador, una posición económica tan fuerte y privilegiada que le permite imponer su ley a los clientes.

Las exigencias del tráfico mercantil no permiten la discusión minuciosa de los contratos para su adaptación a los intereses concretos y específicos que pueden tener cada uno de los contratantes y fuerzan, por el contrario, a estipular **contratos tipo, de contenido rígido y predeterminado**, que se repiten uniformemente en una serie interminable de contratos iguales, en los que la voluntad de la parte que contrata con el asegurador, apenas desempeña un papel visible.

El tráfico de seguros, al igual que el bancario, los suministros de agua, electricidad o gas, etc., se realiza, por tanto, sobre la base de contratos uniformes, cuyo contenido se establece de antemano en unas cláusulas o condiciones generales que rara vez sufren modificaciones por las exigencias particulares de los clientes, prácticamente obligados a contratar bajo dichas condiciones, unilateralmente impuestas por el empresario, aunque puedan no haber sido elaboradas por el mismo.

Las exigencias del tráfico jurídico y económico han impuesto en la actual sociedad de consumo, la necesidad de la contratación en masa, ante la imposibilidad de acordar cliente por cliente, las condiciones de los contratos, debido al enorme volumen de éstos que se conciertan, y ello es plenamente aplicable al contrato de seguro . *Ahora bien, lo que por una parte es fruto de la necesidad, por otra, supone la imposición a una de las partes contratantes de un clausulado en el que no ha tenido ninguna intervención, y que, desde luego, siempre tenderá a favorecer los intereses del asegurador.*

Esto, como destacan muchos autores, y, entre otros, el profesor URÍA merma el principio clásico de la autonomía de la voluntad, por la limitación que sufre en él una de las partes, que sólo decide si contrata o no, si se adhiere o no al clausulado prefijado por el empresario, pero sin intervenir en su formación y sin posibilidad de variarlo.



Siempre han surgido dudas sobre la posibilidad de que la libertad contractual se vea restringida por normas imperativas que protejan a la parte débil en la contratación entre empresarios.

Sin embargo, hoy día existe consenso doctrinal y jurisprudencial en que la ley tutela a los empresarios que contratan en una posición de debilidad con otros empresarios y no sólo cuando actúan como consumidores, sino también en actos incluidos dentro del objeto que constituye su actividad.

Ahora bien, dicha tutela no puede equipararse sin más a la que se establece en beneficio del consumidor. A un empresario no se le puede aplicar ni el artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ni las normas imperativas del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que restringen las cláusulas abusivas. *Sin embargo, esto no significa que no estén protegidos, en el derecho español, no se le protege con las facilidades que ofrece el régimen restrictivo de dichas cláusulas dentro del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; pero sin la protección de dicho marco, al empresario le queda el régimen general del código civil, que veda tanto la mala fe como el abuso de derecho y vela por la lealtad contractual en su artículo 1210 CC.*

Además, al empresario en España sí que le protege el artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Dicho artículo declara radicalmente nulas aquellas condiciones generales que, en perjuicio del adherente, contravengan normas imperativas. El empresario puede ser el adherente dentro de un contrato de adhesión regulado por condiciones generales de la contratación.

En el caso de las cláusulas de sumisión expresa, existe un precepto imperativo al respecto. Se trata del artículo 54.2 de la LEC.

Dicho precepto establece la invalidez de las cláusulas de sumisión expresa incluidas en contratos de adhesión, condiciones generales impuestas por un empresario y contratos celebrados con consumidores.

De hecho, el artículo 54.2 de la LEC parece conceder al empresario un mayor ámbito de protección que el derivado del artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Al distinguir entre condiciones generales y contratos de adhesión como supuestos distintos, necesariamente, se están vedando las cláusulas de sumisión expresa en contratos que hayan sido predispuestos (es decir, no negociados) no sólo en una pluralidad de supuestos (como en el caso de condiciones generales), sino también de manera individualizada.

Lo esencial es que se haya impedido cualquier tipo de negociación sobre la cláusula de sumisión expresa. Dicho requisito es el relevante y concurre tanto en los contratos de adhesión como en las condiciones generales impuestas.

Por ello resulta superfluo el requisito de la aplicación a una generalidad de contratos que define las condiciones generales dentro de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y que por ello es un requisito para la aplicación de dicha ley, pero no para la aplicación del artículo 54.2 LEC.

La invalidez de las cláusulas de sumisión expresa impuestas por un predisponente a un adherente es imperativa en sentido relativo, ya que es posible la sumisión tácita del adherente al fuero pactado en la cláusula de sumisión expresa, especialmente cuando el adherente es el demandante. Cuando es el demandado la doctrina considera mayoritariamente que no cabe sumisión tácita, aunque para cierta doctrina sí que sería admisible cuando en la cédula de citación se le advierte sobre las consecuencias de no interponer la declinatoria. Junto a este marco regulador, específico y de carácter imperativo, también resultan de aplicación las normas generales del Código Civil.

Así cuando se pacten cláusulas de sumisión expresa entre empresarios en las cuales se ponga de manifiesto un desequilibrio deberán respetarse los principios de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho que condicionan la validez de cualquier actuación jurídica.

Por ello, las cláusulas asimétricas en beneficio del predisponente, aquellas en las que sólo al predisponente se le concede la facultad de elegir el foro (jurisdicción de su domicilio) son difíciles de conjugar con sendos principios. Especialmente cuando al adherente sólo se le permite demandar en la jurisdicción más favorable al predisponente. En tales casos, si ninguna razón justifica la distribución asimétrica de los efectos de la cláusula, deberán reputarse nulas.

En consecuencia, la Sala considera acertado el criterio de considerar como no puesta la cláusula de sumisión, conforme a lo establecido en el artículo 54.2 LEC.

En el presente caso, como señala el Auto impugnado con acierto, no resulta aplicable el artículo 25 del Reglamento 1215 / 2012, al no haber sido pactada de forma individualizada la sumisión por la actora en esta litis, y no vinculando tal cláusula a la parte actora y ahora recurrente, (cláusula que debe ser considerada nula



con arreglo al derecho español) debe estarse a las reglas generales; los artículos 11 y ss del Reglamento citado;

Artículo 11; "1. **El asegurador domiciliado en un Estado miembro podrá ser demandado:** a) ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde tenga su domicilio;

b) **en otro Estado miembro, cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde tenga su domicilio el demandante...**"

Artículo 12; **El asegurador podrá, además, ser demandado ante el órgano jurisdiccional del lugar en que se haya producido el hecho dañoso cuando se trate de seguros de responsabilidad** o de seguros relativos a inmuebles. La misma regla será de aplicación cuando se trate de seguros que se refieren a inmuebles y a bienes muebles cubiertos por una misma póliza y afectados por el mismo siniestro.

Artículo 13. 2. Los artículos 10, 11 y 12 serán aplicables en los casos de acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador cuando la acción directa sea posible.

Artículo 15; Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos:

3) que, habiéndose celebrado entre un tomador de seguro y un asegurador, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan, aunque el hecho dañoso se haya producido en el extranjero, competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, **a no ser que la ley de este prohíba tales acuerdos.**

Es público y notorio que la doctrina sobre condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos de adhesión nació en Alemania y de allí paso al Derecho supranacional europeo que vincula a todos los Estados miembros ,(Las principales fuentes del derecho son el Versicherungsvertragsgesetz (VVG, Ley del contrato de seguro), el Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG, Ley alemana de la supervisión del seguro), Bürgerliches Gesetzbuch (BGB, código civil), Pflichtversicherungsgesetz (PflVG, Ley del seguro obligatorio), Allgemeine Versicherungsbedingungen (Condiciones generales del seguro, GIC), condiciones especiales de la póliza y - si la política es antigua - declaraciones por escrito del asegurador. La fuente legal más importante es la Ley del contrato de seguro que entró en vigor el 30.05.1908. Se aplica a todas las clases de seguros y regula la relación contractual entre el asegurado y la compañía de seguros.

LA ley se ha revisado varias veces, la enmienda más reciente ha entrado en vigor el 29.07.1994, poniendo en práctica las directivas 90/618 EEC, 92/96 EEC y 87/344 EEC).

La Agencia de Supervisión Financiera Federal Alemana Agency (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, BAFin), supervisa a todos los aseguradores alemanes tanto legal como financieramente. El Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG, la Ley alemana de Supervisión del Seguro), ahora se ha revisado considerablemente para abarcar no solamente las condiciones para los aseguradores alemanes, sino también para los aseguradores extranjeros que realizan su actividad en Alemania (Drittes Durchführungsgesetz/EWG zum VAG). Los aseguradores que se han admitido para la realización de su actividad en Alemania, pueden también realizarla en cualquier parte de la EU. El BAFin examina si se cumplen las condiciones para un negocio transfronterizo (sec. 13 VAG) y, si éste es el caso, informan al cuerpo supervisor el país en el cual el asegurador desea realizar su actividad. Esto también aplica para los aseguradores de la EU que desean tomar realizar su negocio en Alemania).

CUARTO -La resolución impugnada manifiesta que, el derecho alemán no ha sido objeto de prueba, y ello es cierto, ahora bien, como ha subrayado la doctrina, la inaplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española o europea, debido a la falta de prueba de tal Derecho tergiversa los objetivos de las normas de conflicto elaboradas en la UE y que persiguen la creación de un espacio judicial europeo.

De nada sirve elaborar dichas normas de conflicto de la UE si posteriormente no se aplica el Derecho estatal al que tales normas de conflicto conducen

Es cierto que, no existe ninguna norma de Derecho internacional público que imponga a España como Estado miembro de la comunidad internacional un régimen jurídico relativo a la alegación y prueba del Derecho extranjero. Aparte ciertas reglas sobre la llamada «información del Derecho extranjero», tampoco existen normas contenidas en Convenios internacionales que, de modo expreso e inequívoco, regulen cómo llevar a cabo la prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles.

Tampoco existen normas de Derecho de la UE que impongan a los jueces y tribunales españoles la obligación de aplicar y probar de oficio el Derecho extranjero reclamado por las normas de conflicto europeas o españolas [SAP de Barcelona de 1 de julio de 2015 (filiación de hijo de madre lituana)]. En particular, la UE ni puede ni desea en modo alguno inmiscuirse y regular aspectos que pertenecen a la soberanía de los Estados miembros.



La existencia de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, creada por Decisión del Consejo 2001/470/CE, de 28 de mayo, no constituye un auténtico «sistema de prueba del Derecho extranjero», no es de utilización obligatoria y no cubre toda posible contingencia sobre la cuestión. Se trata de un mero instrumento auxiliar que el juez competente puede activar o no, lo que dependerá del sistema vigente en su Estado miembro. Si dicho Estado sigue un sistema de prueba del Derecho extranjero a instancia de parte y las partes no lo prueban, la presencia de la Red Judicial Europea en materia civil de bien poco servirá

Si en un conflicto, que se pretende someter a la resolución judicial, concurre algún elemento de extranjería, dado que el principio *iura novit curia* no alcanza al conocimiento del derecho extranjero, deberá acreditarse a los efectos de poder ser aplicado correctamente al caso planteado.

Esta materia ha sido y es objeto de diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales, y si bien es cierto que la aplicación del derecho extranjero y su previa alegación y prueba son cuestiones de legalidad ordinaria, la solución que se adopte entre las expuestas podrá tener transcendencia constitucional si supone una afectación ilegítima a la tutela judicial efectiva o a la seguridad jurídica.

El legislador hizo específica referencia a la prueba del derecho extranjero al introducir el segundo párrafo del artículo 12.6 del Código Civil, posteriormente sustituido por el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha sido completado por la Ley 29/2015, de 30 de julio.

Antes de la reforma operada por el Código Civil (CC) por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, el legislador guardaba silencio sobre el tratamiento procesal de la prueba del derecho extranjero, por lo que debió ser el Tribunal Supremo quien fijara, como criterios, que debía ser alegado y probado a instancia de parte, estando facultada, que no obligada, la autoridad judicial a intervenir en la prueba del derecho extranjero, siendo que, si no era alegado y probado, la autoridad judicial debía resolver conforme al derecho interno.

A partir de la reforma dicha, el artículo 12.6 CC tenía un segundo párrafo con el siguiente contenido: "La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas".

Este segundo párrafo había que interrelacionarlo con el primero del art. 12.6 CC según el cual "los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español".

De la interpretación sistemática de ambos párrafos resultaba que, si bien la autoridad judicial estaba obligada a aplicar de oficio la norma de conflicto que podía dar como resultado que el derecho aplicable al caso en concreto fuese extranjero, quien estaba obligada a probar el contenido y vigencia de tal derecho extranjero era la parte que lo invocaba, pudiendo la autoridad judicial colaborar en su averiguación.

Esta falta de coherencia entre los dos párrafos del art. 12.6 CC dio lugar a diversas interpretaciones sobre si debía dársele al derecho extranjero el tratamiento de los hechos, correspondiendo su alegación y prueba a las partes, o del derecho, con aplicación de oficio por la autoridad judicial, o, incluso, como un *tertium genus* que implicaba una colaboración efectiva entre las partes (que intentaban acreditar vigencia y contenido del derecho extranjero) y la autoridad judicial (que intervenía en la averiguación si las partes no lograban su objetivo).

El segundo párrafo del art. 12.6 CC se derogó por la disposición derogatoria única. 2.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). A partir de ese momento, su regulación se halló en la ley civil de ritos.

De la dicción del art. 281.2 LEC se desprende que el legislador ha eliminado la expresa mención a la carga probatoria del derecho extranjero de las partes, limitándose a regular la necesidad de su prueba.

Esta modificación, lejos de aclarar el conflicto sobre el tratamiento procesal del derecho extranjero, lo mantuvo, porque, pese a despersonalizar la carga de la prueba, se ubicó sistemáticamente el precepto dentro de las disposiciones generales sobre la prueba, que, como es sabido, es iniciativa de parte salvo que la ley la imponga a la autoridad judicial (artículo 282 LEC).

Para solucionar diversas controversias surgidas en torno a la materia analizada, la **Ley 29/2015, de 30 de julio**, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJI), **establece en su artículo 33 que** "1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia; 2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica; 3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español; 4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles".



El apartado V del Preámbulo de la Ley 29/2015 dice que "no se estima conveniente alterar el sistema español vigente tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pero se considera prudente especificar que, cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español, en evitación así de una denegación de justicia que podría ser injustificada si se desestimara la demanda, y en búsqueda de la efectiva tutela judicial".

Cuando se considera por una parte que el derecho extranjero es aplicable al caso debe identificarse la norma que regula la materia objeto de controversia, tanto desde un punto de vista formal (su contenido) como material (su vigencia). Así lo exige el artículo 281.2 LEC al que se remite el artículo 33 LCJI, por lo que la mera invocación del derecho extranjero no basta para su aplicación, sino que es preciso acreditarlo (STS 602/2018, Sala Penal, de 28 de noviembre de 2018, rec. 2734/2017).

Ahora bien, el hecho que se aporte al proceso el contenido y vigencia de una concreta norma de derecho extranjero no garantiza que ello permita conocer "el sentido y alcance que recibe en el ordenamiento jurídico donde se aplica".

En efecto, la interpretación gramatical de una norma jurídica se completa con la histórica, sistemática, lógica, sociológica y teleológica (artículo 3.1 CC), por lo que debe acreditarse, también, la interpretación concreta del derecho extranjero probado o, en términos de la STS 198/2015, Sala Civil, de 17 de abril de 2015, rec. 611/2013, "no solo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación".

Por ello, el artículo 34 LCJI dice que "la información del Derecho extranjero podrá referirse, al texto, vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante".

Con todo, si bien se ha extendido el ámbito de prueba del derecho extranjero, no alcanza " a la aplicación de las normas de conflicto, sean las de Derecho interno, las de Derecho convencional o las de Derecho europeo, puesto que tales normas no son Derecho extranjero, y sobre ellas no es admisible prueba alguna, y en concreto, no es admisible el dictamen de un experto". Esto es así porque respecto de la aplicación de las normas de conflicto rige el principio *iura novit curia*, cosa que no sucede tratándose de Derecho extranjero "debiendo ser probado por quien lo alegue, para que sea interpretado y aplicado por los órganos de la jurisdicción ordinaria" (STC 263/2005, de 24 de octubre de 2005, rec. 5134/2002).

El contenido del vigente artículo 281.2 LEC y, sobre todo, la expresa declaración que hace el legislador en el Preámbulo de la Ley 29/2015, permiten afirmar que en la averiguación del derecho extranjero deben colaborar las partes y la autoridad judicial, siendo que "fácilmente se comprenden las amplias facultades reconocidas al juzgador para averiguar el Derecho extranjero, desde el entendimiento de que con la aplicación del Derecho extranjero al que se remite la regla de conflicto española no se hace otra cosa que dar estricto cumplimiento a la normativa española de Derecho internacional privado".

La conciliación entre los posicionamientos expuestos la establece la STS 18/2019, Sala Civil, de 15 de enero de 2019, rec. 1762/2016 , *al decir* que "sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema jurídico (arts. 281.2, 282 LEC y 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional), el juez debe aplicar el Derecho extranjero si es que lo conoce". Por lo que, "de acuerdo con el principio de adquisición, la Ley de Enjuiciamiento Civil no pone la prueba a cargo de la persona que invoque el derecho extranjero, lo que posibilita que el derecho extranjero puede alegarse por cualquiera de las partes y por el propio tribunal que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación".

Ahora bien, los propios textos normativos referidos no imponen tal colaboración sino, como recuerda la STS 287/2015, Sala Civil, de 20 de mayo de 2015, rec. 724/2013, "el empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero es una facultad, pero no una obligación del tribunal. No puede alegarse como infringido el art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque el tribunal no haya hecho averiguaciones sobre el Derecho extranjero". Eso implica que, en los supuestos en que las partes nada alegasen ni probasen respecto del derecho extranjero aplicable según la norma de conflicto, o lo hicieran de forma insuficiente, la autoridad judicial no vendría legalmente obligada a suplir tal omisión.

Pese a ello, la misma STS referida dice que, respecto al derecho extranjero al que remite la norma de conflicto, "el tribunal no queda constreñido, como en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles, a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

Así lo permite el último inciso final del art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que supone una flexibilización de las limitaciones, derivadas del principio de aportación de parte que rige en los litigios sobre derechos



disponibles, que para el tribunal supondría que el Derecho extranjero fuera tratado, a todos los efectos, como un hecho".

Partiendo de que debe procurarse la aplicación del derecho extranjero si la norma de conflicto así lo indica, no es de extrañar que el legislador no haya restringido los medios para averiguar su contenido y vigencia.

Puesto que el legislador no se había pronunciado al respecto, tuvieron que ser la doctrina y la jurisprudencia las que ofrecieron criterios, que van desde la aplicación de oficio del derecho extranjero a la desestimación de la demanda, pasando por la aplicación del derecho español.

Los defensores de la aplicación de oficio del derecho extranjero fundamentan su posición en el artículo 12.6 CC que dice que "los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español", que pueden ser de origen interno, comunitario o convencional internacional. Alegan que la aplicación del derecho extranjero, al que remite la norma de conflicto, no puede ser de libre disposición de las partes (en función de si alegan y prueban o no).

Los partidarios de la desestimación de la demanda, en caso de falta de alegación o prueba del derecho extranjero, se basan en la imposibilidad de su aplicación de oficio junto con la prohibición de aplicar directamente el derecho español cuando la norma de conflicto lleva a la del derecho extranjero. Defienden que la obligación de alegación y prueba recae exclusivamente sobre las partes, no correspondiendo a la autoridad judicial hacer el trabajo incorrectamente hecho u omitido por ellas.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha rechazado que pueda desestimarse la demanda por falta de acreditación del derecho extranjero invocado pues eso es "una argumentación que solo cabría adoptar al final del proceso y tras permitir a las partes aportar prueba sobre el derecho extranjero aplicable, conforme garantiza el art. 281.2 LEC. Sin embargo [...] lo hace en un momento procesalmente inadecuado, esto es, en el momento de decidir sobre la admisión o no de la demanda cuando ni siquiera se había abierto el periodo probatorio, negando esta posibilidad a las demandantes" (STC 8/2011, de 28 de febrero de 2011, rec. 4708/2005).

La aplicación del derecho español en los casos en que no se hubiera alegado o probado el derecho extranjero "es la solución más consolidada en nuestra jurisprudencia, ya desde el siglo XIX con la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1864. Esta doctrina se mantuvo después de la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974", y ofrece una solución de fondo al litigio. Por ello, el ATS Sala Civil, de 30 de noviembre de 2016, rec. 354/2015, dice que "esta Sala, en ejercicio de la función complementaria del ordenamiento jurídico que le atribuye el artículo 1.6 del Código Civil, ha declarado que, cuando el contenido y vigencia del derecho extranjero no han resultado probados por las partes ni averiguados por el Tribunal en la medida que sería precisa para resolver el conflicto de intereses planteado y la regla de conflicto no impone otra cosa, resulta aplicable la *lex fori*, como norma subsidiariamente competente".

En concreto, la STS 287/2015, Sala Civil, de 20 de mayo de 2015, rec. 724/2013, recogiendo los pronunciamientos de la STS 198/2015, Sala Civil, de 17 de abril de 2015, rec. 611/2013, recuerda que dicha Sala ha declarado reiteradamente que "la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español [...] y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en su STC 155/2001, de 2 de julio, rec. 157/1998, como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 de la Constitución".

Finalmente, esta tercera tesis ha sido recogida expresamente en el art. 33.3 LCJl cuando dice que "con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español".

La excepcionalidad a la que alude el precepto transcrito debe interpretarse en el sentido que el respeto a la imperatividad de las normas de conflicto impide excluirlas con la aplicación de la *lex fori* a la mínima oportunidad, cosa que favorecería dejar la aplicación de las normas de conflicto a la libre voluntad de las partes, que tendrían suficiente con no alegar el derecho extranjero para eludir su aplicación cuando no les interesara, aunque a él se remitiera la norma de conflicto.

Especialmente, tras la modificación de la Ley de enjuiciamiento civil por Ley 42/2015, de 5 de octubre, se reclama de la autoridad judicial una posición activa ante la insuficiencia probatoria de la propuesta por las partes, señalándoles incluso qué prueba o pruebas considera conveniente practicar (art. 429.1 LEC).

La colaboración entre partes y autoridad judicial en la averiguación del derecho extranjero, junto con la excepcionalidad de la aplicación de la *lex fori* en caso de falta de prueba, y la necesidad de que la autoridad judicial advierta a las partes de la insuficiencia probatoria, permite defender la efectiva participación de la



autoridad judicial en la averiguación del derecho extranjero a los efectos de dar cumplimiento a lo previsto en la norma de conflicto.

Si resulta imposible acreditar el derecho extranjero que la norma de conflicto señala como aplicable, o, una vez acreditado, resulta contrario al orden público español, procederá aplicar a la controversia la *lex foro*.

En el presente caso tanto si de oficio se aplica el derecho alemán, como si se aplica el derecho comunitario o el derecho español, TODOS conducen a la abusividad de la cláusula de sumisión examinada que, deberá ser en todo caso considerada nula y sin efectividad para la ahora parte recurrente que no la suscribió como consecuencia de una negociación individualizada Y POR TANTO DEBE AFIRMARSE SIN FISURAS LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE LA DEMANDA DE LA QUE TRAE CAUSA LA PRESENTE ALZADA.

QUINTO - Costas, artículo 398 de LEC.

Visto lo argumentado, en nombre del Rey y en virtud de las facultades atribuidas por la Constitución española.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Estimar el recurso de apelación formulado por el Procurador Sr. Martín Santiago, en nombre y representación de Carbones y Transportes García SL, frente al Auto de fecha 16 de diciembre de 2020 dictado por el juzgado de Primera Instancia nº 1 de Salamanca en Procedimiento ordinario nº 679/2019 que se revoca en el sentido de declarar la competencia de los Tribunales españoles para el conocimiento de la demanda. No se hace declaración sobre costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y verificado repórtense los autos originales junto con el testimonio de la resolución al Juzgado de procedencia.

Así lo mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados. Doy fe.

LOS MAGISTRADOS EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA,

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.