



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
ESCUELA JUDICIAL



Red Europea de Formación Judicial (REFJ)
European Judicial Training Network (EJTN)
Réseau Européen de Formation Judiciaire (REFJ)

MÓDULO II

TEMA 4

**LA COMPETENCIA JUDICIAL
INTERNACIONAL EN EL REGLAMENTO
(CE) Nº 44/2001(I): ámbito de aplicación,
foros objetivos y atribución de la
competencia judicial internacional por
voluntad de las partes**

AUTORAS

Mónica GUZMÁN ZAPATER

Catedrática de Derecho Internacional Privado de la
UNED

Mónica HERRANZ BALLESTEROS

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
de la UNED

CURSO VIRTUAL
UN ESTUDIO SISTEMÁTICO DEL ESPACIO
JUDICIAL EUROPEO EN MATERIA CIVIL
Y MERCANTIL
2009-2010



Con el apoyo de la Unión Europea
With the support of The European Union
Avec le soutien de l'Union Européenne

SUMARIO

I. Introducción. II. Atribución de competencia judicial internacional: 1. Foros exclusivos. 2. Foro general del domicilio del demandado. 3. Foros especiales o facultativos. III. Atribución de la competencia judicial internacional por voluntad de las partes: 1. Sumisión expresa. 2. Sumisión tácita. 3. Límites y correctivos a la sumisión. IV. Problemas particulares en relación con la competencia judicial internacional: 1. Control de la competencia judicial internacional. 2. Litispendencia y conexidad de las acciones.

I. INTRODUCCION

El proceso internacional comprende tres grandes fases : la asunción de competencia por parte de una organización jurisdiccional estatal, el desarrollo del proceso en tal Estado y, finalmente, el reconocimiento y la ejecución de la decisión emanada fuera de ese ámbito jurisdiccional. Vamos a ocuparnos de la primera fase.

En el sistema español las *fuentes* determinantes de la competencia judicial internacional son, prioritariamente, el *Reglamento CE 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante R 44/2001) y sólo si no resulta de aplicación, se atenderá a las normas de fuente convencional y en su defecto a las normas de fuente interna¹.

La presencia de domicilio del demandado en territorio de la Unión Europea es *presupuesto general de aplicación* del R 44/2001 como también un criterio determinante de la atribución de la competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado. En efecto, por su *ámbito personal*, solo si el demandado –con independencia de su nacionalidad- tiene su domicilio en territorio comunitario se aplicará el R 44/2001, bien que esta premisa tiene *excepciones*. 1ª La competencia judicial también puede quedar sujeta al R 44/2001 cuando faltando el domicilio del demandado, las partes se sometieron a la jurisdicción de los tribunales europeos (como se verá en el epígrafe III)². 2º También si en este mismo territorio se concreta alguno de los foros exclusivos de competencia (art. 22). 3ª Incluso, si careciendo de domicilio el demandado en territorio de la Unión posee, sin

¹ Por su *ámbito territorial* el R 44/2001 se aplica a todos los Estados miembros de la Unión Europea. Hay que tener en cuenta *Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, de 16 de septiembre de 1988, por el que se amplía el Convenio de Bruselas a los Estados miembros de la EFTA (Islandia, Noruega, Suiza) ha sido modificado y sustituido por otro texto (*vid. DO L339/3*, de 21 diciembre 2007). Su estudio queda excluido del presente Tema aunque es preciso señalar que, siendo fiel a la misma estructura y adoptando prácticamente las mismas soluciones, hay ciertas especificidades que harían recomendable su consulta para aquellos litigios que –bien en fase de competencia bien en fase de reconocimiento de sentencias- vinculen a jurisdicciones de Estados miembros de la Unión con los Estados terceros partes en el mismo. Finalmente, en las relaciones con países terceros de España, hay un único *convenio bilateral* suscrito en esta materia (*Convenio entre España y la República de El Salvador*, de 7 de noviembre de 2000, *BOE* nº 256, de 25 de octubre de 2001, sobre *competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil*).

² Sobre esta posibilidad hay que tener en cuenta las modificaciones que provocará la posible entrada en vigor del *Convenio sobre acuerdos de elección de foro de junio de 2005* en la aplicación del R. 44/2001 en lo que hace a las cláusulas atributivas de la competencia. El mencionado Convenio ha sido firmado por la Unión Europea, Estados Unidos y ratificado por México (a noviembre de 2009). En particular dichos cambios serán consecuencia de la especial relación entre el Convenio y el R. 44/2001 establecida en el artículo 26.6 del citado Convenio. El texto puede consultarse en www.hcch.net

embargo, una sucursal dentro de este mismo territorio, cuando el litigio verse sobre contratos de seguro, ciertos contratos concluidos por consumidores y contrato individual de trabajo. 4ª Además, las reglas sobre litispendencia y conexidad se aplican con independencia de la presencia o no de domicilio del demandado en territorio de la Unión.

Estas precisiones son importantes. Primero, porque ante todo permiten decidir cuál sea el instrumento aplicable, como se ha dicho. Segundo, porque si las normas de competencia del R 44/2001 no son de aplicación, *contra el demandado domiciliado fuera de la Unión* resultan operativas las normas internas (nacionales) de competencia judicial internacional (art. 4 R). En una perspectiva comparada, hay que tener en cuenta que algunos sistemas jurídicos comprenden reglas o criterios de asignación de la competencia considerados como “excesivos” o “exorbitantes” –no así el sistema español-; ejemplo paradigmático es el artículo 14 del Código civil francés, conforme al cual, basta con que una de las partes en el proceso ostente la nacionalidad francesa para que puedan entrar a conocer los tribunales de dicho país, lo que no deja de ser un privilegio de nacionalidad difícilmente tolerable.

Piénsese, por ejemplo, en un litigio suscitado entre un comerciante francés, establecido en Francia, y uno español temporalmente establecido en la República de Guinea Ecuatorial, debiendo ejecutarse el contrato en éste país. Surgidas las diferencias el comerciante francés podría acudir a los tribunales franceses y el artículo 14 del Cc francés serviría como fundamento de la competencia judicial internacional. Piénsese en lo alejada que puede estar esta organización jurisdiccional para descender a examinar los pormenores del caso. El resultado más excesivo se verificaría en sede de reconocimiento: la sentencia dictada por los tribunales franceses, podría ser objeto de reconocimiento en España, contra los bienes del español en España, conforme a las normas del R 44/2001, pues sólo se requiere que la sentencia haya sido dictada por un tribunal de Estado miembro.

El R 44/2001 posee asimismo un *ámbito material* de aplicación por el que se entienden comprendidos los litigios “*en materia civil y mercantil*” (art. 1.1). Quedando excluidos aquellos que enfrenten a las administraciones o empresas públicas bien que, a este respecto, el elemento definitivo para su exclusión es que actúen en ejercicio de un *ius imperii*. Dentro del ámbito civil y mercantil también se excluyen las cuestiones vinculadas con la capacidad de la persona, el derecho de familia y sucesiones (art. 1.2 a), los litigios referentes a quiebra y otros procedimientos de insolvencia (art. 1.2 b) (objeto de otro instrumento comunitario) los relativos a cuestiones sobre seguridad social (art. 1.2 c) y los derivados del arbitraje (art. 1.2 d).

Por último el *ámbito geográfico* de aplicación viene delimitado por el territorio de la Unión Europea³.

³ Inicialmente el R 44/2001 no se ha aplicado en las relaciones con Dinamarca, de conformidad con el art. 69 del *Tratado de Amsterdam* y el *Protocolo* sobre la posición de este Estado anejo al Tratado de la UE de 1997, de suerte que en las relaciones *inter partes* a Dinamarca se le seguía aplicando el Convenio de Bruselas. Esta situación ha cambiado por virtud del *Acuerdo entre la Comunidad y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil* (DO L 299/62 de 16 de noviembre de 2005) de modo que el R 44/2001 se aplica ya a Dinamarca.

Sólo si el demandado posee su domicilio en territorio de la Unión –con las excepciones señaladas- y el litigio tiene por objeto una cuestión civil o mercantil, los tribunales de los Estados miembros decidirán su competencia conforme al R 44/2001. Faltando cualquiera de estos presupuestos rige el derecho convencional y en su defecto el derecho interno.

Ante la perspectiva de un proceso internacional, qué duda cabe que el interés básico de las partes es la previsibilidad. Interés que se traduce en la necesidad de conocer de antemano ante qué jurisdicción nacional sería preciso hacer valer los derechos si surgieran las diferencias. También importante en la medida en que decidido el tribunal competente ese órgano va a aplicar su propio ordenamiento (normas de DIPr o normas internas) para resolver el caso. Si se prefiere la competencia judicial condiciona el derecho aplicable. Pero, en sede procesal, tal interés se ve reforzado habida cuenta de la existencia, junto al foro general del domicilio del demandado, de foros alternativos para el demandante que, al fomentar su iniciativa, pueden desembocar en sorpresas poco agradables para la otra parte, al verse atraída a una jurisdicción nacional inicialmente no prevista y quizá, lejana. El objetivo de previsibilidad, consustancial a la actividad comercial internacional, se satisface preferentemente incluyendo cláusulas de jurisdicción en el contrato, a las que el R 44/2001 dedica el artículo 23. Además, junto a la regulación de la sumisión expresa, el artículo 24 reglamenta el régimen de la sumisión tácita.

II. ATRIBUCION DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

El R 44/2001 parte de una organización estructurada de la competencia judicial internacional, distinguiéndose entre foros *exclusivos*, *generales* y *especiales* de competencia judicial internacional. Esta estructura supone una asignación jerarquizada de la competencia judicial internacional entre los distintos Estados miembros. De suerte que *prima facie* deben conocer los tribunales que vean asignada su competencia con alcance exclusivo y fuera de estos supuestos, los tribunales nacionales pueden entrar a conocer porque se haya incluido una cláusula de jurisdicción que les atribuye competencia en aquellos casos donde sea posible (epígrafe III), o en su defecto coincidan, bien con el lugar del domicilio del demandado, bien con alguno de los foros especiales por razón de la materia. En suma, el legislador comunitario *distribuye la competencia entre las jurisdicciones nacionales* de todos los Estados miembros a partir de una ordenación jerarquizada por la que se da prioridad a los llamados foros exclusivos por las razones que veremos.

1. Foros exclusivos

Hay litigios sobre los que confluye un interés público dominante y este dato explica el interés de cualquier legislador en someterlos forzosamente a determinados tribunales. Su observancia se asegura, por vía de consecuencia, en la fase ulterior de reconocimiento: si el juez inicialmente competente no respeta estos foros, las partes se arriesgan a que la decisión dictada no sea reconocida fuera del Estado en que se dictó (art. 35.1).

Los tribunales designados para estos litigios son, además, los que tienen una mayor proximidad geográfica con la materia litigiosa. Así,

1º Cuando el pleito tenga por objeto derechos reales inmobiliarios y contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles son competentes los tribunales del Estado miembro del lugar de situación del inmueble, (art. 22.1 R), con la excepción de inmuebles arrendados para un uso particular por un máximo de seis meses, respecto de los que es igualmente competente el juez del domicilio del demandado.

2º En materia de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, los tribunales del Estado miembro en que la sociedad o persona jurídica estuviere domiciliada (art. 22.2 R).

3º En materia de validez y nulidad de inscripciones registrales, los tribunales del Estado miembro en que se encuentre el registro (art. 22.3 R) y

4º Tratándose de inscripciones en materia de propiedad intelectual e industrial, los tribunales del Estado en que se hubiera efectuado el depósito o registro (art. 22.4. R).

En materia de propiedad industrial hay que tener presente otras normas particulares que figuran en otros instrumentos del Derecho comunitario derivado. Por una parte, el *Reglamento 40/94, de 20 diciembre 1993, sobre marca comunitaria* (DOCE de 14 enero 1994) que contiene normas de competencia judicial internacional. El principio de especialidad explicaría la prioridad de este sobre el régimen del R 44/2001. Hay que distinguir los foros de competencia en función de las pretensiones procesales. Si la demanda tiene por objeto la *impugnación o la existencia misma del derecho de marca*, la competencia corresponde a la Oficina de Marcas Comunitaria (art. 55). Para los litigios *por violación de la marca* la norma es más compleja : la competencia se reconoce a los tribunales de marcas comunitarias del Estado miembro donde tenga su domicilio el demandado. Si el demandado no tiene su domicilio en territorio de la Unión, la competencia corresponde a los tribunales del estado miembro donde tenga su establecimiento. Fuera de estos casos, la competencia se reconoce a los tribunales del domicilio del demandante y, en su defecto, a los tribunales del Estado miembro de la sede de la Oficina de Marcas (es decir, España).

5º Por último, como no podía ser de otro modo, sólo son competentes para ejecutar una decisión judicial extranjera los tribunales del Estado miembro del lugar de ejecución (art. 22. 5 R).

2. Foro general : el domicilio del demandado

El domicilio del demandado en territorio de la Unión es presupuesto general de aplicación del R 44/2001, al tiempo que opera como foro general de atribución de competencia. El criterio retenido es, ante todo, expresión de una regla tradicional en el derecho procesal de los Estados miembros (*actor sequitur forum rei*) pues, en principio, nadie como el juez del domicilio del demandado puede apreciar su situación patrimonial concreta de cara a los efectos de condena y simultáneamente facilita las posibilidades de defensa de la parte demandada. En el ámbito comunitario su introducción obedece originariamente a una finalidad de asimilación de los nacionales de los Estados miembros con los extranjeros que, establecidos en Europa, participan en el desarrollo de actividades económicas y financieras.

En el R 44/2001 el domicilio del demandado es un foro *subsidiario* respecto de los exclusivos. Significa esto que no versando la materia litigiosa sobre alguna de las materias objeto de foros de competencia exclusiva, el demandado puede serlo ante los tribunales de su domicilio. Respetados los foros exclusivos de competencia, el foro general del domicilio del demandado deja de ser operativo si, existiera una cláusula de jurisdicción válidamente

acordada, o si a instancia del demandante, se activa alguno de los foros especiales o facultativos de competencia (arts. 5,6 y 7 R.).

El criterio del domicilio del demandado puede plantear ciertas dificultades de *concreción* dadas las divergencias en el Derecho comparado y *a falta de una noción comunitaria* de domicilio. El R 44/2001 da unas pautas en orden a facilitar una aplicación lo más uniforme posible entre las jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros. Para las *personas físicas* el artículo 59 R 44/2001 dispone que para decidir si una persona está domiciliada en tal Estado miembro “aplicará su ley interna”. En la remisión al derecho interno habrá que estar a una noción amplia, o cuando menos, propia del ámbito procesal : aquella que en cada Estado miembro sirva para fundamentar la competencia judicial internacional. En el caso español hay indefinición al respecto en el ámbito de la LOPJ y en la LEC. Luego habrá que estar a las reglas generales en la materia : es decir, a los artículos 40 y 41 del Código civil o a la inscripción en el padrón municipal.

En consecuencia, si el juez inicialmente competente al comprobar su competencia estima que no existe domicilio (p.ej en España) y verifica , conforme a lo dispuesto por el artículo 59.2 R que *lo tiene en otro Estado miembro*, deberá declararse de oficio incompetente. Esta previsión, aunque no figura en el artículo 25 R -que sólo exige la autocomprobación de la competencia respecto de los foros exclusivos- debe entenderse implícita en la lógica del Reglamento. Si llegara a verificar que el *domicilio se halla fuera del territorio de los Estados miembros*, entonces puede fundamentar su competencia sobre la base de sus reglas internas –y comprende también los foros exorbitantes, en el caso de países distintos de España-.

Para las *personas jurídicas* a efectos del R 44/2001 una sociedad o cualquier otra persona jurídica se entenderá domiciliada allá donde radique la sede estatutaria, la administración central o el centro de actividad principal (art. 60 R). La norma da una respuesta flexible para paliar la diversidad de conceptos de domicilio de las personas jurídicas vigente en el ámbito europeo.

3. Foros especiales o facultativos

Se ha visto cómo en el R 44/2001 con carácter general son competentes los tribunales del domicilio del demandado. Pues bien, el demandante tiene además la *opción* de interponer la demanda ante tribunales distintos de éste si así le conviene. De ahí que por facultativos se entienda que todos los foros de los que nos ocupamos a continuación amplían las posibilidades de defensa del demandante y no son excepciones al foro general del domicilio del demandado. Habría que distinguir dos tipos. Foros *especiales o facultativos* en sentido estricto y foros *particulares* por razón de la materia.

En cuanto a los *primeros*, las reglas contenidas en los artículos 5 y 6 R 44/2001 son, en rigor, los denominados *foros facultativos o alternativos para el demandante*; es decir, puede interponer la demanda ante el domicilio del demandado o ante cualquiera de los foros recogidos en los artículos 5 y 6. Son también *foros especiales por razón de la materia* pues en todos ellos, el legislador ha tratado de asignar a la materia litigiosa el tribunal geográficamente más próximo (*principio de proximidad*, p.ej. en los arts. 5.1 o 5.3) o el que mejor se puede adecuar a una correcta administración de la justicia (*racionalización del proceso*, p.ej. en el art. 6.1).

Se ha dicho que presentan todos ellos unos *inconvenientes* generales. En primer lugar, puesto que la iniciativa corresponde al demandante, el R 44/2001 deja a una de las partes el dilema de resolver las diferencias, bien ante el foro general, bien ante cualquiera de los foros especiales; luego, por vía de consecuencia, se está dejando a una de las partes elegir el derecho aplicable, a falta de unidad en los derechos materiales. En segundo lugar y, también por vía de consecuencia, la parte demandante estará tentada de llevar al otro, lo antes posible, ante el foro de su conveniencia. Tienen, por último, otro efecto perverso: precipitan la explosión del contencioso impidiendo un acuerdo amistoso entre partes, que sólo pueden corregir las cláusulas de jurisdicción, en tanto que instrumento de previsibilidad.

En cuanto a los *segundos*, son también foros alternativos o especiales por razón de la materia los previstos en materia de contratos de seguro (arts. 8-14 R), de ciertos contratos concluidos por consumidores (arts. 15-17 R) y del contrato individual de trabajo (arts. 18-21 R). En el R 44/2001 la diferencia respecto de los anteriores estriba en la *naturaleza imperativa* con que se articulan las soluciones dado que se trata en todos de materias litigiosas en que existe una parte más débil en la contratación. Esa inferioridad, que se manifiesta en cuanto al poder de negociación contractual, se ve compensada ante el contencioso. Por una parte, en el reconocimiento a esa "parte débil" (consumidor, trabajador) de un derecho de opción cuando su posición procesal sea la de demandante, para escoger entre los tribunales de su domicilio o el del domicilio de la otra parte en la contratación. Por otra, en la imposibilidad de que resulten operativas las cláusulas de jurisdicción de modo irrestricto; de suerte que sólo prosperarán aquellos pactos entre las partes que se hayan cerrado con posterioridad al nacimiento de las diferencias (arts. 13, 17 y 21 R). Este límite temporal impide a la "parte fuerte" en la contratación que imponga de antemano al asegurado, al consumidor y al trabajador la asignación de los tribunales que sólo convienen a sus intereses. Por último, la naturaleza imperativa de los foros en materia de seguros y de ciertos contratos concluidos por consumidores viene reforzada en sede de reconocimiento, al recoger el artículo 35.1 R 44/2001 como un *motivo de no reconocimiento* de la sentencia, que el tribunal de origen haya juzgado sobre la base de un foro diferente de los previstos por el Reglamento en estos litigios.

Pues bien, en la exposición que sigue se abordarán los foros especiales o facultativos, el primero de los cuales es el referente a contratos. Dado que los foros particulares o de protección se refieren todos a contratos, por razones pedagógicas se incluirán bajo la misma rúbrica aunque respondan a una *ratio* diferente y en consecuencia, designen tribunales diferentes.

1º En materia contractual

(A) Foro general en materia de contratos.

En el comercio internacional instrumento básico para la circulación de bienes y servicios es el contrato. De ahí que en los litigios referentes a éstos, con carácter *facultativo para el demandante* opera el foro especial del artículo 5.1 R 44/2001 que prevé la competencia de los tribunales "*del lugar donde la obligación que sirve de base a la demanda ha sido o debe ser ejecutada*". Siendo un criterio de formulación compleja ha dado lugar a una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) en la etapa en que esta norma formaba parte del Convenio de 1968.

En primer lugar, se han suscitado cuestiones de calificación en torno a la propia *noción de "materia contractual"*. El TJCE ha tenido que aclarar que no pueden someterse a esta

norma de competencia “las decisiones que opongan a una autoridad pública y a una persona privada...cuando la autoridad pública actúa en el ejercicio de la función pública”⁴. Ha afirmado también que dicho foro resulta operativo en los casos en los que está cuestionada la existencia misma del contrato⁵, y por tanto, el propio foro en materia contractual se ve cuestionado por la impugnación de la propia validez del contrato. Por último, si demandante y demandado no están directamente vinculados por un contrato, tampoco parece resultar operativo este foro, tal y como ha señalado el TJCE en los supuestos de “cadenas de contratos” pues no habiendo relación contractual entre el sub-adquirente de un producto y su fabricante⁶, para el fabricante resulta imposible prever razonablemente dónde va a ser demandado.

Un segundo bloque de problemas suscitados en la práctica derivan de la concreción de la propia *noción de obligación* retenida por el artículo 5.1. Es decir, de las múltiples obligaciones derivadas del contrato, cuál de entre ellas es preciso retener a efectos de decidir su lugar de ejecución y de ahí el tribunal competente para entender del litigio. Fue este el primer problema sometido al TJCE y en el caso, el Tribunal afirma que, siendo todas las obligaciones independientes, hay que estar a “cualquier obligación derivada del contrato –de concesión exclusiva en el caso- o bien a *aquella que sirve de base a la acción principal*”⁷; corresponde pues al tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación principal incumplida que sirve de base a la demanda entender del caso. Se impuso así la llamada tesis de la independencia de las obligaciones y se introduce en el texto ya en la modificación del Convenio operada en 1978, lo cual no ha evitado decisiones del TJCE que, si no contradictorias, sí rompen con esa línea jurisprudencial.

En efecto, junto a la *tesis de la independencia de las obligaciones* en ciertos casos referentes a contrato individual de trabajo⁸ ha triunfado la *tesis de la prestación característica*, conforme a la cual, si se admite que en todos los contratos cabe identificar una prestación de hacer o dar algo, a la que siempre se corresponde con una prestación dineraria, es ese “hacer” o “dar” algo la prestación la que permite identificar y distinguir unas modalidades contractuales de otras. Es por tanto el lugar de cumplimiento de esa prestación que caracteriza al contrato la que es preciso retener como fundamento de la competencia judicial internacional .

Otras dificultades de interpretación se han centrado en la *noción de lugar de ejecución* (de la obligación retenida). Este criterio atributivo de la competencia judicial internacional obviamente no suscita problemas si el lugar fue *pactado por las partes en el contrato*⁹ . En caso contrario o si no estuviera claro, la precisión del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda suscita las tensiones derivadas no sólo de la ausencia de una noción homogénea entre los derechos nacionales de los Estados miembros en cuanto al lugar de ejecución, sino porque la disparidad afecta a los distintos métodos de concreción (¿remisión al derecho material del juez competente o remisión a sus normas de DIPr?). Esta tensión se refleja en la jurisprudencia del TJCE ¹⁰ , hasta el punto que en la fase de

⁴ STJCE de 10 de octubre 1976, as. 29/76 *Eurocontrol*

⁵ STJCE de 4 marzo 1982, as.38/81, *Effer c. Kantner*

⁶ STJCE de 17 de junio de 1992, en el as. 26/91, *J.Handte*

⁷ STCE de 6 octubre 1976, as. 14/76, *de Bloos c. Bouyer*

⁸ STJCE de 26 mayo 1982, as. 133/81, *Ivenel*

⁹ STJCE de 17 noviembre 1980, as. 56/79 *Zelger c. Salintri*

¹⁰ La jurisprudencia ilustra bien la pluralidad de métodos de concreción posibles. Así por ejemplo, en el *as. Tessili c. Dunlop* , el TJCE propone al juez nacional decidir con carácter previo cuál se a la ley aplicable al contrato para, conforme a ese ordenamiento, decidir cuál es el lugar de ejecución

transformación del que fuera Convenio de Bruselas en R 44/2001, se ha aprovechado la oportunidad para dotar a la norma de una noción uniforme del lugar de ejecución y con ello, al menos se eliminan los problemas en cuanto al método de concreción. De modo que, tratándose de un *contrato de compraventa* ese lugar será aquel en el que según el contrato “hubieren sido o debieren ser entregadas las mercancías” (art. 5.1. b, inciso primero). Si se tratara de un *contrato de prestación de servicios* será el lugar en el que según el contrato “hubieren sido o debieran ser prestados los servicios” (art. 5.1. b, inciso segundo).

(B) Foro de acumulación de pretensiones

Es preciso tener en cuenta también el *foro de acumulación de pretensiones* –acciones reales y personales- prevista por el artículo 6.4 R 44/2001, conforme a la cual “en materia contractual, si la acción pudiere acumularse con otra en materia de derechos reales inmobiliarios dirigida contra el mismo demandado, ante el tribunal del Estado miembro en el que estuviere sito el inmueble”. Ejemplo típico es el préstamo hipotecario, operación que comprendería un contrato de préstamo y la constitución de una garantía sobre el inmueble. Al hallarse en juego un inmueble la competencia vendría en principio asignada al tribunal del lugar de situación (conforme al art. 22). El foro especial del artículo 6.4 permite la concentración de ambas demandas ante un único tribunal, el del lugar de situación del inmueble, de suerte que la materia contractual sigue a la materia jurídico-real. Responde a un esfuerzo de racionalizar los procesos. Pero, estando condicionada la admisibilidad de la acumulación a lo que disponga la *lex fori*, es una solución de limitado alcance en nuestro sistema, por cuanto que dada la naturaleza de las pretensiones susceptibles de ser acumuladas impone la coexistencia de dos procesos diferentes (ejecutivo y declarativo) que no podrían acumularse (art. 73.2 LEC 1/2000).

Por último, si el contrato en litigio cae fuera del ámbito material de aplicación del R 44/2001 o si falta el domicilio del demandado en territorio de la Unión -con las salvedades ya señaladas-, el juez español tendrá que decidir si es o no competente. Conforme al artículo 22.3 LOPJ son competentes los Tribunales españoles en materia de obligaciones contractuales “...cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España..”. Esto es, si el contrato se ha celebrado o ha de ejecutarse en España, cuestión que entraña todas las dificultades propias de un proceso de calificación : ¿conforme a qué ley decidir el lugar de celebración del contrato? ó ¿cuántas obligaciones deben cumplirse en España, basta una o todas?.

(C) Foro para ciertos contratos concluidos por consumidores

En realidad el R 44/2001 no tutela a todos los consumidores en el proceso internacional sino sólo a determinadas personas (siempre físicas) frente a las modalidades contractuales más agresivas desde un punto de vista comercial. No hay pues una protección categorial sino una protección funcional. Así los artículos 15 a 17 parten de una delimitación estricta de los supuestos protegidos. Por su *ámbito personal* el R 44/2001 parte de un criterio finalista : es consumidor quien adquiere bienes y servicios para un uso “que pudiera considerarse ajeno a

(STJCE de 6 de octubre 1976, as. 12/76). El mismo método inverso se propugna por el TJCE en el as. 288/92, *Custom Made Ltd c. Stawa Metalbau*, con la particularidad en este caso de que, resultando aplicable el derecho alemán, al tener Alemania ratificada una ley uniforme sobre venta internacional de mercancías el lugar de ejecución se corresponde con el domicilio del acreedor , conforme a ese instrumento (STJCE de 29 de junio 1994). En otros casos, los jueces nacionales han propuesto acudir al criterio de los “vínculos más estrechos” entre la materia litigiosa y el tribunal potencialmente competente.

su actividad profesional” (art. 15.1). Delimitación que en la práctica de la jurisprudencia comunitaria ya ha suscitado dudas de interpretación y puede plantear problemas en los casos en que el adquirente sea una persona jurídica ¹¹ o quienes siendo una persona física realicen la operación con una doble finalidad o uso (personal y profesional).

Por su ámbito *material* el R 44/2001 (art. 15) se refiere a la 1º *venta a plazos de mercancías*, 2º *al préstamo a plazos o cualquier otra operación vinculada a la financiación de tales bienes* y, 3º *cualquier otro contrato* que tuviere por objeto la prestación de un servicio o de una mercancía, siempre que se cumplan determinadas circunstancias. El 1º y 2º contrato no han planteado mayores dificultades de calificación .

El 3º abre la puerta a todas las demás modalidades contractuales, pero siempre que se cumplan determinadas *circunstancias* objetivas que sirven para delimitar las prácticas frente a las que el consumidor es protegido¹². Primera, “que la otra parte contratante ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor”, esto es, que el cocontratante del consumidor esté establecido o, segunda, en su caso que opere sin establecimiento actúe en ese mismo país “por cualquier otro medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros”, esto es, modalidades contractuales que se ofrecen por prensa, publicidad o incluso todo el comercio electrónico que se desarrolla a través de la Red. Tercera, el contrato tiene que estar “comprendido en el marco de dichas actividades”; circunstancia ésta que planteará todos los problemas de precisión referentes al momento y lugar de celebración del contrato, dado que precisamente en las modalidades a distancia lo decisivo es determinar dónde y cuándo se cruzan la oferta y la aceptación. En cualquier caso la norma ha evolucionado hacia la ampliación del ámbito material de aplicación para comprender, en definitiva, todas las modalidades contractuales en las que interviene, de una parte, un consumidor sedentario, que no sale del país de su domicilio para adquirir bienes o servicios; y , de otra, un empresario o comerciante, teniendo por objeto el contrato bienes destinados a un uso o consumo doméstico o no profesional.

Por último, esta Sección no se aplica al contrato de transporte, salvo a los viajes turísticos organizados (“*package tours*”) que comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento y se vienen considerando supuestos típicos de contratos de consumo.

¹¹ STJC de 19 de enero 1993, as. 89/91, *Shearson Lehman Hutton Inc.*

¹² En la versión del Convenio de 1968 y modificaciones sucesivas, se incluyeron unas condiciones hoy suprimidas, pero que pueden servir como pauta de interpretación para saber qué modalidades contractuales estarían aquí comprendidas. Bastaba *cualquiera de las circunstancias objetivas* para que el supuesto entrara bajo el ámbito de aplicación de la Sección. Primera. La celebración del contrato debía ir precedida de una oferta especialmente hecha o de una publicidad (p.ej. catálogos, anuncios en prensa) dirigida en el país del domicilio consumidor. Era preciso que el consumidor hubiera recibido la oferta en el país de su domicilio. La oferta había de estar especialmente dirigida, lo que significaría que el contratante del consumidor la realiza *personalmente a él* (p.ej. venta a domicilio) o *por otros medios* (mediante catálogo o por correspondencia que el vendedor remite directamente al potencial cliente, lo que comprendería también la *publicidad* (p.ej. anuncio en prensa en ese país). Se exigía, además, que en el país del domicilio del consumidor se hubieran realizado los “actos necesarios” para la celebración del contrato, esto es, los pasos pertinentes. La supresión de estas precisiones en el R 44/2001 y, por tanto, la aparente simplificación de la norma puede obedecer a la labor que se ha venido desarrollando en el ámbito del Derecho comunitario derivado.

Calificados los *foros en esta materia* como "particulares", por cuanto que constituyen una excepción a la regla general del domicilio del demandado, su especificidad reside, de una parte, en los estrechos límites temporales y formales con que pueden operar en estos contratos las cláusulas de jurisdicción (art. 17 R) constriñiendo la libertad del empresario en la "imposición" de foros que pudieran resultar abusivos para la otra parte (como se verá en el epígrafe III). De otra, porque la parte reputada más débil en este tipo de contratos (el consumidor) : 1º Sólo puede ser atraída ante las jurisdicción de su domicilio si son *demandados*. 2º Ellos mismos pueden *optar* entre la jurisdicción de su domicilio o la del domicilio de la otra parte si son *demandantes*. (art. 16 R). 3º Por lo demás, si el cocontratante del consumidor no se halla domiciliado en territorio de la Unión pero posee una "agencia, sucursal o cualquier otro establecimiento" en un Estado miembro, este será el lugar a retener a efectos procesales (art. 15.2 R). A falta de un establecimiento principal (domicilio) basta el establecimiento secundario para que el cocontratante pueda ser demandado ante tribunales de Estados miembros. En definitiva, en los foros particulares se dispensa de antemano un margen de tutela, con el fin de limitar al máximo al consumidor el recurso a una jurisdicción extranjera para hacer efectivos sus derechos dados los costes inherentes en términos financieros y de tiempo.

(D) Foro en materia de contrato individual de trabajo

En el ámbito laboral, las normas especiales se limitan a los litigios suscitados en relación con el contrato individual de trabajo, quedando excluidas todas las modalidades jurídico-públicas del ámbito laboral .

Dado que la presencia del domicilio del demandado es presupuesto general del R 44/2001, la Sección 5, relativa al contrato individual de trabajo, se abre con una referencia explícita a los artículos 4 y 5.5 (art.18 R) de suerte que hay que entender que, a falta del *domicilio* del demandado en los litigios relativos a esta modalidad contractual, bien operan las reglas internas de competencia (por remisión del art. 4 R), bien si el empleador posee una agencia, sucursal o cualquier otro establecimiento se considerará al tribunal de aquel lugar como competente para todos los litigios suscitados de su explotación. A través de la sucursal y/o establecimientos secundarios, el legislador crea la ficción de que existe domicilio comunitario del empresario. El *trabajador puede demandar al empleador* ante el foro de la sucursal tanto si el demandado tiene su domicilio en otro Estado miembro (por remisión al art. 5.5 R) como si falta de éste (art. 18.2). Se amplía de este modo el ámbito de protección que les dispensaba su precedente en el Convenio de Bruselas, manifestando la capacidad de respuesta del ordenamiento comunitario en este punto ante la progresiva tendencia al establecimiento, bajo distintas formas, de grupos de empresas procedentes de terceros Estados.

En la comprensión de la *ratio* tuitiva subyacente a estos foros conviene distinguir según que la posición procesal de demandante la ostente el trabajador o el empleador. En el *primer caso*, el *trabajador-demandante* puede interponer la demanda 1º ante los tribunales del domicilio del empleador –uno o varios- (ex. art. 19.1 R) o, si lo prefiere, en otro Estado miembro, a escoger entre 2º "el tribunal del lugar en el que el trabajador desempeñare *habitualmente* su trabajo o 3º ante el tribunal del *último lugar* en que lo hubiere desempeñado" (art. 19.2 a) R).

La referencia al domicilio del demandado-empleador, sea éste uno o varios, no añade nada a lo ya dicho. Sin embargo, el *foro del lugar de cumplimiento* del trabajo (art. 19. 2

R), siendo una concreción del foro especial en materia de contratos (ex. art. 5.1 R) mejora aquella redacción, al partir de la presunción de que en contrato individual de trabajo la obligación a retener es siempre la *obligación del trabajador* y por tanto, su lugar de cumplimiento sirve para fundamentar la competencia judicial internacional en estos litigios. Responde a las expectativas del trabajador, al tiempo que nadie como el juez del lugar de cumplimiento de su prestación para decidir

Al respecto conviene tener presente : 1º El cumplimiento de la obligación ha de ser *habitual* (art. 19.2 a) de modo que el desplazamiento ocasional no modifica el foro de competencia. 2º Puede que durante la ejecución del contrato se modifique el lugar inicialmente pactado; en caso de traslado –obviamente dentro del territorio de la Unión– será competente el tribunal del “último lugar en que lo hubiere desempeñado”(art. 19. 2 a). 3º Cabe por último que el trabajo se desempeñe sucesiva o simultáneamente en lugares distintos (p.ej. arquitectos o ingenieros que dirigen obras), en cuyo caso el tribunal competente será el que se corresponda con “el establecimiento que hubiere empleado al trabajador” (art. 19.2 b), foro que coincidirá con el general del domicilio del demandado y que en todo caso, presenta la ventaja para el empleador de no tener que dar respuesta a las demandas presentadas por sus empleados ante distintas jurisdicciones nacionales.

Ahora bien, en los supuestos en que el trabajador sea desplazado en régimen de prestación de servicio hay que tener en cuenta las normas particulares previstas por la *Directiva 96/71, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores temporales efectuado en el marco de una prestación de servicios*, cuya transposición en España tiene lugar por *Ley 45/1999, de 29 de noviembre (BOE nº 286, de 30 noviembre 1999)*. Un supuesto especial para el que se prevé una doble remisión al derecho del Estado miembro al que el trabajador es desplazado tanto para decidir en torno a la noción de “trabajador” como para asignar la competencia a los “tribunales del Estado miembro en cuyo territorio esté o haya sido desplazado el trabajador”, es decir, a los tribunales del Estado al que el trabajador haya sido temporalmente desplazado, criterio inicialmente seguido por el art. 16.1, inciso primero, de la Ley 45/1999. Para tales supuestos se amplían por esta vía de Directiva los foros previstos en el Reglamento, en consonancia con idéntica *ratio*: la de aproximar el tribunal competente a la parte necesitada de tutela, permitiendo que el trabajador pueda acudir a los tribunales del país al que fue temporalmente desplazado. De ahí que resulte equívoca y convenga soslayar la lectura del segundo inciso art. 16.1 dado que al hacer referencia al foro en materia contractual del Convenio de Bruselas (art.5.1), se pone en peligro este foro de protección.

En los supuestos en que sea el *empleador quien ostente la posición procesal de demandante*, el *empleador-demandante* sólo puede acudir a los tribunales del domicilio del trabajador-demandado, con independencia de la concurrencia de una cláusula de jurisdicción en el contrato, sujeta, como se verá a restricciones temporales y formales (epígrafe III).

Por último, recordar que estos foros tienen carácter alternativo o concurrente con los que eventualmente prevea una legislación extranjera. De suerte que, son en definitiva opciones para la parte demandante porque en esta sede, el legislador español no asume el conocimiento de la materia con alcance exclusivo

2º Foro en materia alimentos¹³

El concepto de alimentos incluido en el R. 44/2001 es muy amplio y distinto de aquel que pueda manejarse en los derechos internos de los Estados. En este sentido no puede dejarse de tener en cuenta los diferentes pronunciamientos del TJCE sobre este aspecto¹⁴.

En relación a los criterios de competencia el R. 44/2001 contiene en su artículo 5.2 un foro especial en materia de derecho de alimentos confiriendo al demandante la posibilidad de que presente la demanda bien ante los Tribunales del domicilio o residencia habitual del acreedor de los alimentos, bien, en el supuesto de que se trate de una demanda accesoria a una acción relativa al estado de las personas, ante el Tribunal conoce de la misma siempre que la competencia no estuviera fundamentada únicamente en la nacionalidad de una de las partes¹⁵. Con este último criterio se trata de concentrar los litigios y evitar la dispersión del pleito.

3º Foro en materia de daños

Con carácter facultativo para el demandante, en los supuestos de *responsabilidad por daños* el R 44/2001 prevé un foro especial por el que se asigna la competencia al tribunal del lugar “donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso” (art. 5.3). En la práctica, esta disposición ha suscitado también dificultades de calificación. En primer lugar, relativas a la propia noción de “*materia delictual o cuasi delictual*” y, en particular, cuando la responsabilidad arranca de un incumplimiento contractual. Para estos casos el TJCE ha afirmado el carácter *residual* de este foro respecto al anterior, confirmando que la materia delictual se refiere a “toda demanda que tiende a poner en juego la responsabilidad del demandado y que no se vincula con la materia contractual en el sentido del artículo 5.1”¹⁶.

1º Equivale a afirmar que si del incumplimiento contractual se deriva además una responsabilidad extracontractual, el foro del artículo 5.1 absorbe todas las pretensiones¹⁷.

2º Asimismo el TJCE ha señalado que la activación de este foro está subordinada a que la demanda “tienda a poner en juego la responsabilidad del demandado”. Significa que a este foro son reconducibles las acciones para perseguir un daño de origen no contractual¹⁸ (p.ej. un accidente de circulación o una infracción del derecho de la competencia de un Estado miembro).

¹³ En materia de obligación de alimentos generadas dentro del ámbito del Derecho de familia es novedad el *Reglamento CE nº 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos*. Las normas relativas a la competencia judicial difieren respecto a las hasta ahora aplicables (R. 44/2001), desapareciendo el presupuesto de domicilio del demandado en la Comunidad y permitiendo con alguna excepción la elección de foro.

¹⁴ STJCE de 6 de marzo de 1980, en el as. 120/79 *De Cavell*. STJCE de 27 de febrero de 1997, en el as. 220/95, *Boogard c. Laumen*

¹⁵ STJCE de 6 de marzo de 1980 en el as. 120/79, *De Cavell*.

¹⁶ STJCE de 27 de septiembre de 1988, en el as. 189/87, *Kalfelis*

¹⁷ STJCE de 6 octubre 1976, en el as. 14/76, *De Bloos c. Bouyer*

¹⁸ STJCE de 27 septiembre 1988, as. 189/87, *Kalfelis*

De modo que aquellas acciones encaminadas a que desaparezcan los efectos del acto dispositivo realizado por el deudor pero que no tienen por objeto condenarlo a reparar los daños causados a su acreedor (típico de la acción pauliana del derecho francés), no se considera que tengan por objeto exigir la responsabilidad del demandado¹⁹ y, en consecuencia no están comprendidas bajo el ámbito del artículo 5.3 R 44/2001.

3º El R 44/2001 ha modificado esta disposición con relación al texto del Convenio de Bruselas de 1968, al introducir dentro de su ámbito las *acciones preventivas* del daño, asignando competencia también al tribunal “donde...pudiere producirse el hecho dañoso”. Y es que, como recientemente ha afirmado el TJCE se entiende que la aplicación de esta disposición no está subordinada a que se produzca un daño efectivo y, por ello, puede aplicarse a acciones como la de cesación aunque asuman carácter preventivo²⁰.

En cuanto al criterio de atribución de competencia utilizado, el “*lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso*” su generalidad ha suscitado dudas de interpretación. 1º La primera clave consiste en decidir cuál es el *daño inicial* a retener: ¿ el que se deriva como consecuencia de la entrega de un producto defectuoso o el que se produce por el hecho de la utilización normal del producto?; porque, obvio es entrega del producto y uso del mismo producto no tiene por qué coincidir en un mismo espacio o lugar y el TJCE orientado a establecer la competencia del tribunal nacional más próximo para la apreciación del daño se ha decantado claramente por el segundo, partiendo de la existencia de un nexo causal entre el daño y el hecho generador²¹. 2º Igualmente ha afirmado que puede designar el lugar de *generación* del daño y el lugar de *manifestación* del daño, siendo una opción del demandante plantear la demanda ante los tribunales de un lugar o de otro²². 3º Un criterio, el de la opción para el demandante que resolverá más fácilmente los supuestos en que el daño tenga una *pluralidad de lugares de manifestación*. Por ejemplo, en los delitos de prensa donde hay un lugar de edición pero una pluralidad de lugares de difusión y por tanto, de manifestación del daño²³: en este caso el TJCE reconoce a la víctima el derecho a optar entre los tribunales del lugar de generación (que en este caso coincide con el país de edición y con el domicilio del demandado), o ante cada uno de los países donde tuvo lugar el atentado contra el derecho a la intimidad o al honor pero únicamente por los daños causados en cada Estado miembro. Esta jurisprudencia provoca sin embargo una multiplicación de litigios resultando contrario a la buena administración de justicia.

En conexión con los supuestos de responsabilidad por daños, el artículo 5.4 del R 44/2001 prevé un *supuesto especial de acumulación de acciones*. De modo que cuando de una causa penal se derive simultáneamente una responsabilidad civil (p.ej responsabilidad por daños derivados del uso o consumo de un producto, generadores de una responsabilidad penal y de una responsabilidad civil subsidiaria) el R 44/2001 reconoce al demandante el derecho a la acumulación de las acciones ante el juez penal, subordinado a que el Derecho procesal civil de ese Estado permita la acumulación de las acciones.

¹⁹ STJCE de 26 de mayo 1992, en el as. 261/90, *Reichert II*

²⁰ STJCE de 1 de octubre 2002, en el as. 167/00 *Henkel*

²¹ STJCE de 16 de julio 2009, as 189/08, *Zuid-Chemie*, nº32

²² STJCE de 30 noviembre 1976, en el as. 21/76, *Mines de Potasse d'Alsace*

²³ STJCE de 7 de marzo de 1995, en el as. 68/93, *Fiona Shevill*

3º En materia de litigios relativos a la explotación de establecimientos secundarios

En relación con los litigios derivados de la actuación de sucursales y otros establecimientos secundarios, es necesario tener claro que este foro, en sede del artículo 5, *requiere la presencia del domicilio del demandado en territorio comunitario*. No así, cuando el foro de la sucursal sirve como fundamento de la competencia judicial internacional en relación con contratos de seguros, con ciertos contratos concluidos por consumidores y en contrato individual de trabajo, como se ha visto. Como foro especial de competencia, constituye también una opción del demandante, frente al domicilio del demandado y a los restantes foros especiales.

Por lo que se refiere a los litigios o *materia contemplada*, tiene que tener algún vínculo con la actividad de la sucursal²⁴. Así, se ha precisado que pueden referirse al funcionamiento interno (p.ej. contratos de personal) en cuyo caso, la mayoría de las veces quedarían comprendidos por otros foros especiales. Pueden ser también litigios referentes a su actividad comercial o hacia el exterior en sus relaciones con terceros.

El criterio de competencia escogido se refiere a los tribunales del “*lugar en que se hallaren sitos*”, pues se entiende que es ese juez quien mejor puede verificar los contenciosos referentes a la explotación de la sucursal. Es un foro operativo en muy pocos casos.

4º En los supuestos de demandas conexas: pluralidad de demandados y acumulación de acciones.

Hay supuestos en los que concurriendo bien una pluralidad de demandados en una misma causa, bien una vinculación entre las acciones (p.ej. real y personal), razones de economía procesal aconsejan juzgar conjuntamente ante un mismo tribunal.

(A) Foro para la pluralidad de partes

En los casos de *pluralidad de partes*, nos hallamos ante supuestos de litisconsorcio que puede ser activo (demandantes) o pasivo (demandados). El R 44/2001 está haciendo referencia al litisconsorcio pasivo. Este puede a su vez ser *facultativo o simple*, por voluntad del actor –el más frecuente–. Su fundamento reside en razones de economía procesal por la oportunidad de que se conozcan conjuntamente por el mismo juez las acciones o pretensiones conexas. Es pues, una opción del demandante (p.ej. contra todos los socios por la responsabilidad de uno de los socios). Puede ser también *necesario o pasivo*, por venir requerido por normas materiales de un ordenamiento (p.ej, art. 1139 Cc español impone la obligación de demandar conjuntamente a todos los deudores cuando la deuda es indivisible). En el marco del R 44/2001, está clara la admisión del primero : el demandante puede, si quiere, demandar a los demás ante un único tribunal. En cuanto al supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, será la *lex fori* del tribunal ante el que se interpone la demanda la que decidirá en torno a su admisibilidad. El momento para apreciarlo será bien el de la interposición de la demanda, bien un momento posterior cuando de un demandado se amplía a los demás.

²⁴ STJCE de 22 noviembre 1978, en el as. 33/78, *Somafer*

En los procesos contemplados se permite al demandante centralizar el litigio ante el tribunal donde uno solo de los demandados posee su domicilio. Admitida su ventaja, presenta como inconveniente el hecho cierto de que priva a otros demandados de acudir a su juez natural, en la medida en que les obliga a defenderse ante el domicilio de uno de ellos.

El artículo 6.1 R 44/2001 exige 1º la presencia de todos los codemandados con domicilio en un Estado parte. 2º Asimismo un *vínculo entre las distintas demandas* ²⁵, exigencia lógica dado que el foro del artículo 6.1 constituye una excepción a la regla general del domicilio del demandado. Pero en la formulación de una noción autónoma al respecto –pues no conviene dejar esta cuestión en manos de lo que disponga el derecho de cada uno de los Estados miembros-, se recurre a lo dispuesto por el propio artículo 28.3 R 44/2001 en relación con la conexidad: son “*demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo...*”.

Es, por tanto, un foro especial y excepcional respecto del foro general del domicilio del demandado. No prevalece respecto de los supuestos en que exista sumisión expresa.

(B) Foro para la pluralidad de pretensiones

En cuanto a los *supuestos de pluralidad de pretensiones*, ya hemos visto las reglas especiales de concentración de distintas demandas. Una, en sede del artículo 5.4 R 44/2001 referente a la responsabilidad civil derivada de delito (ante el tribunal que entienda del delito). Otra, recogida por el artículo 6.4 en cuanto a la concentración de la acción personal con la acción jurídico-real, ante el juez competente sobre el inmueble. En ambos casos, la remisión a la *lex fori* (o ley del tribunal competente) condiciona su viabilidad.

III. ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL POR VOLUNTAD DE LAS PARTES

Este epígrafe versa sobre un aspecto muy concreto, esto es, en el alcance que adquiere la voluntad de las partes a la hora de determinar la competencia judicial internacional y, por tanto, su incidencia en la modificación de la ordenación de la competencia tal y como hasta el momento ha sido expuesta. Así, en primer lugar, las partes a través de las *cláusulas o acuerdos de elección de foro* otorgan la competencia a un órgano jurisdiccional que carecía de la misma, a la vez que impiden que un tribunal competente, en atención a la materia objeto del litigio, entre a conocer. En segundo lugar, determinados actos procesales permiten deducir la voluntad de las partes de someter sus controversias a la competencia del tribunal de un Estado determinado.

La alteración de la competencia judicial internacional por voluntad de las partes causa dos efectos distintos –aunque dependientes entre sí- en función del órgano jurisdiccional desde el que se analiza el resultado de tal modificación. Así, *la derogatio fori* se origina respecto del órgano jurisdiccional que era competente para conocer, mientras que la *prorrogatio fori* se produce en favor del tribunal elegido por las partes y que, en principio, carecía de competencia.

1. Sumisión expresa

²⁵ STJCE de 18 de marzo de 1989, as. 189/87, *Kalfelis*

La regulación de la cláusula de atribución de competencia en el R 44/2001 está contenida en su artículo 23. Ahora bien, en cuanto a la ubicación que recibe la cláusula de sumisión expresa en el referido R 44/2001 destaca su incorporación, junto a los foros exclusivos de competencia, en el artículo 4.1 del texto. De manera que, tal y como sucede para los foros exclusivos, el presupuesto general de aplicación de la citada norma comunitaria, es decir, el domicilio del demandado no será necesario que se encuentre en un Estado miembro para poder aplicar las normas del Reglamento. Sin embargo, hay que resaltar que la referencia de la sumisión expresa junto a los foros exclusivos, no supone que la competencia a favor de otro órgano judicial por voluntad de la partes, tenga carácter exclusivo y, por tanto, se originen las consecuencias que este tipo de foros conlleva, por ejemplo la elección de un tribunal por medio de una cláusula de sumisión podrá ser derogado ya sea por un pacto en contrario concluido por las partes (artículo 23), o tras una posterior sumisión tácita a un tribunal distinto; esta modificación no sería admitida si se tratara de foro exclusivo.

1º. Alcance de la cláusula de sumisión expresa: condiciones previas de aplicación

El artículo 23 del R 44/2001 establece:

“Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueran competentes para conocer de cualquier litigio que hubiera surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes (...)”.

Antes de abordar las condiciones formales que una cláusula de elección de foro habrá de respetar para ser válida, conforme al citado precepto, pasamos a examinar los requisitos previos que se han de cumplir para que resulte aplicable lo previsto en el artículo 23 del R 44/2001 y, por tanto, en este orden de consideraciones también nos referiremos a los casos que están fuera de la norma.

No se aplicará el artículo 23 del Reglamento comunitario a los acuerdos de elección de foro, en favor de un tribunal situado en un Estado miembro de la Unión Europea realizados por partes cuyo domicilio está situado en un Estado no miembro. Así como también serán excluidas las cláusulas de sumisión efectuadas a favor de un tribunal situado en un Estado no miembro²⁶. Respecto del primer supuesto hay que observar que el Reglamento determina como, aunque sea el derecho interno del Estado el que regule la validez formal de la cláusula, sin embargo sí determina que los Tribunales de los demás EM no podrán entrar a conocer hasta que el primer tribunal no hubiera declinado su competencia. En cuanto al segundo supuesto, al tratarse de un Tribunal situado fuera del territorio comunitario, los tribunales de los demás Estados miembros sólo tendrán que aceptar la citada sumisión si así lo contemplan sus normas internas de competencia.

La sumisión expresa a la competencia de un tribunal distinto del que normalmente es competente está sujeta, en el marco de la normativa comunitaria, a una serie de presupuestos que se han de cumplir para que el artículo 23 del R 44/2001 resulte aplicable. De manera que:

²⁶ STJCE de 9 de noviembre de 2000, as. 387/98 *Coreck Maritime GMBH Handelsveem BV y otros*.

a) en primer lugar *cualquiera de las partes tiene que estar domiciliada en un Estado contratante* con independencia de la posición procesal que tenga en el litigio. A través de esta exigencia se consigue una vinculación con el territorio comunitario; si bien, esto no significa que tenga que existir vinculación alguna entre el juez, cuya competencia ha sido prorrogada, y el litigio en cuestión. *A sensu contrario*, como ha apreciado de forma reiterada el TJCE, se realiza una total abstracción de cualquier elemento objetivo de conexión entre la relación objeto del litigio y el tribunal designado²⁷. Sobre la concreción del momento en el que hay que tener en cuenta el domicilio el TJCE no se ha manifestado al respecto y entre la doctrina hay distintas posturas que giran entre el momento el que se hace el acuerdo de sumisión o el momento de presentación de la demanda.

b) en segundo lugar además, la atribución de la competencia ha de hacerse al *tribunal de un Estado miembro*. La identificación del órgano jurisdiccional elegido se puede realizar, de acuerdo con el TJCE, “en la cláusula de elección de foro a través del reconocimiento de los elementos objetivos sobre los cuales las partes se han puesto de acuerdo para elegir el tribunal o los tribunales a los que desean someter los litigios que hayan surgido o puedan surgir. Estos elementos han de ser suficientemente precisos para permitir al juez que conoce del litigio determinar si es competente, pueden ser concretados, en su caso, por las circunstancias propias de cada situación”²⁸.

Respecto a la designación del tribunal de un Estado miembro hay que delimitar ciertos aspectos: a) las partes pueden designar a los tribunales de un Estado miembro en su conjunto (*in genere*) o especificar qué órgano jurisdiccional en concreto ha de conocer (*in concreto*); b) además, es posible que se designen varios tribunales para que conozcan del litigio.

La interpretación del TJCE al respecto ha sido muy flexible; *ad. ex.*, declaró válida una cláusula de elección de foro en la que dependiendo de la posición procesal que asuman las partes en el litigio (demandante/demandado) pueden acordar que la competencia judicial internacional la asuma uno u otro tribunal distinto²⁹; además el TJCE admitió la atribución genérica de la competencia a los tribunales de Estados distintos. En la sentencia citada las partes habían acordado una cláusula de elección de foro en la que expresaba: “que toda acción judicial formulada por Meeth (empresa alemana) contra Glacetal (empresa francesa), debería de serlo ante los Tribunales franceses; y a la inversa, toda acción judicial iniciada por Glacetal contra Meeth debería de serlo ante los órganos jurisdiccionales alemanes en función de criterios elegidos por ellas”.

c) por último, junto a los presupuestos anteriores, el *litigio ha de tener carácter internacional*. Sobre esta condición aunque hay unanimidad en su requerimiento existen importantes discrepancias en torno a qué elementos caracterizan de internacional un asunto, aportando la doctrina criterios hermeneúticos que ayuden al órgano judicial a apreciar la internacionalidad de un litigio *in casu*.

2º. Requisitos de validez formal de los acuerdos de elección de foro

²⁷ STJCE de 17 de marzo de 1980 as. 56/79 *Siegfried Zelger c. Sebastiano Salinitri*; STJCE. de 10 de febrero de 1997 as. 106/95 *Mainschiffahrts-Genossenschaft (MSG)/Las Gravières Rhénanes (SARL)*; STJCE de 3 de julio de 1997 as.269/95 *Francesco Benincasa c. Dentalkit*.

²⁸ STJCE de 9 de noviembre de 2000, as. 387/98 *Coreck Maritime GMBH Handelsveem BV y otros*.

²⁹ STJCE de 9 de noviembre de 1978 as. 23/78 *Nikolaus Meeth c. Clacetal*.

Las formas exigidas por el artículo 23 tienen como fin asegurar que el consentimiento manifestado por las partes se ha realizado de forma clara y precisa³⁰. De manera que, el órgano jurisdiccional al que se otorga competencia, en el acuerdo de atribución de foro, ha de examinar a través de la forma que el consentimiento de las partes ha sido otorgado de manera efectiva³¹.

Las partes no podrán alegar requisitos de forma distintos a los previstos en la norma comunitaria, aunque sean propios del derecho nacional, para cuestionar la validez de la cláusula de atribución de competencia. Al respecto el TJCE ha sostenido que: “Las exigencias concretas que engloba el concepto de «forma conforme a los usos» deben valorarse exclusivamente a la luz de los usos comerciales del sector del comercio internacional de que se trate, *sin tener en cuenta las exigencias particulares que pudieran establecer las disposiciones nacionales*”³² (la cursiva es nuestra).

De conformidad con lo establecido en el artículo 23 del R 44/2001, el acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:

(A) Por escrito o verbalmente con confirmación escrita: este acuerdo se puede plasmar bien en uno o en varios documentos³³. El documento en el que aparece el acuerdo de elección de foro puede contener, a su vez, otras disposiciones referidas a distintos aspectos del negocio en cuestión.

Especial atención ha merecido el supuesto, no poco infrecuente, en el que *el acuerdo de atribución de jurisdicción se encuentra incluido en las condiciones generales del negocio jurídico*. En este caso se trata de equilibrar la balanza entre la fluidez del comercio internacional y la seguridad de que la aceptación de la cláusula de elección de foro se produce con pleno conocimiento de su alcance. De forma que, cuando el acuerdo de elección de foro está incluido entre las condiciones generales impresas en el dorso de un documento, es necesario que el contrato, firmado por las dos partes, contuviera una llamada expresa a esas condiciones generales³⁴. Sólo así se considerará que la exigencia de la forma escrita ha sido cumplida y, por ende, eficaz la cláusula de atribución de competencia.

En cuanto a la validez de la cláusula de atribución pero situada en el derecho societario, el TJCE ha establecido: “que una cláusula atributiva de jurisdicción designando el tribunal del Estado contratante para conocer las diferencias entre la sociedad anónima y los accionistas, incluido dentro de los estatutos de la sociedad y adoptado conforme a las disposiciones del derecho nacional aplicable a los estatutos, constituye un acuerdo de

³⁰ STJCE de 14 de diciembre de 1976 as. 24/76 *Estasis Salotti di Colzani Aimò y Gianmario Colzani c. RÜWA Polstereimaschinen GMBH*. STJCE de 14 de diciembre de 1976 as. 25/76 *Galleries Segoura SPRL c. Rahim Bonakdarian*.

³¹ STJCE de 14 de diciembre 1976 as. 24/76 *Estasis Salotti di Colzani Aimò y Gianmario Colzani c. RÜWA Polstereimaschinen GMBH*; STJCE de 11 de julio de 1985 as. C-221/84 *Berghoefer*; STJCE de 19 de julio 1984 as. 71/83 *Partenreederei ms. Tilly Russ y Ernets Russ c. NV Haven - & Vervoerbedrijf Nova y NV Goeminne Hout*.

³² STJCE de 16 de marzo de 1999 as. 159/97 *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA c. Hugo Trumpy SpA*.

³³ STJCE de 19 de julio de 1984 as. 71/83 *Partenreedereims. Tilly Russ y Ernets Russ c. NV Haven - & Vervoerbedrijf Nova y NV Goeminne Hout*.

³⁴ STJCE de 14 de diciembre de 1976 as. 24/76 *Estasis Salotti di Colzani Aimò y Gianmario Colzani c. RÜWA Polstereimaschinen GMBH*.

jurisdicción (...)”, y es que como continúa el Tribunal “(...) la cláusula atributiva de jurisdicción figura dentro de los estatutos de la sociedad y estos estatutos son depositados en un lugar donde los accionistas pueden tener acceso o figuran dentro de un registro público”³⁵.

El R. 44/2001 se ha adaptado a una sociedad en la que las nuevas tecnologías suponen un cauce de comunicación cada día más frecuente. Como resultado de este ajuste se incluye, en el artículo 23 de la norma comunitaria, una nueva forma a través de la cual las partes pueden finalizar un acuerdo de elección de foro incluida en la contratación electrónica; de manera que, el apartado segundo del citado precepto afirma que estará cumplido el requisito formal de escrito cuando se realiza una transmisión por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. En efecto, a través de la incorporación de este precepto se materializan los objetivos marcados por la *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (DOCE L núm. 178, de 17 de junio de 2000)* entre los que se sitúa la posibilidad de incorporar una cláusula de elección de foro en un soporte no escrito pero accesible a través del monitor.

Junto a la confirmación por escrito las partes pueden también realizar el acuerdo atributivo de competencia de forma *verbal siempre que después se otorgue la conformidad por escrito*. El TJCE al respecto ha afirmado que “el acuerdo verbal en el que se expresa la cláusula de atribución de la competencia será válida siempre que haya confirmación por escrito de *cualquiera de las partes* y ésta haya sido recibida por la otra parte sin formular objeción alguna”³⁶. Por tanto, respecto de esta forma de acuerdo de elección de foro, es necesario probar que existió acuerdo verbal anterior referido de forma expresa a la cláusula de elección de foro, así como confirmación por escrito al acuerdo verbal, sin objeción alguna por las parte.

(B) Forma ajustada a los hábitos de las partes: La conclusión de relaciones comerciales entre las mismas partes de forma reiterada origina entre ellas hábitos que no pueden desconocerse. En atención a esta realidad, y fruto de la interpretación que ha realizado el TJCE, se ha reflejado en el R. 44/2001 la posibilidad de que las partes realicen acuerdos de elección de foro conforme a las prácticas consolidadas entre ellas³⁷. Por tanto, y en relación a las decisiones citadas, hay que señalar que se considera válida una cláusula de elección de foro cuando se incorpore en las condiciones generales de un contrato aunque no se haya producido ni acuerdo verbal referido a dicha cláusula, ni remisiones expresas en cada contrato ni la entrega del texto, siempre que ésta se sitúe en el marco de las relaciones corrientes entre las partes y responda a sus hábitos.

La cláusula de atribución de elección de foro adoptada de acuerdo con los usos de las partes se diferencia de la que, a continuación, pasamos a analizar en que dichas prácticas no tienen que estar admitidas como usos del comercio internacional

(C) Conforme a los usos del comercio internacional: La modalidad de elección de foro conforme a los usos del comercio internacional, ha sido interpretada por el TJCE que ha conformado las características que permiten otorgar una definición autónoma de la norma,

³⁵ STJCE de 10 de marzo de 1992, as. 214/89, *Powell Duffrynplc c. Wolfgang Petereit*.

³⁶ STJCE de 11 de julio de 1985 as. 221/84, *Berghoefer*.

³⁷ STJCE de 19 de julio de 1984 as. 71/83, *Partenreederei ms. Tilly Russ y Ernests Russ c. NV Haven - & Vervoerbedrijf Nova y NV Goeminne Hout*); STJCE de 14 de diciembre de 1976 as. 25/76, *Galeries Segoura SPRL c. Rahim Bonakdarian*.

a fin de aclarar cuáles son los usos y cómo se demuestra su existencia, aunque después serán los jueces nacionales quienes habrán de interpretar que el uso referido se adapta a tal definición. Así en Sent. de 10/2/1997 el TJCE, siguiendo las conclusiones del Abogado general G. Tesaurò, establece que el juez nacional debe verificar si existe, en esta rama del comercio una práctica regular y generalizada en este sentido y si es observada en contratos análogos desde el punto de vista material y geográfico³⁸.

De igual forma éste ha de controlar si la demandada tenía o debía de tener conocimiento del tal uso, circunstancia referida al aspecto cognoscitivo; en efecto, el TJCE ha incidido en que el conocimiento no ha de ser a nivel geográfico –ya que no es necesario que su práctica esté generalizada en todos los Estados contratantes ni en determinados países-, sino material, ya que habrá de constatarse la existencia del uso en relaciones anteriores contractuales establecidas entre iguales o distintas partes contratantes y/o en el mismo sector³⁹. El conocimiento de las partes de un determinado uso es independiente de la publicidad que se le haya podido dar, si se trata de un comportamiento seguido en un tipo de contratos de forma que pueda considerarse como una práctica consolidada y si la parte a cuyo consentimiento se condiciona la validez de la cláusula de jurisdicción puede llegar a su conocimiento con la diligencia ordinaria⁴⁰.

2. Sumisión tácita

El comportamiento de las partes, a través de ciertos actos procesales, permite deducir la voluntad de someter sus controversias a la competencia de un órgano jurisdiccional distinto del foro general del domicilio del demandado, del foro especial que corresponda por razón de la materia o de un tribunal elegido de forma previa en una cláusula de elección de foro anterior⁴¹.

Al igual que sucede con la sumisión expresa la sumisión tácita está regulada, como criterio de atribución de la competencia en el artículo 24 del R. 44/2001. También para la aplicación de la norma comunitaria en este aspecto es necesario que se produzcan una serie de condiciones previas: que se atribuya competencia a un tribunal de un Estado miembro; que el litigio sea internacional; y, que verse sobre una materia contenida en el ámbito de aplicación de la norma comunitaria. A las anteriores condiciones hay que sumar el criterio espacial, esto es, la necesidad o no del domicilio del demandado o de una de las partes, o de ninguna de ellas en el territorio comunitario para aplicar lo previsto en el artículo 24 del R. 44/2001.

Este último aspecto ha sido el más polémico ante la falta de acuerdo entre la doctrina si bien, el TJCE se ha manifestado al respecto. Así de la Sent. de 3/7/2000 del TJCE se deduce que el artículo 24 puede aplicarse cuando las partes optan por someterse tácitamente al tribunal de un Estado miembro con independencia del lugar donde esté situado su domicilio⁴². Por tanto, son dos las consecuencias que se derivan: primero, no es necesario que se cumpla el presupuesto general de aplicación -domicilio del demandado en un Estado miembro- para

³⁸ as. 106/95 *Mainschiffahrts-Genossenschaft (MSG)/Las Gravières Rhénanes (SARL)*

³⁹ As. 106/95 *Mainschiffahrts-Genossenschaft (MSG)/Las Gravières Rhénanes (SARL)*

⁴⁰ STJCE . de 16 de marzo de 1999 as. 159/97 *Trasporti Castelletti SpA/ Hugo Trumpy*.

⁴¹ STJCE de 24 de junio de 1981 as.150/80 *Elefanten Schun GmbH/ Pierre Jacqmain*.

⁴² As. 412/98 *Group Josi Reinsurance Company SA/ Universal General Insurance Company (UGIC)* en particular los considerandos 44 y 45.

analizar la validez de la sumisión tácita conforme a la norma comunitaria; y además, el artículo 24 sirve como foro de competencia elegido por el demandante una vez el demandado no lo haya impugnado cualquiera que sea el domicilio de las partes.

En otro orden de consideraciones, aunque situados todavía en los requisitos de aplicación del artículo 24, la sumisión tácita también se extiende para el actor en los supuestos de compensación o reconversión incluso en los casos en los que hubiera acordadas para éstas, previamente, una cláusula de sumisión expresa⁴³.

Para finalizar con la regulación de la sumisión tácita en el R. 44/2001 hay que destacar el tratamiento que han tenido las condiciones requeridas para la aplicación de este foro de atribución de la competencia por el TJCE. De forma que, para que se entienda que se ha producido sumisión tácita y, en consecuencia, el efecto de la *prorrogatio fori* a favor de un tribunal que no era competente, es necesario que la comparecencia del demandado ante el órgano jurisdiccional al que el demandante presentó su demanda no tenga como objetivo impugnar la competencia. La regulación de la sumisión tácita en el R. 44/2001 presenta una mayor flexibilidad que en algunos ordenamientos. Así, el demandado puede, *a título subsidiario* junto con la impugnación de la competencia, presentar alegaciones sin que por este comportamiento se entienda que acepta de forma tácita la competencia del tribunal⁴⁴.

Y es que, la interpretación de la noción de comparecencia en el marco del instrumento comunitario se realiza de forma autónoma (Sent. de 8/3/2000 Oberlandesgericht Koblenz); si bien es cierto que los requisitos formales están sometidos al derecho nacional.

3. Límites y correctivos a la sumisión

En los anteriores apartados se ha establecido el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes en orden a modificar la competencia judicial internacional ya sea por un acuerdo de elección de foro anterior ya sea por el comportamiento procesal de las partes. Ahora bien, esta autonomía de la voluntad no es ilimitada. En consecuencia, procede ahora pasar a concretar, en primer lugar, las materias a las que dicha libertad no alcanza y, en segundo lugar, los correctivos que pueden emplearse.

1º) En cuanto a las materias: el efecto de la *derogatio fori* no es posible en aquellas materias que son objeto de un foro de carácter exclusivo, y en consecuencia no prima la libertad de las partes en orden a la elección de foro.

De igual forma, la sumisión de las partes posee un alcance limitado en los contratos sobre: *seguros, individuales de trabajo y consumidores*. Como se ha analizado en epígrafes anteriores existen una serie de supuestos en los que las normas de competencia judicial internacional se establecen en función de una parte considerada débil. Es por ello que para este tipo de casos la restricción de la autonomía de la voluntad de las partes para alterar la competencia tiene plena justificación.

Ahora bien, en el marco del R. 44/2001 el alcance limitado de la sumisión no excluye la posibilidad, en los casos que previamente han sido tasados, que las partes en uso de su

⁴³ STJCE de 7/3/1985 as. 48/84 *Hannelore Spitzley/Sommer Exploitation*.

⁴⁴ STJCE de 24 de junio 1981 as. 150/80 *Elefanten Schun GmbH/ Pierre Jacquain*; STJCE 22 de octubre de 1981 as. 27/81 *Établissements Rohr Societé amonyme contre Diana Ossberger*; STJCE de 14 de julio de 1983 as. 201/82 *Gerling Komzernz Speziale Kreditversicherung-AG/ Amministrazione del Tesoro dello Stato*.

autonomía puedan atribuir la competencia a favor de otros tribunales distintos. Si bien es cierto que la parte considerada débil de ningún modo saldrá perjudicada ya que se trata de que la parte considerada *fuerte* no se beneficie de su posición y realice comportamientos abusivos:

a) Criterios temporales: situación que se garantiza a través de la posibilidad de que se acuerde una cláusula de sumisión *posterior al nacimiento del litigio* [artículo 13.1 para contratos de seguro; artículo 17.1 para contratos de consumo; artículo 21.1 para contratos individuales de trabajo]. Si el momento temporal elegido para concluir la cláusula es el de celebración del contrato, las partes, de común acuerdo, podrán prorrogar la competencia sólo a favor del tribunal del Estado del domicilio o residencia común de ambas, siempre que la ley del citado Estado no prohíba tales acuerdos [(artículo 13.3 para contrato de seguros; artículo 17.3 contrato de consumo)].

b) Ampliación el número de tribunales ante los que sólo la parte considerada *débil* de la relación pueda acudir [(artículo 17.2 (contrato de consumo); artículo 21.2 (contrato de trabajo); artículo 13.2 (contrato de seguros)]. Esta posibilidad, prevista sólo para la parte considerada en inferioridad de condiciones, permite presentar la demanda ante tribunales distintos de los que expresamente se indican para cada uno de los casos.

2º) En cuanto a los correctivos: a través de éstos nos referimos a la posibilidad de que el tribunal elegido en una cláusula de elección de foro no sea el único competente para conocer sino que las partes hayan acordado que su competencia no sea de alcance exclusivo. El *Reglamento* ha excluido la mención que, de forma expresa, hace el párrafo cuarto del artículo 17 del *Convenio de Bruselas de 1968* a los acuerdos de atribución de competencia en favor de una sola de las partes⁴⁵. Un importante sector doctrinal atribuye esta desaparición a que, en el primer párrafo del artículo 23, se prevé la posibilidad de que las partes incorporen cláusulas de elección facultativas derogando la exclusividad del foro elegido de manera que, pacten acudir a un tribunal competente para conocer bien en aplicación de un foro especial o por el foro general del domicilio del demandado.

IV. PROBLEMAS PARTICULARES EN RELACIÓN CON LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

Bajo esta rúbrica se analizan dos series de problemas centrales para el correcto funcionamiento de los foros de competencia judicial internacional. En primer lugar, si el juez ante el que se interpone la demanda debe “autocomprobar” su asignación de competencia, para decidir conforme a qué instrumento se fundamenta. En segundo lugar, la multiplicidad de foros concurrentes sobre una misma materia hace necesario que el legislador articule criterios para impedir la activación de distintas jurisdicciones nacionales para conocer de un mismo asunto (excepción de litispendencia) o de dos acciones estrechamente vinculadas entre sí (excepción de conexidad).

1. Control de la competencia judicial internacional

Aquí se alude a la eventual verificación que tiene que realizar el juez para decidir si es o no competente. Los problemas gravitan en torno a dos cuestiones. En qué supuestos y si debe procederse de oficio o a instancia de parte.

⁴⁵ STJCE de 24 de junio de 1986 as.22/85, *Anterist*.

En el R 44/2001 el control se prevé en dos supuestos. En el *primer supuesto* el artículo 25 introduce una norma especial por la que *se impone al juez* la obligación de verificar de *oficio* su competencia judicial cuando la materia litigiosa caiga dentro del ámbito de los foros de *competencia exclusiva*. De suerte que si verifica que hay otro tribunal que es exclusivamente competente, debe inhibirse a favor de aquel. Es el corolario lógico de tales foros que, como se recordará, afectan a materias imperativas.

El *segundo supuesto* se contempla en el artículo 20 R 44/2001. Se refiere al caso en que el demandado lo sea en *país distinto del de su domicilio*, porque la demanda haya sido presentada ante cualquiera de los foros especiales, *y no comparezca*. Si posee el domicilio en *país tercero* su competencia estará fundamentada sobre la base de las normas internas del Estado en cuestión y no por el Reglamento (art. 26.1. R); en consecuencia el problema del control y sus consecuencias ha de venir resuelto por el derecho interno.

Si posee su *domicilio en un Estado parte*, el juez debe 1º suspender el procedimiento, con el fin de, 2º comprobar que el demandado ha sido debidamente *notificado* (conforme al *Reglamento 1348/2000, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil*). La finalidad es evitar un proceso en rebeldía del demandado, de modo que esta disposición se vincula con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Si permanece en rebeldía, el juez entra a verificar de *oficio* su competencia conforme a las reglas de competencia judicial del R 44/2001. 3º Si, por el contrario, *comparece*, se activa la competencia por la sumisión voluntaria (art. 24 R).

Ahora bien, fuera de estos casos (competencias exclusivas y defectuosa o falta de notificación) la excepción de incompetencia solo cabe a *instancia de parte*. Solución criticable por lo que se refiere a los foros de protección en materia de seguros y de ciertos contratos concluidos por consumidores pues su vulneración entraña, como se verá, uno de los motivos de no reconocimiento.

1. Excepciones de litispendencia y conexidad

El fundamento de ambas excepciones estriba en que la pluralidad de sistemas jurisdiccionales potencialmente competentes, acompañada de la pluralidad de sistemas jurídicos, pueden propiciar que sobre un mismo litigio recaigan soluciones materialmente contradictorias (p.ej. en un supuesto de daños, planteada la misma demanda ante dos jurisdiccionales nacionales, el ordenamiento F reconoce derecho a indemnización de la víctima y el ordenamiento G niega que la víctima tenga derecho a indemnización). Este riesgo se agrava en el ámbito comunitario habida cuenta que conforme al R 44/2001 se refuerza la idea de que sobre una misma materia litigiosa pueden haber distintas jurisdicciones potencialmente competentes.

Las reglas sobre litispendencia y conexidad son normas que pretenden la organización racional del proceso con la *finalidad de evitar sentencias materialmente contradictorias*.

(A) Excepción de litispendencia

La *excepción de litispendencia* puede plantearse en aquellos supuestos en que cada una de las partes interpone la demanda ante jurisdicciones nacionales diferentes. Concurriendo identidad de objeto (esto es, la finalidad del proceso), causa (esto es, los

hechos y normas jurídicas aplicables) y partes (art. 27.1 R), el tribunal que recibe la demanda en segundo lugar ha de *suspender de oficio* el procedimiento hasta que se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la por primera vez la demanda. Una vez que el tribunal que conoció de la demanda en primer lugar se declara competente, el segundo *debe inhibirse* a favor de aquel (art. 27.2 R)

Cabe distinguir dos situaciones. En la primera, la posición procesal de las partes es la misma en ambos procesos; es decir el demandante lo es tanto ante la jurisdicción A como en la jurisdicción B. En este caso, de prosperar la excepción de litispendencia, se evita el riesgo de que ambas jurisdicciones nacionales, entendiéndose sobre un mismo litigio, puedan dictar sentencias materialmente contradictorias.

Es imaginable una segunda situación, en la que cambian las posiciones procesales de las partes. Es decir, el Sr. Y es demandado por el Sr. X en A y como respuesta el Sr. Y interpone una demanda contra el Sr. X ante los tribunales de B. En esta hipótesis la excepción de litispendencia protege a la parte demandante inicial con la finalidad de impedir comportamientos abusivos que, por lo demás, pueden generar sentencias materialmente contradictorias.

(B) Excepción de conexidad

En la *excepción por conexidad* se suscita un problema similar. Dos tribunales son en principio competentes para entender de dos problemas conexos entre si. A la noción de conexidad ya hemos hecho referencia al examinar el foro de la pluralidad de demandados (ex. art. 6.1 R.).

La diferencia estriba en que tal noción allí sirve para fundamentar un foro de competencia judicial internacional, en tanto que en esta sede sirve a lo contrario : a excepcionar la competencia de uno de los dos tribunales potencialmente competentes.

Presupuestos necesarios son, además : 1º Que las demandas conexas estén aún en 1ª instancia (art. 28.2 R). 2º El tribunal *puede inhibirse bien motu proprio* (art. 28.1 R), bien a instancia de una de las partes (art. 28.2) pero en ambos casos es facultativo para el juez ante el que se plantea la demanda posterior. 3º Se requiere en ambos casos que el juez que conoció en primer lugar sea competente y, además, que su derecho interno permita la acumulación de ambas demandas.

DOCUMENTACIÓN

-Reglamento CE nº 40/94, de 20 de diciembre de 1993, sobre marca comunitaria (DOCE de 14 enero 1994).

-Directiva 96/71, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores temporales efectuado en el marco de una prestación de servicios

BIBLIOGRAFIA

1. Obras generales.

NOTA : El tema es tratado con mayor o menor extensión en todos los Manuales de Derecho internacional privado. Pueden consultarse además con carácter monográfico:

Calvo-Caravaca, A.L. *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, ed. BOE, Madrid, 1994

Gaudemet-Tallon, H. *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2ª ed. Paris, 1996

Rodríguez Benot, A., *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en derecho comunitario europeo*, Eurolex, Madrid, 1994

Virgós Soriano, M./Garcimartin Alferez, F., *Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed. Civitas, 2007

Virgós Soriano, M./Rodríguez Pineau, E. *Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras : Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*, Madrid, 1999

2. Problemas particulares

Heredia Cervantes, I. *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Granada, 2002

Quiñones Escamez, A. *El foro de la pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, Madrid, 1996