

# El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001\*

*Iván Heredia Cervantes*

Profesor asociado de Derecho internacional privado (UAM)

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ARTÍCULO 5 1º DEL CONVENIO DE BRUSELAS
3. LA ENDEBLEZ DE LAS CRÍTICAS A LA SOLUCIÓN CONVENCIONAL.
4. EL NUEVO ARTÍCULO 5 1º B)—4.1. *Ámbito material de aplicación*—4.2. *La expresión «salvo pacto en contrario»*—4.3. *La expresión «según el contrato»*—4.4. *¿Un único foro para todas las cuestiones contractuales?*—4.5. *El retorno al apartado a); el artículo 5 1º c)*
5. VALORACIÓN DEL NUEVO ARTÍCULO 5 1º

\* El presente estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación BJIJY 2000-0268. Quisiera mostrar mi agradecimiento a los compañeros del Área de Derecho internacional privado de la UAM, que con sus pertinentes observaciones y críticas han ayudado a mejorar el contenido de este trabajo y, en especial, a los profesores AMORES CONRADI y GARCIMARTÍN ALFÉREZ.

## 1. INTRODUCCIÓN

1.-La entrada en vigor del Tratado de Maastricht y la incorporación del Título VI del TUE, que se refería a la colaboración en los asuntos de justicia e interior, supuso un decidido impulso a la paulatina penetración de la normativa comunitaria en el ámbito del Derecho internacional privado (en adelante, Dopr)<sup>1</sup>. Gracias al artículo K.1 apartado 6º, la cooperación judicial en materia civil se encuadró en el «Tercer Pilar» (cooperación intergubernamental). Sin embargo, el verdadero hito en este proceso es la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997<sup>2</sup>, y más en concreto, la introducción de un nuevo Título IV (arts. 61-69), en virtud del cual se permite a la Comunidad adoptar medidas en materia de cooperación judicial en el ámbito civil y se traslada a las normas sobre Derecho internacional privado del «Tercer Pilar» al Primero (Derecho comunitario).

Como consecuencia de esta reforma han surgido una serie de Instrumentos que regulan cuestiones de vital importancia, entre los que sin duda destaca el Reglamento 44/2001 (en adelante Regl. 44/2001<sup>3</sup>), texto que está llamado a convertirse en el eje de nuestro sistema procesal civil internacional<sup>4</sup>, y que «comunitariza» el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras

<sup>1</sup> Entre los numerosos trabajos dedicados a la comunitarización del Derecho internacional privado, pueden consultarse, entre otros: BORRÁS, A., «La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro», *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* 2001, pgs. 285 y ss.; HESS, «Die Europäisierung des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag-Chancen und Gefahren», *NJW*, 2000, pgs. 23 y ss.; KOHLER, C., «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam», *Rev. cr. dr. int. priv.*, 1999 (1), pgs. 1-30, esp. pgs. 24-30; REMIEN, O., «European private international law, the european community and its emerging area of freedom, security and justice», *Common Market Law Review*, 2001, pgs. 53 y ss.; WILLDERSPIN, M., LEWIS, X., «Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres», *Rev. cr. dr. int. priv.*, 2002, pgs. 289 y ss.

<sup>2</sup> BOE de 7 de mayo de 1999, corr. de errores, BOE de 7 de agosto de 1999).

<sup>3</sup> Reglamento (CE) número 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOCE* núm. L 012, de 16 de enero de 2001; corr. de errores *DOCE*, núm. L 307, de 24 de noviembre; *DOCE*, núm. L 176, de 5 de julio de 2002.

<sup>4</sup> Un detallado resumen sobre los trabajos previos a la redacción definitiva del Reglamento 44/2001 puede consultarse Bascow, J. «The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam», *Common Market L. Rev.* (2000), pgs. 687 y ss; en KOHLER, C., «Die Revision des Brüsseler und des Luganer Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen –Generalia und Gerichtsstandsproblematik–», en GOTTWALD, P., *Revision des EuGVÜ, Neues Schiedsverfahrensrecht*, Bielefeld, 2000, pgs. 1-35, pgs. 2-3.

en el ámbito civil y mercantil (en adelante CB). Aunque el Reglamento 44/2001 mantiene fielmente tanto la estructura como las líneas básicas del CB, un texto cuyo éxito y eficacia desde el momento de su adopción está fuera de toda duda, introduce una serie de modificaciones, entre las que destaca la reforma del foro especial contractual contenido en el artículo 5 1º y, más en concreto, la incorporación de un nuevo apartado b), en el que se contienen soluciones absolutamente diferentes a las de la regulación convencional.

El presente artículo tiene como objetivo el estudio del nuevo artículo 5 1º Regl. 44/2001, un precepto que, como tendremos oportunidad de comprobar, plantea serias dudas interpretativas. El trabajo está dividido en tres partes. En la primera se analizará la solución del CB y las principales críticas lanzadas contra ella y, en especial, contra la interpretación que ha hecho el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE), críticas que, al menos en teoría, laten tras las reformas introducidas en el precepto. En la segunda se realizará un análisis pormenorizado de la nueva regulación y se intentará dar respuesta a las principales dudas que ésta suscita, en especial a las que plantea el empleo de dos expresiones contenidas en el nuevo apartado b), de contenido particularmente ambiguo («salvo pacto en contra» y «según el contrato»). Finalmente, la última parte del trabajo se dedicará a la exposición de unas breves reflexiones sobre las consecuencias de la nueva regulación, al margen de ponderar sus principales virtudes e inconvenientes.

## 2. EL ARTÍCULO 5 1º DEL CONVENIO DE BRUSELAS

2.—El foro contractual del CB, todavía en vigor para las relaciones entre Dinamarca y el resto de Estados comunitarios, así como para algunos territorios de ultramar<sup>5</sup>, atribuye competencia a los tribunales del lugar en el que «hubiere o debiere ser cumplida la obligación que sirviera de base a la demanda», sin que la prestación característica del contrato posea relevancia alguna a la hora de determinar la CJI. De esta forma, el proceso de aplicación del artículo 5 1º CB requiere la resolución de tres problemas: dotar de contenido al término «materia contractual»; identificar cuál es la obligación relevante para el foro contractual y determinar el lugar de cumplimiento de tal obligación<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> No se aplica el Regl. 44/2001 y, por tanto, sigue en vigor el CB en la Polinesia Francesa, Nueva Caledonia, Islas Wallis y Futuna, Mayotte y San Pedro y Miquelón, en el caso de los territorios bajo dominio francés, y en Aruba, en el caso de los territorios bajo soberanía holandesa. En relación con la situación de Groenlandia, vid. DROZ, G. A. L., GAUDEMET-TALLON, H., «La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *Rev. cr. dr. int. priv.*, 2001, pgs. 601 y ss., esp. pgs. 628-629.

<sup>6</sup> Una exhaustiva recopilación de la forma en que la Jurisprudencia de diversos Estados comunitarios se ha enfrentado a estas tres cuestiones puede consultarse en, NEWTON, J.,

El primero lo resolvió el TJCE a través de una calificación autónoma, lo que convierte en indiferente a la hora de incluir un litigio en el artículo 5 1º la calificación que realice el derecho nacional<sup>7</sup>. Para la Corte de Luxemburgo el foro contractual sería invocable siempre que nos encontráramos ante litigios derivados de un compromiso voluntariamente asumido entre las partes<sup>8</sup>, excluyéndose su aplicación cuando no se diera una relación entre ellas, previa al litigio (v. gr. el litigio entre el subadquirente de la cosa y el fabricante que no vendió la mercancía o entre el destinatario de unas mercancías y el supuesto transportista cuando, basándose en el conocimiento de embarque, no demanda al emisor del documento sino al que considera el verdadero transportista y con quien no le une ninguna relación previa<sup>9</sup>. En el artículo 5 1º CB se incluyen además tanto los litigios derivados de la existencia de la propia relación contractual (acción de resolución, de nulidad, etc.) como los que tienen su origen en las diferentes obligaciones que deriven de tal relación contractual (acción de exoneración de responsabilidad, acción indemnizatoria por incumplimiento o por resolución abusiva, etc.)<sup>10</sup>.

3.—En cuanto al criterio de atribución de competencia (*la obligación que sirve de base a la demanda*), la solución actual del artículo 5 1º CB tiene su origen en la jurisprudencia del TJCE, en concreto en la Sentencia dictada en el Asunto De Bloos<sup>11</sup>, y resulta muy fácil de identificar en la mayor parte de

*The uniform interpretation of the Brussels and the Lugano Conventions*, Portland, 2002, pgs. 44-160.

<sup>7</sup> Una somera exposición sobre la delimitación del ámbito material del artículo 5 1º CB puede consultarse en MARTINY, D., «Internationale Zuständigkeit fürvertragliche Streitigkeiten», en FS GEIMER, Kumhausen, 2002, pgs. 641 y ss., pgs. 651-652.

<sup>8</sup> Esta calificación de la material contractual permite incluir en el artículo 5.1º, por ejemplo, las relaciones entre una sociedad y sus socios (as. 34/82, *Peters c. Zuid Nederlandse*), o las establecidas dentro de un grupo de sociedades. Del mismo modo, quedan dentro del foro contractual los litigios relativos a «la resolución improcedente de un contrato de agencia comercial autónoma y al pago de comisiones adeudadas en la ejecución de este contrato» (as. 9/87, *Arcado c. Haviland*). En cuanto a la responsabilidad precontractual, el TJCE ha seguido el mismo criterio y ha excluido del foro contractual un supuesto en el que se había producido una ruptura injustificada de las relaciones entre las partes, al considerar que la obligación de indemnizar no derivaría de la previa asunción de una obligación, sino de las normas generales sobre buena fe (as. C-334/2000, *Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GMBH*); en relación con las consecuencias de esta decisión, vid. REQUEJO ISIDRO, M., «Incertidumbre sobre la materia delictual en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: método de delimitación y determinación del tribunal competente»; *La Ley*, núm. 5709, pgs. 6 y ss.

<sup>9</sup> Vid, entre otras, as. 34/82 (cit); as. C-26/91, *Handte c. TMCS*, as. C-51/97, *Réunion Européenne c. Spliethoff* y as. C-265/02, *Frahuil c. Assitalia*.

<sup>10</sup> EL TJCE (As. 167/2000, *Verein für Konsumenteninformation c. Henkel*) ha excluido, sin embargo, del artículo 5 1º CB los litigios derivados una acción judicial preventiva, entablada por una asociación para la protección de los consumidores con objeto de obtener la prohibición del uso por un comerciante de cláusulas consideradas abusivas en los contratos celebrados con particulares (sobre esta decisión puede consultarse el comentario de M. REQUEJO ISIDRO, en *REDI*, 2002, pgs. 880 y ss.).

<sup>11</sup> As. 14/76, *A. De Bloos, SPRL, c. Société en commandite par actions Bouyer*.

los casos. Se trata, simplemente, de la obligación que origina la controversia, es decir, «la correspondiente al derecho contractual que sirve de fundamento a la acción judicial del demandante».

No obstante, la articulación del foro contractual a partir del presupuesto de la existencia de una obligación litigiosa presenta ciertas limitaciones y puede originar algunas complicaciones. Una de ellas se da cuando la pretensión del actor no se base en un incumplimiento del demandado (v. gr. una demanda mero declarativa de nulidad del contrato, una demanda de exoneración de responsabilidad...). En supuestos de esta naturaleza la opción más lógica es considerar como relevante aquella obligación de cuyo cumplimiento quiere exonerarse el actor a través de la interposición de la demanda<sup>12</sup>. Junto a estos casos, la jurisprudencia De Bloos plantea también complicaciones en aquellos contratos de los que deriven varias obligaciones principales. Para estos litigios, el CB parece haber optado por el «principio de separabilidad de las pretensiones», con lo que la única obligación relevante para el artículo 5 1º sería la que fundamentara la pretensión del actor. De este modo, en el caso de que sean varias las obligaciones principales incumplidas, la competencia de cada tribunal debe limitarse a aquella que se verifique dentro de su demarcación<sup>13</sup>. El «principio de separabilidad», sin embargo, no se extiende a las obligaciones secundarias. Para estos casos, el TJCE ha acudido al principio *accessorium sequitur principale* y ha declarado que «será la obligación principal, entre varias obligaciones en cuestión, la que establezca su competencia»<sup>14</sup>. Finalmente, la solución convencional tampoco se adapta a aquellos supuestos en los que el origen del litigio se encuentre en el incumplimiento de una obligación de no hacer. Ante litigios de esta naturaleza, el TJCE ha descartado la adaptación del foro contractual y ha excluido de forma expresa la posibilidad de recurrir al artículo 5 1º, dada la imposibilidad de identificar un único lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> VIRGOS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2000, pg. 107.

<sup>13</sup> Vid. as. C-420/97, *Leathertext c Bodeltex*.

Especialmente crítico con la solución alcanzada por el TJCE, P. MANKOWSKI en su comentario a esta resolución (*Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1999, pgs. 1117-1118).

<sup>14</sup> As. 266/85, *Shenavai c. Kreisler*.

Este tipo de litigios presenta, no obstante, varios interrogantes. Uno de ellos, puesto de manifiesto por la doctrina francesa, es si la aplicación del principio *accessorium sequitur principale* tiene un carácter imperativo o facultativo (vid. BISCHOFF, J. B., HUET, A., «Nota al As. Shenavai», *JDI*, 1987, pgs. 465-472, pgs. 469-470). Otro es la forma de determinar la pretensión principal (a través de la *lex causae* o atendiendo a un criterio fáctico en el que se tenga en cuenta, por ejemplo, la pretensión con mayor importancia económica). La *Cour d'appel* de París (Sentencia de 21 de mayo de 1997, *Informations rapides*, Dalloz, 1997, pgs. 149, 150, nota de HUET, A., en *JDI*, 1998, pgs. 133-136) optó por la segunda posibilidad, pero en la reciente Sentencia del TJCE en el As. 440/97, *Groupe Concorde c. Suhadwarno Panjan*, la Corte Comunitaria parece decantarse por la primera (vid. cdo. núm. 26).

<sup>15</sup> As. C- 256/2000, *Besix S.A. c Wasserreinigungsbau*. Sobre esta Sentencia puede consultarse la nota de L. CARBALLO PIÑEIRO en *La Ley (Unión Europea*, núm. 5534, pgs. 1 y ss.).

4.-Para ubicar el lugar de cumplimiento de la obligación, el TJCE propuso recurrir a la Ley aplicable al contrato (As. Tessili)<sup>16</sup>, es decir, el tribunal competente será el del lugar en el que según el Derecho material aplicable al contrato estuviera fijado el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, solución que es válida tanto si implica la remisión al sistema conflictual del foro como cuando suponga la entrada en juego del Derecho uniforme (As. Custom Made)<sup>17</sup>. No obstante, el TJCE permite que las partes seleccionen voluntariamente el lugar de cumplimiento, si bien, siempre que la *lex contractus* lo admita. Según el TJCE, «si la Ley aplicable permite a las partes contratantes, con sujeción a los requisitos por ella establecidos, designar el lugar de cumplimiento de una obligación sin imponer ningún requisito especial de forma, el acuerdo sobre el lugar de cumplimiento basta para anclar en el mismo lugar la competencia judicial en el sentido del artículo 5, número 1 del Convenio de Bruselas»<sup>18</sup>. Ahora bien, el TJCE exige que el lugar elegido tenga un vínculo efectivo con la realidad del contrato. Cuando no sea así, el Tribunal considera que tal acuerdo tiene una naturaleza ficticia y que su única finalidad es la determinación de un foro de competencia, por lo que exige los mismos requisitos que se demandan para las cláusulas de sumisión en el artículo 17 CB (art. 23 Regl. 44/2001)<sup>19</sup>.

Junto a la designación expresa del lugar de cumplimiento, el TJCE recientemente ha admitido que el juez indague «en la función de la naturaleza de relación jurídica y de las circunstancias de cada caso, el lugar en el que efectivamente se hubiere o debiere haberse efectuado la prestación». Ahora bien, la Corte de Luxemburgo no ha retrocedido ni un ápice en los planteamientos de Tessili y de nuevo ha considerado que la precisión fáctica del lugar de cumplimiento sólo resulta admisible «en la medida en que el Derecho nacional lo autorice»<sup>20</sup>. Por lo general, la doctrina no contempla esta segunda posibilidad (determinación fáctica del lugar de cumplimiento) con malos ojos, pero ha advertido del riesgo de designaciones unilaterales del lugar de cumplimiento, por lo que se muestra contraria a atribuir CJI al tribunal del lugar en el que una de las partes

<sup>16</sup> As. 12/76, *Tessili c. Dunlop*.

<sup>17</sup> As. C-288/92, *Custom Made c. Stawa*.

<sup>18</sup> As. 440/97, *Group Concorde c. Capitán del Buque Suhadiwarno Panjan*, En similares términos, As. 56/79, *Zelger c. Salinity* y C- 106/95, *MSG c. Gravières Rhénanes*.

<sup>19</sup> As. 106/95 (cit.).

<sup>20</sup> As. C-440/97 (cit.), núm. 31.

La absoluta fidelidad del TJCE a sus tesis sobre el 5 1º y sus consecuencias, es el objeto del estudio de M. REQUEJO ISIDRO, «Tessili y Concorde, De Bloos y Lethertex, o la determinación del lugar de ejecución de la(s) obligación(es) que da(n) base a la demanda: un Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas fiel a sí mismo, veintitrés años después», *La Ley*, 2001 (1), D-7. Por supuesto, el «inmovilismo» del TJCE ha sido fuertemente criticado por parte de la doctrina; sirva como ejemplo el comentario a esta sentencia de ANCEL, B., en *Rev. cr. dr. int. priv.*, 2000, pgs. 260 y ss.

hubiera cumplido con su obligación cuando la otra se hubiera opuesto a ello<sup>21</sup>.

### 3. LA ENDEBLEZ DE LAS CRÍTICAS A LA SOLUCIÓN CONVENCIONAL

5.-El artículo 5 1º y la interpretación que de este precepto ha hecho el TJCE a través de las sentencias De Bloos (= la obligación relevante es la obligación litigiosa) y Tessili y Custom Made (= remisión a la *lex contractus* para determinar el lugar de cumplimiento) han recibido airadas críticas por parte de un amplio sector doctrinal<sup>22</sup>, que incluso ha pedido en ocasiones la supresión de cualquier foro contractual en el seno del CB<sup>23</sup>. Las críticas, como se acaba de apuntar, han sido recogidas por la jurisprudencia francesa, e incluso más de un Abogado General pidió al Tribunal de Justicia en sus Conclusiones la modificación de la jurisprudencia relativa a este foro<sup>24</sup>.

6.-La primera de las objeciones se centra en la filosofía que subyace tras la solución convencional. Se objetaba, en concreto, que con la remisión a la *lex contractus* a la hora de concretar el foro de CJI, se producía una transposición al ámbito procesal de criterios que únicamente tienen su razón de ser dentro de los límites del Derecho material, algo que, supuestamente, resultaría inadecuado y que era considerado como una «perniciosa tendencia»<sup>25</sup>. Es más, como consecuencia de esta adopción de criterios materiales, a la hora de construir las soluciones procesales, aquéllas quedarían desvirtuadas

<sup>21</sup> Vid., entre otros, ELTZSCHIG, J., «Art. 5 Nr 1 b EuGVO: Ende oder Fortführung von *forum actoris* und Erfüllungsortbestimmung *lege causae*?», *IPRax*, 2002, pgs. 491 y ss.; GOTTWALD, P., *MüKo-ZPO*, Munich, 1992, Vol. 3, pg. 1600; SCHACK, S. H., «Der Erfüllungsort im deutschen ausländisches und internationalen Privat- und Zivilprozeßrecht», Francfort del Meno, 1985, pg. 236; SPELLENBERG, U., «Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes im europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen», *ZZP*, 1978, pgs. 38 y ss., pg. 62.

<sup>22</sup> Entre otros: DROZ, G. A. L., «Delendum est *forum contractus*? (vingt ans après les arrêts De Bloos et Tessili interprétant l'article 5 1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)», *Recueil Dalloz*, pg. 351 y ss.; HILL, J., «Jurisdiction in matters relating to a contract under the Brussels Convention», *ICLQ*, 1995, pgs. 591 y ss.; JAYME, E., «Ein Klägersgerichtsstand für den Verkäufer-Der EuGH verfelßt den Sinn des EuGVÜ», *IPRax*, 1995, pgs. 13 y ss.; SCHACK, H., «Der internationale Klägersgerichtsstands des Verkäufers», *IPRax*, 1995, pgs. 82 y ss.; VOLKEN, P., «Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen» *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht.*, 1995, pgs. 295 y ss.

<sup>23</sup> DROZ, G. A. L., «Delendum ...», *op. cit.*, pg. 351 y ss.; HEUZÉ, V., «De quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l'exemple de l'article 5 1º de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *Rev. cr. dr. int. priv.*, 2000, pgs. 595 y ss., pgs. 635-636 (este autor va más allá y en pleno furor supresor propone la eliminación de todos los foros especiales por razón de la materia); MAYSS, A., REED, A., *European Business Litigation*, 2000, pg. 120.

<sup>24</sup> Vid. las Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, en el As. C-440/97, en especial, párrafos 95 y ss. Igualmente crítico con la jurisprudencia anterior del TJCE se muestra el Abogado General Léger en sus Conclusiones en el as. C-440/97.

<sup>25</sup> Vid. Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en el Asunto 440/97 (cit.), núms. 50 y ss.

al realizarse en el ámbito rituario un reparto de los derechos y deberes entre los contratantes distinto al establecido por el derecho sustantivo.

La crítica no resulta admisible. Un sistema de CJI como el del CB y ahora el del Regl. 44/2001, que responda a un modelo de justicia privada, es decir, que posea un concepto funcional de la jurisdicción y que tenga como máximo objetivo ofrecer una tutela judicial efectiva a los particulares, al margen de reconocer con carácter general la autonomía de la voluntad permitiendo que sean los particulares quienes seleccionen el tribunal ante el que dirimir sus eventuales disputas, debe construir sus normas, en defecto de aquélla, de acuerdo al principio de proximidad razonable, garantizando que la vinculación con el foro se base en razones sustantivas y no meramente formales. La concreción del principio de proximidad razonable exige a su vez la superación de un doble test: por un lado el «test de proximidad», que sirve para identificar los vínculos a partir de los cuales se construye el foro de CJI; por otro, el «test de razonabilidad», que permite valorar y ponderar las diferentes conexiones de entre todas las relevantes. Ya la hora de realizar este segundo test, los sistemas de CJI sometidos a un modelo de justicia privada atienden, y esto parecen ignorarlo muchos de los detractores de la solución convencional, no sólo a criterios valorativos procesales, sino también, a criterios materiales. Es decir, por un lado un vínculo será relevante si, tal y como se demanda a todas las normas procesales, garantiza una resolución del litigio al menor coste posible, lo que en sede de CJI se traduce en un vínculo que garantice una disminución de tres tipos de costes: los costes de instrucción del proceso, los costes de implementación y los costes de error. Pero por otro lado, los criterios que se utilicen para escoger los vínculos relevantes deben responder a la misma lógica que inspire el sector del Derecho material en el que se integran, que en el caso del Derecho procesal civil es el Derecho privado. En otras palabras, los foros de CJI deben someterse además a una *lógica jurídico-privada*.

Pues bien, la solución convencional respeta escrupulosamente esta exigencia y responde a una doble lógica, procesal y material. Por un lado, al utilizar como criterio de conexión la obligación litigiosa, garantiza la proximidad fáctica entre el tribunal designado y el objeto del litigio (en ese lugar es donde generalmente se encontrarán los medios de prueba y el resto de elementos fácticos), posibilitando una reducción de los costes del proceso. Como ha señalado el propio TJCE, el lugar en el que ha de ejecutarse la obligación «constituye normalmente el nexo de unión más estrecho entre la reclamación y el órgano jurisdiccional competente»<sup>26</sup>. Es más, sólo la imposición del principio de separabilidad garantiza este objetivo; en el caso de que haya más de una obligación principal litigiosa, sólo el juez del lugar de cumplimiento de cada una de ellas está en disposición de ofrecer la inmediatez fáctica que demanda el principio de proximidad razonable.

Pero por otro lado, el artículo 5 I<sup>o</sup> CB se adapta perfectamente a una lógica

<sup>26</sup> As. 266/85 (cit).

de Derecho privado, algo muy fácil de apreciar si se conciben las cuestiones de CJI como cuestiones de imputación de riesgos y a los foros de CJI como las normas encargadas de realizar una correcta imputación de éstos<sup>27</sup>. Piénsese que todo aquél que realiza una transacción internacional conoce, o debe conocer, que va a enfrentarse a una serie de riesgos que no se dan en las situaciones de tráfico externo. Pues bien, uno de esos riesgos es la posibilidad de verse obligado a realizar la defensa jurisdiccional de sus derechos ante tribunales diferentes a los de su propio Estado. La función de los foros de CJI sería, por tanto, imputar ese riesgo, imputación que, como ya se ha señalado, debe realizarse a partir de los mismos criterios que rigen en el Derecho privado material. Y una vez asumido lo anterior, no creo que pueda ponerse en duda que uno de los criterios esenciales en Derecho privado es el de autorresponsabilidad; es decir, quien con su conducta genera un riesgo debe ser quien lo asuma. Pues bien, la solución del CB, tal y como la Interpretó el TJCE en el Asunto De Bloos responde claramente al principio de autorresponsabilidad. Según la solución convencional, si un sujeto se compromete a realizar una obligación contractual en un Estado y no lo hace, o lo hace defectuosamente, resulta absolutamente legítimo que sea demandado en ese Estado<sup>28</sup>. O dicho en otros términos, quien con su conducta dota de carácter internacional a la situación y genera, por tanto, el riesgo de internacionalidad (comprometiéndose a entregar una cosa, a prestar un servicio o a realizar el pago en el extranjero) debe soportar también las consecuencias asociadas a tal riesgo, entre las que se encuentra la posibilidad de litigar fuera de su domicilio<sup>29</sup>.

Y es la misma lógica material que inspira al artículo 5 1º la que convierte en imperativo el recurso a la *lex contractus* a la hora de determinar el lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales. Dado que el artículo 5 1º CB permite demandar a un sujeto allá donde se comprometió a cumplir la obligación que le impone la relación contractual, debe ser el propio ordenamiento material que regule esa relación contractual el encargado de identificar tal lugar. La norma procesal, en principio, debe ser neutra y ha de limitarse a reflejar el modo en el que el ordenamiento material configure la relación. Teóricamente, por tanto, la jurisprudencia del TJCE parece impecable y, al contrario de lo que se ha afirmado en alguna ocasión, no hay traición alguna a la «pureza dogmática» de la jurisprudencia Tessili<sup>30</sup>, sino

<sup>27</sup> Sobre los costes asociados al fraccionamiento jurídico y los criterios válidos de imputación de éstos, vid., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «La racionalidad económica del Derecho internacional privado», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, pgs. 87 y ss., esp. pgs. 127 y ss.

<sup>28</sup> Comparten, entre otros, una visión similar de la competencia del tribunal del lugar de cumplimiento: GSELL, B., *IPRax*, 2002, pgs. 484 y ss., pg. 488; KADNER, T., «Gerichstand des Erfüllungortes im EuGVÜ, Einheitsliches Kaufrecht und international-zivilprozessuale Gerechtigkeit», *Jura*, 1997, pgs. 240 y ss.; PFEIFFER, T., *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, 1995, pgs. 678 y ss.

<sup>29</sup> VIRGÓS/GARCIMARTÍN, *Derecho procesal ...*, *op. cit.*, pg. 106.

<sup>30</sup> En términos contrarios se pronuncia el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en sus ya citadas conclusiones al Asunto 440/97 (núm. 58).

todo lo contrario, en construir el foro de CJI importando soluciones propias de Derecho sustantivo.

7.–De la solución del CB se ha dicho también que, aun pudiendo ser dogmáticamente irreprochable, genera una elevada incertidumbre en los operadores, al margen de introducir un elevado nivel de complejidad en la resolución de los litigios. A la hora de identificar las causas de esta incertidumbre se señalaba, nuevamente, a la jurisprudencia del TJCE, a la que incluso se ha llegado a calificar de demencial<sup>31</sup>.

En el caso de la jurisprudencia De Bloos se señalaba que construir la regla de competencia a partir de la obligación que sirve de base a la demanda podía suponer la designación de un tribunal escasamente vinculado con el contrato, y por tanto imprevisible, en el caso de que tal obligación tuviera un peso mínimo dentro de la relación material. Pues bien, desde ahora hay que decir que la crítica tampoco es cierta. De hecho, no hay nada más fácil de anticipar y previsible para un sujeto que litigar allí donde voluntariamente se comprometió a ejecutar una de las obligaciones del contrato. La sujeción del artículo 5 1º al principio de autorresponsabilidad garantiza este imperativo de previsibilidad. Es más, la exigencia de una relación previa voluntariamente asumida entre las partes como presupuesto de aplicación del artículo 5 1º permite reducir de forma sustancial los problemas de la falta de previsibilidad jurisdiccional, bien por medio de la celebración de cláusulas de sumisión, bien –posibilidad, como acabamos de ver, expresamente admitida por el CB– pactando el lugar de cumplimiento de la obligación.

Como segunda causa de la supuesta incertidumbre que puede ocasionar la aplicación del artículo 5 1º CB se apuntaba a la jurisprudencia Tessili, es decir, al recurso a la *lex contractus* a la hora de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación, incertidumbre, que podría llegar a ser absolutamente insoportable, se decía, en el caso de que fuera necesario recurrir a las normas de conflicto. El Abogado General Ruiz-Jarabo se hace eco, no sin cierta ironía, de esta crítica al señalar que «cualquier practicante del Derecho sabe las dificultades que lleva consigo todo recurso a las normas de conflicto de un ordenamiento, de magnitud sólo comparable a la fascinación que produce su estudio entre los profesores universitarios<sup>32</sup>». A ello habría que añadir el elevado nivel de complejidad que supondría el proceso de identificación del lugar de cumplimiento, especialmente si se tiene en cuenta que el único objetivo al que en realidad sirve tal operación es la determinación del tribunal competente para conocer del litigio, lo que habría constituido una nueva causa de la deserción de los tribunales nacionales, especialmente los franceses, de las tesis del TJCE, en busca de nuevos métodos de fijación del criterio de competencia del artículo 5 1º<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> DROZ/GAUDEMÉT-TALLON, «La transformation ...», *op. cit.*, pg. 634.

<sup>32</sup> Conclusiones en el As. 440/97 (cit.).

<sup>33</sup> La enumeración de las sentencias francesas que no han respetado los postulados del TJCE puede encontrarse en GAUDEMÉT-TALLON, H., *Compétence et execution des jugements en*

En definitiva, se viene a decir, el método Tessili podrá ser dogmáticamente perfecto, pero no admite el «test de la realidad», es decir, resulta absolutamente inviable en la práctica. Es más, una prueba evidente de las dificultades que plantearía la puesta en práctica del foro contractual, tal y como lo interpreta la jurisprudencia comunitaria, es que la mayor parte de los litigios suscitados en aplicación del CB y la mayoría de cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJCE versan sobre el foro contractual.

Frente a este tropel de críticas, lo primero que cabe decir es que, es cierto que la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación a través de la remisión a la *lex contractus* puede llegar a generar un riesgo de diversidad normativa, pero tal riesgo, como el TJCE no para de repetir, está sustancialmente mitigado por medio del Convenio de Roma de 1980 (en el caso de que la remisión sea a las normas de conflicto del foro), o por el amplio entramado de convenios en materia conflictual y Derecho uniforme al que pertenecen los Estados miembros, cuyo máximo exponente es el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (en el caso de que la remisión sea a las normas materiales).

En cuanto a la acusación de ser un foro que promueve la litigiosidad, desde luego es cierto que el art. 5 1º es el que ha dado origen a un mayor número de cuestiones prejudiciales, aunque no muchas más que el artículo 17 CB (art. 23 Regl. 44/2001), pero esta circunstancia difícilmente puede imputarse al propio precepto. Las causas, por el contrario habría que buscarlas, de un lado, en el propio ámbito material de aplicación del CB, y ahora del Regl. 44/2001, que hace que los procesos de naturaleza contractual sean siempre los más numerosos, y de otro, en la elevada cuantía que generalmente poseen los litigios comerciales internacionales, que se convierte en un incentivo a la litigiosidad y hace que las partes inviertan grandes cantidades y esfuerzos en apurar todas las armas procesales a su alcance<sup>34</sup>.

8.—También se atacaba al 5 1º CB porque en la mayor parte de los casos ha sido utilizado para lograr la competencia de los tribunales del actor, actuando en la práctica, se decía, como un *forum actoris* a favor del vendedor<sup>35</sup>,

*Europe*, 3ª Ed., París, 2002, pg. 154, nota núm. 92.

Entre nuestra doctrina, se muestra favorable a flexibilizar la remisión a la *lex contractus*, dando entrada a criterios fácticos, JIMÉNEZ BLANCO, P., «Comentario a la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Tolosa, de 13 de enero de 1997» (*REDI*, 1998, pgs. 277-283).

<sup>34</sup> VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «El Convenio de Bruselas y las propuestas para su reforma: una crítica radical. Arts. 5. 1 I, 21, 24 y 27 2», en AA VV, *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Edición de A. Borrás, Madrid, 1998, pg. 94.

<sup>35</sup> HEUZÉ, V., «Des quelques ...», *op. cit.*, pgs. 633-634; JAYME, E., *IPRax*, 1995, pgs. 13 y ss.; SCHACK, H., «Der Erfüllungsort im deutschen ausländisches und internationalen Privat- und Zivilprozeßrecht», *IPRax*, 1986, pgs. 82 y ss., pg. 83; SCHWENZER, «Internationales Gerichtsstands für die Kaufpreisklage», *IPRax*, 1989, pgs. 274 y ss., pg. 276; SCHLECHTRIEM, P., «Auslegung und Lückenfüllung im Internationalem Einheitsrecht Erfüllungsort für

algo supuestamente incompatible con un sistema de CJI como el del CB, formulado en torno al adagio *actor sequitur forum rei*. Se alegaba, en concreto, que la mayor parte de los litigios que tienen su origen en una compraventa internacional derivan del incumplimiento de la obligación de pago con lo que, en consecuencia, generalmente el actor sería el vendedor. Ello, unido al hecho de que existe una tendencia en el Derecho comparado, tanto uniforme (Ley Uniforme de 1964 sobre Compraventa Internacional, Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, etc.) como de origen interno a ubicar el lugar de pago en el domicilio del propio vendedor, convertirían al foro contractual en una regla de CJI al servicio casi exclusivo del vendedor. Es más, se señalaba, en los escasos supuestos en los que el artículo 5 1º CB no atribuía competencia a los tribunales del domicilio del actor, designaba como competentes a los tribunales del Estado del domicilio del demandado, con lo que se llegaba al mismo resultado que a través del foro general del artículo 2º, si bien, de una forma mucho más complicada.

Pero de nuevo nos encontramos ante un argumento de extrema endeblez. Lo primero que debe quedar claro es que no es cierto que el 5 1º CB establezca un *forum actoris*. En puridad un *forum actoris* es un foro que se diseña a partir de circunstancias personales del demandante (nacionalidad, residencia habitual, domicilio, etc.) y es evidente que el foro contractual del CB no recurre a circunstancias personales sino a circunstancias objetivas del litigio (lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda). Es verdad que en la práctica la concreción del foro a través de estas circunstancias objetivas es aprovechada por el actor para litigar en su Estado, pero de utilizar esta realidad para criticar al artículo 5 1º CB, el reproche debería proyectarse no sólo sobre el foro contractual sino sobre todos los foros especiales del CB. Y es que resulta difícil concebir un solo supuesto en el que el actor decida recurrir un foro especial para litigar en un tercer Estado diferente al de su domicilio o al del domicilio del demandado. Para el demandante, litigar en el Estado de su domicilio le supone el evidente ahorro de los costes que implica todo proceso en el extranjero. Pero a cambio, implica un aumento de los costes de una eventual ejecución de una decisión favorable ya que ésta seguramente deba realizarse, no en su propio Estado, sino en el Estado donde el demandado tenga el grueso de su patrimonio, Estado que en la mayor parte de los casos será el del domicilio de éste. A la inversa, litigar en el Estado del domicilio del demandado puede suponerle unos mayores costes iniciales, pero seguramente le garantice una reducción de los costes de ejecución. Sin embargo, litigar en un tercer Estado, en la inmensa mayoría de los casos ni supone una reducción de los costes del proceso –al fin y al cabo el actor tiene que litigar en el extranjero–, ni implica una reducción de los costes de ejecución –piénsese que ésta seguramente tenga que realizarse también en el extranjero, en concreto en el domicilio

Rückabwicklungspflichten in EuGVÜ und EKG», *IPRax*, 1981, pgs. 113 y ss. En el mismo sentido se expresó el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en las ya citadas Conclusiones al Asunto 440/97.

del demandado—. La práctica se encargará de demostrar que el nuevo artículo 5 1º Regl. 44/2001 va a seguir siendo utilizado sólo cuando el demandante tenga garantizada la competencia de sus tribunales; y esto será así sea cual sea la redacción que se quiera dar al precepto porque, como ya se acaba de apuntar, salvo que concurren circunstancias excepcionales –en cuyo caso las propias partes se encargarán de que éstas tengan su adecuado reflejo en una cláusula de sumisión– el actor, o litigará en el Estado donde el demandado tiene su domicilio (y eso ya se lo garantiza el artículo 2) o litigará en su propio Estado, pero en absoluto le interesará interponer su demanda en un tercero<sup>36</sup>.

9.–Tampoco posee gran entidad una crítica que se hacía, especialmente desde la doctrina francesa, según la cual, la remisión a la *lex contractus* puede generar conflictos negativos de competencia (el juez de un Estado considera de acuerdo al derecho aplicable en virtud de sus normas de conflicto que el lugar de cumplimiento no se encuentra en su Estado y el juez de otro Estado, en aplicación de su sistema conflictual, también ubica el lugar de cumplimiento en el extranjero), o positivos (ambos jueces consideran en aplicación de su normativa conflictual que el lugar de cumplimiento está ubicado en su Estado). La casi total unificación conflictual lograda con el Convenio de Roma elimina en un altísimo porcentaje de casos esta posibilidad. Pero además, si finalmente llegara a producirse una situación de esta naturaleza, la solución no resultaría excesivamente complicada. Para el segundo caso, el CB cuenta con una regla de litispendencia contenida en su artículo 21 (art. 27 Regl. 44/2001), mientras que para el primero, lo razonable es que el segundo juez tenga en cuenta la decisión del primero a fin de evitar denegaciones de justicia<sup>37</sup>.

10.–En realidad, de todos los reproches que ha recibido la solución convencional, únicamente poseen cierto peso aquellos que critican sus limitaciones ante ciertos litigios. Desde luego, es cierto que la adopción del «principio de separabilidad de las pretensiones» por el que ha optado el TJCE puede suponer una excesiva dispersión de la tutela judicial puesta a disposición del actor en aquellos casos en los que se ejerciten varias pretensiones principales y cada una de ellas debiera ejecutarse en un lugar diferente, algo –esto es indiscutible– no deseado por el propio sistema convencional. Del mismo modo, también es cierta la inidoneidad de la solución seguida por el foro contractual tras la Sentencia De Bloos en aquellos casos en los que el proceso no derive del incumplimiento de una obligación (acción de exonación de responsabilidad, acción de nulidad). Pero incluso reconociendo estas limitaciones, las complicaciones que se generan no pueden ser sobredimensionadas. En el caso de que se ejercite una pluralidad de preten-

<sup>36</sup> Mucho más optimistas que yo sobre la apertura de procedimientos ante tribunales de terceros Estados, KROPHOLLER, J., VON HINDEN, M., «Die Reform des europäischen Gerichtsstands am Erfüllungsort» (Art. 5.1 EuGVÜ), en *Gedächtnisschrift für Alexander Lüdenitz*, Munich, 2000, pgs. 401-414, pg. 407.

<sup>37</sup> En este sentido, VIRGÓS/GARCIMARTÍN, *El Convenio ...*, *op. cit.*, pg. 92.

siones derivadas de varias obligaciones principales, el Convenio ofrece al actor vías alternativas que garantizan la centralización de todas las pretensiones ante un único órgano jurisdiccional (el art. 2 en los procesos con un único demandado y el artículo 6 1º cuando el actor se enfrente a una pluralidad de demandados). En cuanto a los procesos que no deriven del incumplimiento de una de las obligaciones contractuales, ya se ha apuntado que las eventuales complicaciones pueden resolverse por vía interpretativa en muchos casos<sup>38</sup>.

#### 4. EL NUEVO ARTÍCULO 5 1º B)

11.-Sea como fuere, lo cierto es que las críticas expuestas han encontrado el eco necesario y el Reglamento 44/2001 ha dado una nueva redacción al foro contractual, fuertemente influida por las soluciones del Derecho francés y, más en concreto, por el artículo 46 del *NCPC*. De esta forma, el artículo 5 1º Regl. 44/2001, al margen de trasladar la regulación de los contratos de trabajo a una nueva sección especial, mantiene la competencia del tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda en su apartado a), pero introduce, además de otras modificaciones sobre las que nos centraremos a continuación, una serie de precisiones sobre el modo de identificar la ubicación del lugar de ejecución en los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios. Para estas modalidades contractuales el nuevo artículo 5 1º sigue en sus líneas básicas algunas de las propuestas defendidas por los críticos con la solución del CB, recogidas en las Conclusiones Abogado General Ruiz Jarabo al Asunto 440/1997, en donde se propugnaba la eliminación de la remisión a los Derechos nacionales a la hora de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa, y la identificación de una sola obligación principal, cuyo lugar de cumplimiento debería determinarse «en función de las circunstancias propias de cada caso habida cuenta de la naturaleza de la relación jurídica controvertida».

De esta forma, el artículo 5 1º b) del Reglamento, *salvo pacto en contrario*, atribuye competencia para los litigios derivados de un contrato de compraventa al tribunal del lugar del Estado miembro en el que, *según el contrato*, debiera realizarse la entrega de las mercancías, mientras que para los de prestación de servicios, el tribunal competente sería el del lugar del Estado miembro en el que, también *según el contrato*, debiera realizarse la prestación del servicio. Finalmente, en el caso de que el apartado b) no fuera aplicable, el apartado c) del artículo 5 1º remite de nuevo a la solución del apartado a), es decir, la contenida en el CB<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Vid. *supra* núm. 3.

<sup>39</sup> El artículo 63 Regl. 44/2001 incluye una solución especial para Luxemburgo en la que, al margen de establecerse requisitos adicionales para la celebración de cláusulas de sumisión, se permite excluir la aplicación del artículo 5 1º en aquellos casos en los que el demandado tuviera su domicilio en Luxemburgo y el lugar de entrega de la mercancía o de prestación del servicio estuviera situado también en este país.

#### 4.1. **Ámbito material de aplicación**

12.–La identificación de las modalidades contractuales que quedan incluidas en el ámbito material del apartado b) puede plantear ciertas dificultades por el diferente significado que poseen en cada ordenamiento, en especial en el caso de los contratos de prestación de servicios<sup>40</sup>. La calificación autónoma resulta por tanto ineludible si se pretende garantizar la aplicación uniforme del precepto.

13.–Para los contratos de compraventa, probablemente las complicaciones sean menores debido a la pertenencia de trece de los quince Estados comunitarios al Convenio de Viena de 1980 (no son parte Portugal e Irlanda)<sup>41</sup>. En principio quedarían incluidos en el apartado b) todos aquellos contratos en los que el vendedor se comprometiera a entregar la cosa al vendedor a cambio del pago por parte de éste del precio pactado. Quedan fuera, por tanto, del apartado b) los contratos de permuta y las donaciones. Por otro lado, a diferencia de otros textos como el CR o la Propuesta Preliminar del Convenio Universal de La Haya, que emplean fórmulas más flexibles, el apartado b) hace referencia expresamente a los contratos de compraventa de mercaderías, lo que plantea la duda de si el apartado b) abarca únicamente aquellos contratos en los que se realiza una venta en sentido estricto. Lo cierto es que a partir del referente hermenéutico que nos brinda el Convenio de Viena, en el que se emplea la misma terminología que en el apartado b), parece razonable incluir ciertas modalidades contractuales que muchos ordenamientos internos no califican como contratos de compraventa, tal y como sucede con los contratos de suministro de mercaderías<sup>42</sup>. La inclusión en el apartado b) de los contratos en los que se realice un arrendamiento de las mercaderías resulta en cambio más problemática. Por otro lado, al referirse a la compraventa de *mercaderías*, el apartado b) parece dejar fuera de su ámbito de aplicación a los contratos sobre bienes inmuebles, a las modalidades contractuales que engloben una cesión de créditos y a los contratos sobre compra de derechos (contratos sobre derechos inmateriales, adquisición de una participación en una sociedad) y valores mobiliarios<sup>43</sup>.

14.–En cuanto a los contratos de prestación de servicios, en ausencia de

<sup>40</sup> En similares términos se pronunció la delegación inglesa en las negociaciones previas a la adopción de la nueva solución (vid. BEAUMONT, P. R., «The Brussels Convention becomes a regulation: implications for legal basis, external competence, and contract jurisdiction», en *Reform and development of private international law, Essays in honour of Sir Peter North*, Nueva York, 2002, pgs. 9-30, pg. 18).

<sup>41</sup> KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7ª Ed. Heidelberg, 2002, pgs. 137-138.

<sup>42</sup> SCHLOSSER, P., *EU-Zivilprozessrecht*, Munich, 2003, pg. 73.

<sup>43</sup> Vid. TAKAHASHI, K., «Jurisdiction in matters relating to contract: Article 5 (1) of the Brussels Convention and Regulation», *European Law Review*, 2002, pgs. 530 y ss., pg. 533. KROPHOLLER, sin embargo, parece sostener la opinión contraria (vid. KROPHOLLER, J., *Europäisches ...*, *op. cit.*, pg. 138).

indicación alguna en el texto del Reglamento, la identificación de aquellas modalidades contractuales que merecerían esta calificación a efectos de aplicar el apartado b) debe realizarse en términos amplios<sup>44</sup>, a través del referente que brindan los textos comunitarios en los que se hace referencia a esta categoría –especialmente el artículo 51 TCE–<sup>45</sup> y otros textos estrechamente vinculados con el Regl. 44/2001 como el propio CB (artículo 13 I 3º CB) y el Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (art. 5 4º)<sup>46</sup>.

En principio, un elemento caracterizador del término «prestación de servicios» para el Derecho comunitario es el ánimo de lucro y cumplida esta condición, el contenido exacto de este término debe determinarse negativamente, de tal forma que ha de considerarse «servicio» toda aquella actividad que no entre dentro de algunas de las disposiciones relativas al derecho de establecimiento o a la libre circulación de mercancías, capitales y trabajadores<sup>47</sup>. Consecuentemente, cabe entender que el término abarca los contratos de obra y de hospedaje, los contratos de agencia<sup>48</sup>, así como las actividades realizadas por profesionales liberales como arquitectos, médicos, asesores financieros o abogados<sup>49</sup>. Por los mismos motivos, el apartado b) se aplica también a los servicios de intermediación y consultoría, a los contratos con entidades de inversión (p. ej., contratos sobre futuros) o a los contratos bancarios destinados a gestionar el patrimonio del cliente<sup>50</sup>.

Otras modalidades, en cambio, plantean mayores problemas. Es el caso, por ejemplo, de los contratos de financiación. Uno de los informes explicativos al CB, el Informe SCHLOSSER<sup>51</sup>, y parte de la doctrina<sup>52</sup> se habían pronunciado en contra de su calificación como contratos de prestación de servicios en el artículo 13 I 2º III CB, a efectos de aplicar la regulación tuitiva en materia de consumidores. No obstante todo indica que estos contratos han quedado incluidos en el artículo 5 I 2º b). Téngase en cuenta que, al margen

<sup>44</sup> KROPHOLLER, J., *Europäisches ...*, *op. cit.*, pg. 138.

<sup>45</sup> MARKUS, A. R., «Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano: zu den Hauptpunkten», *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, pgs. 205 y ss., pg. 211.

<sup>46</sup> No obstante, con dudas sobre la interpretación del término «contrato de prestación de servicios» a partir de los artículos 13 I 3º CB y 5 CR, *Vid.* FACH GÓMEZ, K., «El Reglamento 44/2001 y los contratos de agencia comercial internacional: aspectos jurisdiccionales», *Revista de Derecho Comunitario*, 2003, núm. 14, pgs. 181 y ss., pg. 208, nota núm. 93.

<sup>47</sup> Díez-Hochleiner, J., Martínez Capdevila, C., *Derecho de la Unión Europea; textos y comentarios*, Madrid, 2001, pgs. 125-126.

<sup>48</sup> A favor de la inclusión de los contratos de agencia en el apartado b), FACH GÓMEZ, K., «El Reglamento ...», *op. cit.*, pgs. 204-208.

<sup>49</sup> TAKAHASHI, K., «Jurisdiction ...», *op. cit.*, pg. 533.

<sup>50</sup> KROPHOLLER, J., *Europäisches ...*, *op. cit.*, pgs. 138-139; SCHLOSSER, P., *EU-Zivilprozessrecht ...*, *op. cit.*, pg. 73.

<sup>51</sup> Informe SCHLOSSER, núm. 157, *DOCE*, núm. C 189, de 28 de julio de 1990.

<sup>52</sup> *Vid.* p. ej., KROPHOLLER, J., *Europäisches ...*, *op. cit.*, pg. 191; THORN, «Grenzüberschreitende Gerichtsstandsvereinbarungen in Kreditverträgen zur Finanzierung von Börsenspekulationen», *IPRax*, 1995, pgs. 294 y ss., pg. 298.

de que el artículo 13 1º III no ha sido trasladado al Regl. 44/2001, motivo por el cual cualquier intento de interpretar en términos restrictivos el ámbito material del apartado b) a partir de argumentos sistemáticos difícilmente podría prosperar, el propio TJCE ha calificado los contratos de crédito como contratos de prestación de servicios financieros al interpretar otras normas comunitarias como p. ej., la Directiva 85/577 sobre protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de establecimiento<sup>53</sup>.

En cambio, los contratos de transporte parecen haber sido excluidos del apartado b)<sup>54</sup>; el hecho de que el propio artículo 61 TCE lo excluya de su ámbito de aplicación parece confirmar esta interpretación<sup>55</sup>. Del mismo modo, deberían quedar incluidos en el apartado a) y no en el b), aquellos contratos en los que una o todas las partes se comprometan a no realizar unos determinados actos, en la medida en que la inacción no puede considerarse como prestación de un servicio<sup>56</sup>. Por último, resulta dudoso el tratamiento que deben recibir todos aquellos contratos en los que, al margen de las obligaciones de entregar la cosa, de prestar el servicio y de realizar el pago, las partes tengan encomendadas obligaciones adicionales y éstas tuvieran un mayor peso en el contrato. Cabe preguntarse si deben ser directamente excluidos del apartado b)<sup>57</sup> o si, por el contrario, resultaría posible separar las obligaciones y recurrir al apartado b) cuando el litigio derive de la obligación de entrega de la cosa o de prestación del servicio.

En cambio, parece lógico que deban ser incluidos en el apartado b) todos aquellos contratos en los que la compraventa fuera acompañada del suministro de un servicio, con independencia del peso de cada una en el contrato<sup>58</sup>. No obstante, la determinación del tribunal competente en estos ca-

<sup>53</sup> En este sentido, MICKLITZ, H. W., ROTT, P., «Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001», *EuZW*, 2001, pgs. 324 y ss., pg. 328. TAKAHASHI, K., «Jurisdiction ...», *op. cit.*, pg. 533. Otros autores, en cambio, no consideran tan evidente esta interpretación (vid. p. ej.: BEAUMONT, P. R., «The Brussels Convention ...», *op. cit.*, pg. 23; BERAUDO, J. P., «Le Règlement ...», *op. cit.*, pg. 1046; DROZ/GAUDEMET-TALLON, «La Transformation ...», *op. cit.*, pgs. 635-636).

<sup>54</sup> De la misma opinión SCHLOSSER, P., *EU-Zivilprozessrecht ...*, *op. cit.*, pg. 73. En contra, TAKAHASHI, K., «Jurisdiction ...», *op. cit.*, pg. 533.

<sup>55</sup> No así aquellos contratos que por un precio global incluyan prestaciones combinadas de transporte y alojamiento (vid. el artículo 5 4º II del Convenio de Roma).

<sup>56</sup> TAKAHASHI, K., «Jurisdiction ...», *op. cit.*, pg. 534.

<sup>57</sup> En similares términos, TAKAHASHI, K., «Jurisdiction ...», *op. cit.*, pg. 534.

Entre estos casos se encuentran, por ejemplo, ciertos contratos celebrados a través de Internet, dado que su celebración puede implicar en ocasiones una cesión de derechos de autor (Vid. DE MIGUEL, P., *Derecho privado ...*, *op. cit.*, pg. 458). De acuerdo a lo señalado, en la medida que la obligación de mayor entidad sea la prestación del servicio, el apartado b) resultaría aplicable. Otros contratos que se encontrarían también en esta situación son las cadenas de contratos CIF para vender y revender un mismo producto con fines especulativos. De esta forma, si la tenencia de los documentos tuviera un mayor peso en el contrato que la entrega misma de los bienes, estos contratos deberían quedar excluidos del apartado b) (Vid., TAKAHASHI, K., «Jurisdiction ...», *op. cit.*, pg. 534).

<sup>58</sup> De la misma opinión, KROPHOLLER, J., *Europäisches ...*, *op. cit.*, pg. 138.

tos puede plantear ciertas dificultades, por lo que volveremos sobre ellos en breve<sup>59</sup>.

#### 4.2. La expresión «salvo pacto en contrario»

15.-El apartado b) contiene dos expresiones que, con toda probabilidad, son las culpables de la mayor parte de las dudas interpretativas que plantea este precepto. La primera que analizaremos será la expresión «salvo pacto en contrario», y para lograr tal cometido resulta imprescindible tener muy presentes los imperativos a los que el sistema instaurado por el Regl. 44/2001 somete a los foros especiales por razón de la materia.

Como ya se ha apuntado, los foros especiales son foros previsibles porque imputan el riesgo derivado de la internacionalidad de la situación a aquel sujeto que la genera con su conducta. En el caso del artículo 5 1º CB esta exigencia se concreta de una forma muy sencilla: un sujeto puede ser demandado allí donde se comprometa a cumplir la obligación del contrato que le corresponde. Pues bien, el abandono de la jurisprudencia De Bloos impuesto por el nuevo apartado b) supone que, a diferencia de la solución convencional, el Regl. 44/2001 sólo imputa el riesgo de internacionalidad de forma objetiva al prestador del servicio o al vendedor, para quienes sigue abierto el tribunal del lugar donde se comprometen a cumplir su obligación. La otra parte de la relación contractual, en cambio, no podrá iniciar un proceso en el lugar de cumplimiento de su obligación en el contrato sino donde su contraparte debía entregar la mercancía o prestar el servicio.

En defensa de la nueva solución podría argumentarse que dentro de la contratación actual, y especialmente en el ámbito intracomunitario, el lugar de pago ha perdido gran parte de su peso y relevancia debido a la casi total desaparición de los riesgos inherentes al transporte del dinero, algo que se debe, fundamentalmente al desarrollo de los medios de pago modernos y de la intermediación bancaria. A partir de esta circunstancia cabría sostener que, coherentemente con la adaptación a las soluciones materiales que se exige de las normas procesales, el artículo 5 1º b) Regl. 44/2001 no haría sino tener en cuenta esta circunstancia, desterrando el lugar del pago como criterio relevante a la hora de fijar la CJI dentro del ámbito comunitario<sup>60</sup>.

Desde luego, la pérdida de peso de lugar de pago resulta indiscutible, y los artículos 35 y 57 del CV dan fe al centralizar el lugar de pago y el de entrega en el establecimiento del vendedor<sup>61</sup>. Ahora bien, no es menester realizar un gran esfuerzo para comprobar que lo que en realidad hace el apartado b) no es adaptarse a las soluciones materiales sino predeterminarlas. El De-

<sup>59</sup> Vid. *infra* núm. 21.

<sup>60</sup> Vid. VIRGÓS/GARCIMARTÍN, «El Convenio ...», *op. cit.*, pgs. 100-101 y autores allí citados.

<sup>61</sup> Del mismo modo, el artículo 59 1º de la Ley Uniforme de 1964 sobre compraventa internacional establece que el lugar de cumplimiento de la obligación consistente en el pago del precio será el del establecimiento del vendedor o, a falta de establecimiento, el de su residencia habitual.

recho procesal posee un contenido eminentemente instrumental y, por tanto, debe respetar la valoración que haga la regulación material en relación con la relevancia que se le debe otorgar al lugar del pago. Y precisamente por ello, mientras que la solución que el TJCE ha construido para el CB es una solución neutral, que se adapta a la solución elegida por el ordenamiento material, la solución del Reglamento lo que hace, al fin y al cabo, es introducir su propia solución material: es decir, presume que la conexión «lugar del pago» posee menor relevancia que la conexión «lugar de entrega» o «lugar de prestación del servicio» sea cual sea la valoración que sobre esta cuestión posea la *lex contractus*. Y ello es especialmente sorprendente si se tiene en cuenta que la solución material que hace suya el Regl. 44/2001, aun asumida en cierta medida por los sistemas nacionales, ni mucho menos es unánimemente compartida. Piénsese que incluso en el caso de los contratos de compraventa, donde el nivel de uniformidad material es mayor gracias a la existencia de un amplio substrato de Derecho uniforme, el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, el texto con mayor número de ratificaciones entre los Estados comunitarios, no está en vigor para dos de ellos y además, el mencionado artículo 57 no sitúa en todos los casos el lugar de entrega en el domicilio del vendedor<sup>62</sup>. En cuanto a los contratos de prestación de servicios, categoría cuyos contornos exactos en el ámbito del apartado b) están por definir, tal y como se acaba de apreciar, la solución material difiere sobremanera de ordenamiento a ordenamiento y, desde luego, carece de justificación que sea una norma procesal la que pretenda unificar la regulación sustantiva de los diferentes Estados.

El apartado b) establece, en definitiva, una solución a favor de una sola de las partes del contrato (el vendedor o el prestador del servicio)<sup>63</sup>, que, de hecho, ha sido rechazada por el TJCE siempre que ha tenido ocasión<sup>64</sup>. Es cierto que el Regl. 44/2001 en ocasiones toma partido por una de las partes del contrato (consumidores, seguros, trabajadores), pero en estos casos, tal decisión responde a una imposición del ordenamiento material de todos los Estados comunitarios, que desea proteger a un contratante que se encuentra en una situación de desigualdad dentro de la relación. Y es esa especial naturaleza de la relación material la que obliga a la norma procesal a decantarse por una de las partes, ya que, en caso contrario, los objetivos perseguidos por el legislador material quedarían frustrados. En cambio, en el resto de contratos, ni existe tal necesidad de protección –en ausencia de desigualdad, tan merecedora de protección es la posición del vendedor o del prestador del servicio como la de sus respectivas contrapartes– ni, consecuentemente,

<sup>62</sup> Vid. artículo 57 b).

<sup>63</sup> De la misma opinión, SÁNCHEZ LORENZO, S., «Cooperación judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil: del Convenio de Bruselas al Reglamento Bruselas I», en BORRÁS, A. (dir.), *Cooperación jurídica internacional en materia civil; el Convenio de Bruselas, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, pgs. 183-228, pg. 204.

<sup>64</sup> As. 266/85, cdo. Núm. 17; As. 420/97, cdo. núm. 36 y As. 440/97, cdo. núm. 19 (citados).

mente con ello, tampoco se da la necesidad de ofrecer una cobertura procesal más favorable para alguna de las partes. El artículo 5 1º es –no se olvide– el foro de CJI aplicable para todos esos contratos en los que los riesgos deben distribuirse de forma equitativa entre todas las partes y, precisamente por ello, debe ser una norma neutra, que no exprese preferencia alguna por uno de los contratantes. Paradójicamente lo que hace el nuevo apartado b) es algo que se imputaba sin razón a la solución convencional<sup>65</sup>: desvirtuar la función del ordenamiento material, alterando el reparto de riesgos contractuales que éste establece.

Pero junto a la lógica material, los foros especiales responden también a una lógica procesal que impone la proximidad entre el tribunal designado y el objeto del litigio. La regulación convencional tal y como ha sido interpretada por el TJCE, permite mantener el respeto a este imperativo. Atribuir competencia a los tribunales del lugar en donde se ha cumplido o debería cumplirse la concreta obligación que sirve de base a la demanda, garantiza la inmediatez que demanda el principio de proximidad razonable, algo que no sucede si, tal y como impone el nuevo apartado b), se atribuye competencia a los tribunales del lugar de entrega o de prestación del servicio<sup>66</sup>, sea cual sea la obligación que sirve de base a la demanda, a menos, claro está, que la obligación que sirve de base a la demanda sea, precisamente, la entrega de la cosa o la prestación del servicio.

16.–Una vez recordados los imperativos a los que se somete el sistema de CJI establecido por el Regl. 44/2001 y la amenaza que suponen las soluciones del apartado b), resulta mucho más sencillo apreciar la función que cumple –o que debería cumplir– la expresión «salvo pacto en contrario». El nuevo foro contractual ofrece a las partes una alternativa que quizás les pueda resultar ventajosa en determinados casos por ejemplo, puede eliminar algunas de las limitaciones de la solución convencional, pero a cambio distorsiona la realidad material sin que exista un imperativo de carácter sustantivo que lo demande y no garantiza la proximidad fáctica del tribunal con el litigio. Pues bien, no corresponde al artículo 5 1º, sino a los propios cocontratantes, decidir si desean acogerse a esta posibilidad o si, por el contrario, desean excluirla. Dicho de otro modo, un precepto como el nuevo apartado b) sólo tiene cabida en el Regl. 44/2001 si las partes tienen la posibilidad de excluirla. *Y éste es, precisamente, el papel que desempeña la expresión «salvo pacto en contrario»: permitir a las partes que renuncien a la aplicación del apartado b) y regresen a la solución general del apartado a)*<sup>67</sup>.

Quede claro, por tanto, que la expresión no se refiere a la posibilidad de

<sup>65</sup> Vid. Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en el As. 440/97 (cit.), núm. 55.

<sup>66</sup> Comparte esta opinión, BEAUMONT, P. R., «The Brussels Convention ...», *op. cit.*, pgs. 20-21.

<sup>67</sup> ELITZSCHIG, J., «Art. 5 Nr. 1 b EU-GVO ...», *op. cit.*, pg. 493; MICKLITZ/ROTT, «Vergemeinschaftung ...», *op. cit.*, pg. 328.

que las partes elijan el lugar de entrega o de prestación del servicio<sup>68</sup>; lo contrario convertiría en redundante otra expresión que se analizará en breve («según el contrato»), sobre la que nos centraremos en breve<sup>69</sup>. Tampoco hace referencia a un posible acuerdo destinado a introducir un lugar de cumplimiento de la obligación diferente al lugar de entrega o de prestación del servicio para los supuestos incluidos en el apartado b)<sup>70</sup>.

17.—La naturaleza de estos acuerdos, en virtud de los cuales se excluye la aplicación del apartado b) no está clara. Desde la doctrina se ha afirmado que deben reunir los requisitos impuestos por el artículo 17 CB (y ahora por el art. 23 Regl. 44/2001) para las cláusulas de sumisión<sup>71</sup>. Se apoyan los autores partidarios de esta opinión en la jurisprudencia del TJCE, que ha proclamado la necesidad de exigir a determinados acuerdos que en puridad no constituyen cláusulas de sumisión, los requisitos impuestos para éstas en la medida en que su única finalidad sea seleccionar la aplicación de un foro de competencia<sup>72</sup>. Siempre según esta interpretación, los acuerdos destinados a evitar la aplicación del apartado b) también tendrían como única finalidad la elección de un foro de competencia —el contemplado en el artículo 5 1º a) Regl. 44/2001 en detrimento del contenido en el apartado b— y por ello debería cumplir los requisitos impuestos por el artículo 23 Regl. 44/2001.

No creo, sin embargo que esta interpretación sea correcta. Las sentencias del TJCE a las que se remiten estos autores dan respuesta a una situación muy concreta, como es la designación por las partes del lugar de cumplimiento de una de las obligaciones contractuales que, tal y como proclama el propio TJCE, carece de «relación efectiva con la realidad del contrato y en el que no puedan cumplirse las obligaciones derivadas del contrato con arreglo a los términos del mismo». El TJCE, por tanto, sólo exige la concurrencia de los requisitos demandados para las cláusulas de sumisión si, como consecuencia del acuerdo, se abriera la CJI de un tribunal carente de vín-

<sup>68</sup> Vid. ELTZSCHIG, J., «Art. 5 Nr 1 b EuGVO ...», *op. cit.*, pg. 493; JAYME/KOHLER, «Europäisches Kollisionsrecht 1999- Die Abendstunde der Staatsverträge», *IPRax*, 1999, pgs. 401 y ss., pg. 405.

<sup>69</sup> Sobre los problemas que plantea esta expresión, vid. *infra* núms. 18 y ss.

<sup>70</sup> De la misma opinión: GAUDEMET-TALLON, H., *Compétence ...*, *op. cit.*, pg. 161; MICKLITZ/ROTT, «Vergemeinschaftung ...», *op. cit.*, pg. 328; SCHLOSSER, P., *EU-Zivilprozessrecht op. cit.*, pg. 72; TAKAHASHI, K., «Jurisdiction ...», *op. cit.*, pgs. 537-538. Mantienen una opinión contraria: ANCEL, M. E., *La prestation caractéristique du contrat*, 2002, nota núm. 111, núm. 230 (citado por GAUDEMET-TALLON, *Compétence ...*, *op. cit.*, pg. 161, nota núm. 119) y aparentemente también, FACH GÓMEZ, K., «El Reglamento ...», *op. cit.*, pg. 211.

<sup>71</sup> ELTZSCHIG, J., «Art. 5 Nr 1 b EuGVO ...», *op. cit.*, pg. 495; MICKLITZ/ROTT, «Vergemeinschaftung ...», *op. cit.*, pg. 328.

<sup>72</sup> As. 106/95 y 440/97 (cit.).

Sobre las complicaciones que podría acarrear la admisibilidad en el Regl. 44/2001 de los acuerdos de elección del lugar de cumplimiento, vid. KOHLER, C., «Die Revision ...», *op. cit.*, pgs. 14-15.

culo alguno con el contrato. En el resto de los casos, tal acuerdo será válido simplemente con que cumpla los requisitos impuestos por la *lex contractus*<sup>73</sup>.

La posición del TJCE de alguna forma resulta coherente con la lógica de los foros especiales por razón de la materia. Recuérdese nuevamente que este tipo de foros constituye la respuesta procesal a una especial situación material y por eso intentan garantizar que la regla de CJI sea fiel reflejo de la relación sustantiva subyacente, lo que obliga a salvaguardar la equivalencia entre el lugar de cumplimiento material y el lugar de cumplimiento procesal. Cuando las partes rompen tal equivalencia situando el lugar de cumplimiento de alguna de las obligaciones en un lugar carente de relevancia alguna para el devenir de la relación contractual, se abre la competencia de tribunales que pueden llegar a ser inesperados para alguno de los contratantes y por ello resulta lógico que se exijan requisitos adicionales que permitan acreditar que ambas partes accedieron a esta fractura entre la realidad material y la procesal. Ahora bien, lo que resulta tremendamente discutible, y ahí posiblemente radique el defecto de la solución adoptada por la Corte de Luxemburgo, es que tales requisitos deban ser las estrictas condiciones formales de las cláusulas de sumisión. Piénsese que, al fin y al cabo, la determinación del lugar de cumplimiento no implica, en absoluto, consecuencias similares a las cláusulas de sumisión amparadas por el artículo 17 CB (23 Regl. 44/2001). La única consecuencia de pactar el lugar de ejecución de una obligación del contrato es, en todo caso, la determinación del tribunal competente en aplicación de una de las alternativas que les ofrece el CB, pero, al contrario de lo que sucede con las cláusulas de sumisión del artículo 17 CB (23 Regl. 44/2001), para el actor siempre permanecen abiertos el resto de foros. Es más, incluso la validez del propio pacto sobre el lugar de cumplimiento de la obligación podría ser resuelta ante otros tribunales<sup>74</sup>.

Pero en cualquier caso, con independencia de lo discutible que pueda resultar la jurisprudencia del TJCE, lo que a mi juicio resulta evidente es que ésta no resulta trasladable al problema que ahora estamos abordando. Cuando los contratantes excluyen la aplicación del apartado b) y vuelven a las soluciones del apartado a), en ningún momento se produce esa quiebra entre la realidad material y procesal que el TJCE pretende evitar sino que, tal y como se acaba de apuntar, sucede más bien todo lo contrario; son los propios contratantes los que manifiestan su intención de que se mantenga la unidad entre ambas realidades, en detrimento de una solución como la del apartado b) que la fractura. El TJCE, en definitiva, lo que pretende evitar es que a través del acuerdo entre las partes pueda atribuirse CJI a tribunales sin vinculación con la relación material y, por ese motivo, imprevisibles para alguna de ellas. Y lo que resulta evidente es que difícilmente

<sup>73</sup> Vid., LEIPOLD, D., «Internationale Zuständigkeit am Erfüllungsort das Neuste aus Luxemburg und Brüssel», en *Gedächtnisschrift Alexander Lüderitz* Munich, 2000, pgs. 431 y ss., pg. 449.

<sup>74</sup> También la validez del acuerdo de exclusión podría ser resuelta por un tribunal diferente al designado por el apartado b).

puede merecer alguno de estos calificativos un acuerdo destinado a permitir que un sujeto pueda ser demandado allí donde se comprometió a cumplir con su obligación.

Esta interpretación es, además, la única que permite dotar de contenido a la expresión «salvo pacto en contrario». Se me antoja harto improbable que en la práctica habitual los contratantes pacten la exclusión del apartado b) respetando los severos requisitos que el artículo 23 Regl. 44/2001 demanda. Por el contrario, los casos típicos a los que se refiere la expresión, «salvo pacto en contrario», son aquellos en los que pueda detectarse en el comportamiento de las partes una voluntad de escapar de las consecuencias derivadas del apartado b). Ello supone que la expresión «salvo pacto en contrario» no se limita sólo a los acuerdos en los que de forma expresa se las partes señalen su intención de dejar sin efecto el apartado b), sino que abarca también aquellos supuestos en los que pueda probarse que las partes querían que el lugar del pago, y no sólo el de la entrega o la prestación del servicio tuviera relevancia a la hora de determinar el tribunal competente.

Asumido lo anterior, cabe plantearse si es suficiente para escapar a la aplicación del apartado b) con que las partes designen de forma expresa el lugar de pago y éste se ubique en un lugar diferente al de entrega o al de prestación del servicio. En un supuesto como éste las partes ponen de manifiesto que pretenden disociar los lugares de cumplimiento de las respectivas obligaciones y esta disociación necesariamente debería encontrar su equivalencia en sede de CJI. Es más, ésta es la interpretación del precepto que expresamente enunciaron algunas delegaciones nacionales en el momento de su redacción<sup>75</sup>, y también la que se refleja en la Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión (citada) cuando se señala que «se permite la exclusión de esta regla mediante acuerdo expreso sobre el lugar de cumplimiento»<sup>76</sup>.

#### 4.3. La expresión «según el contrato»

18.—Para todos aquellos contratos de compraventa y de prestación de servicios en los que las partes no hubieran pactado la vuelta a las soluciones del apartado a), el nuevo apartado b) atribuye competencia a los tribunales del lugar en el que «según el contrato» debiera entregarse la mercancía o prestarse el servicio. Como puede observarse, el nuevo foro contractual se construye a partir de las circunstancias en las que se desenvuelve el contrato, obligando a indagar en la propia relación contractual a la hora de determinar el lugar de entrega de la cosa o del lugar de prestación del servicio. O dicho en otros términos, de nuevo la «realidad procesal» se construye a partir de la «realidad material».

19.—El empleo de la expresión «según el contrato» parece obligar a tener

<sup>75</sup> Vid al respecto, BEAUMONT, P. R., «The Brussels Convention ...», *op. cit.*, pg. 20.

<sup>76</sup> De la misma opinión, BEAUMONT, P. R., «The Brussels Convention ...», *op. cit.*, pg. 20; vid., no obstante, TAKAHASHI, K., «Jurisdiction ...», *op. cit.*, pgs. 537-538.

en cuenta la relación contractual en su conjunto a la hora de precisar el lugar de cumplimiento de la obligación de entrega o de prestación del servicio, por lo que en buena lógica la mencionada expresión no se referiría únicamente a las declaraciones de voluntad –expresas o tácitas– acerca del lugar de cumplimiento, sino también a los mecanismos integradores y supletorios de la voluntad de las partes previstos en el ordenamiento material que resulte aplicable a la relación contractual. En estos casos la jurisprudencia De Bloos seguiría sin entrar en juego y la única obligación a tener en cuenta sería siempre la entrega de la cosa o la prestación del servicio pero, en cambio, la determinación del lugar de cumplimiento de ambas obligaciones debería realizarse necesariamente mediante el recurso a la Ley aplicable al contrato, abriéndose de nuevo las puertas a la jurisprudencia Tessili<sup>77</sup>.

La solución anterior sería además la consecuencia lógica de algo que, por mucho que se empeñe algún sector doctrinal, creo que resulta absolutamente incuestionable, como es el hecho de que la remisión a la *lex contractus* y, por tanto a la normativa conflictual, resulta inevitable se acepte la solución que se acepte. La norma de CJI necesita del recurso al Derecho material y por muchos esfuerzos que se hagan por expulsarlo del artículo 5 1º, éste siempre reaparece reclamando su papel. Sin duda acierta plenamente algún autor cuando advierte de forma certera que intentar aplicar un foro contractual evitando cualquier tipo de remisión a la *lex contractus* resulta comparable con la búsqueda de la cuadratura del círculo<sup>78</sup>.

20.–De esta forma, parece claro que encajan sin problemas en la expresión «según el contrato» los supuestos en los que los contratantes hubieran celebrado un acuerdo relativo al lugar en el que debería ser ejecutada la obligación de entrega o la prestación del servicio. Con ello se avala normativamente algo sobre lo que ya existía práctica unánimidad en el ámbito del CB. Ya se ha hecho referencia a la jurisprudencia de TJCE relativa a los pactos sobre el lugar de ejecución de una de las obligaciones. En principio no tienen que cumplir los requisitos del artículo 23 Regl. 44/2001, siendo suficiente con que el acuerdo sea válido de acuerdo a la *lex contractus*, a menos que el tribunal designado carezca de vinculación efectiva con el contrato<sup>79</sup>.

Pero la expresión «según el contrato» no se limita a los acuerdos expresos sobre el lugar de cumplimiento. El nuevo apartado b) impone una «interpre-

<sup>77</sup> Algún autor, no obstante, considera que la expresión «según el contrato» constituye una llamada a la interpretación autónoma del lugar de cumplimiento y al desarrollo de un Derecho europeo de los contratos de naturaleza autónoma, que excluiría de forma absoluta la remisión a la *lex contractus* (vid. HAU, W., «Der Vertragsgerichstand ...», *op. cit.*, pg. 358; JAVME/KOHLER, «Europäisches Kollisionsrecht ...», *op. cit.*, pg. 405). Para H. SCHACK, en cambio («Der Erfüllungsort ...», *op. cit.*, pg. 234), toda referencia al contrato a la hora de determinar el lugar de cumplimiento de las obligaciones excluiría una interpretación autónoma.

<sup>78</sup> KOHLER, C., «Die Revision ...», *op. cit.*, pg. 15.

<sup>79</sup> *Vid. supra*, núms. 17 y ss.

tación integradora de la voluntad contractual<sup>80</sup>»; es decir, obliga a atender a la relación contractual en su conjunto, analizando la totalidad de las circunstancias en las que se desenvuelve la relación material, a fin de determinar si los cocontratantes eligieron de forma tácita el lugar de entrega o de prestación del servicio. Nuevamente será la *lex contractus* la que determinará si se ha llegado a verificar un acuerdo sobre el lugar de cumplimiento o no. Es decir, será la Ley aplicable a la relación contractual la que determinará, por ejemplo, qué sucede en los casos en los que las partes hubieran realizado algún acto concluyente del que pudiera deducirse la existencia de un acuerdo sobre el lugar de cumplimiento (p. ej. cuando la mercancía ya hubiera sido entregada en un lugar concreto o el servicio ya hubiera sido prestado en un lugar determinado) y qué sucedería en aquellos supuestos en los que uno de los co-contratantes hubiera decidido ejecutar su prestación cuando el resto se hubiera opuesto a ello<sup>81</sup>. Y, por supuesto, también sería necesario recurrir al derecho nacional aplicable para determinar el lugar de entrega o de prestación del servicio cuando ni exista un acuerdo expreso ni sea posible tampoco identificar un acuerdo tácito de las partes<sup>82</sup>.

#### 4.4. ¿Un único foro para todas las cuestiones contractuales?

21.—El apartado b) rompe con la jurisprudencia De Bloos y considera indiferente cuál sea la obligación que sirve de base a la demanda. Es decir, *según el artículo 5 1º b) Regl. 44/2001 serán competentes los tribunales del lugar de entrega de la mercancía o de prestación del servicio, tanto si la obligación de la que deriva el litigio es ésta o es el pago*. La nueva regla busca garantizar la centralización de todas las pretensiones de naturaleza contractual ante un único órgano

<sup>80</sup> Hago mía la expresión de VIRGÓS/GARCIMARTÍN, *Derecho procesal ...*, *op. cit.*, pg. 109.

<sup>81</sup> Vid. ELTZSCHIG, J., «Art. 5 Nr. 1 b EuGVO ...», *op. cit.*, pg. 495; KROPHOLLER, J., *Europäisches ...*, *op. cit.*, pgs. 140-141.

<sup>82</sup> Un ámbito en el que la determinación fáctica del lugar de cumplimiento del contrato puede plantear complicaciones es el de la contratación electrónica y, muy en especial, el de los contratos electrónicos directos, esto es, aquellos en los que todos los trámites contractuales se realizan «en línea», dada la absoluta desmaterialización que los envuelve. Piénsese que en muchos de ellos la obligación del suministrador de productos o de servicios en línea se limita a poner a disposición de los clientes unos determinados contenidos, por lo que aparentemente, el lugar de cumplimiento de la obligación coincidiría con el de puesta a disposición y éste, a su vez, se correspondería con el de situación física de los recursos informáticos del suministrador de productos o servicios en línea. El problema estriba, no obstante, en las tremendas dificultades que puede hallar la otra parte a la hora de determinar el lugar de situación real de los recursos, dado que el servidor puede estar situado en un Estado completamente aleatorio, lo que convierte a esta conexión en absolutamente irrelevante a la hora de fijar la CJI. Las dificultades además aumentan desde el momento en que el tratamiento que recibe esta cuestión en algunos Estados comunitarios deja bastante que desear, algo de lo que da fe nuestro ordenamiento, en el que la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, en lugar de concretar el lugar de prestación de los servicios de la Sociedad de la Información, se ha dedicado a identificar el lugar de celebración del contrato, supuestamente para adaptarse a la ¡LOPJ!.

jurisdiccional<sup>83</sup>, con lo que elimina alguna de las limitaciones que arrastraba la solución convencional. Así, el nuevo apartado b) soluciona las dudas interpretativas que planteaba el artículo 5 1º CB en relación con el ejercicio de pretensiones que no se basen en el incumplimiento del demandado, como sucede con las pretensiones mero declarativas (de nulidad del contrato, de exoneración de responsabilidad, etc.).

Sin embargo, existen otros supuestos en los que no está tan claro que la aplicación del apartado b) garantice la designación de un único tribunal para conocer de la totalidad de aspectos derivados de la relación contractual. Es el caso, por ejemplo, de aquellos contratos en los que la entrega o la prestación del servicio no se realice en un único Estado sino en varios<sup>84</sup>. En presencia de un caso de esta naturaleza cabe plantearse cuál es el tribunal en el que «hubiere sido o debiere ser cumplida» la entrega de la mercancía o la prestación del servicio. Algún autor ha propuesto hasta cinco posibilidades<sup>85</sup>: a) El tribunal de cualquiera de los lugares de cumplimiento de una parte de la entrega o de la prestación del servicio<sup>86</sup>; b) el tribunal del lugar en el que tuviera que cumplirse la parte principal de la entrega o de la prestación del servicio; c) el tribunal de los lugares de cumplimiento de las partes más importantes de la obligación de entrega o de la prestación del servicio; d) el tribunal del lugar de cumplimiento de cada una de las partes de la obligación de entrega o de la prestación del servicio, aunque cada

<sup>83</sup> Vid. *Propuesta de Reglamento* (cit). Confirman esta interpretación: BAJONS, E. M., «Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes: Rück- und Ausblick auf eine umstrittene Norm», en *FS GEIMER*, 2002, pgs. 15 y ss., pg. 16; ELTZSCHIG, J., «Art. 5 Nr 1 b EuGVO, *op. cit.*, pgs. 492-493; FACH, K., «El Reglamento...»; *op. cit.*, p. HAU, *Der Vertragsgerichtsstand zwischen judizieller Konsolidierung und legislativer Neukonzeption*, Piras, 2000, pg. 354 y ss., ps. 359; HEUZÉ, V., «Des quelques ...», *op. cit.* pgs. 623 y 625; JUNKER, A., «Von Brüsseler Übereinkommen zur Brüsseler Verordnung Wandlungen des Internationalen Zivilprozessrechts», *RIW*, 2002, pgs. 569-576, pg. 572; MICKLITZ/ROTT, «Vergemeinschaftung ...», *op. cit.*, pg. 328; RAUSCHER, T., *Internationales Privatrecht*, 2ª Ed., Heidelberg, 2002, pg. 354; SCHLOSSER, P., *Eu-Zivilprozessrecht ...*, *op. cit.*, pg. 68-69; TAKAHASHI, K., «Jurisdiction ...», *op. cit.*, pg. 549. Aunque la atribución de competencia para conocer de todas las reclamaciones contractuales al tribunal designado por el apartado b) resulta indiscutible, el tenor literal del precepto no es excesivamente afortunado y parece vincular la competencia de estos tribunales a un incumplimiento, circunstancia esta que ha sido criticada desde la doctrina (vid. HEUZÉ, V., «Des quelques ...», *op. cit.*, pg. 623).

<sup>84</sup> La jurisprudencia inglesa nos ofrece un ejemplo inmejorable (vid. *IIPr.*, 2000, pgs. 706 y ss). Un matrimonio domiciliado en Irlanda contrató los servicios de un contable, también domiciliado en Irlanda, para que se encargara de la gestión de sus asuntos fiscales. Transcurrido algún tiempo el matrimonio demandó al contable, al considerar que gestionó de forma negligente las obligaciones de la pareja con el fisco inglés. Nos encontramos ante un supuesto en el que la mayor parte de los servicios prestados por el contable debían ejecutarse en Irlanda, pero uno en concreto: precisamente aquel del que deriva el litigio, debía ser ejecutado en Inglaterra.

<sup>85</sup> Vid. HERTZ, K., *Jurisdiction in contract and tort under the Brussels Convention*, Copenhagen 1998, pgs. 112-113.

<sup>86</sup> Opción que coincide con la contenida en el Artículo 6 de la Propuesta preliminar de Convenio universal de La Haya en materia civil y mercantil (citado).

tribunal sólo sería competente para conocer de las pretensiones derivadas de esa parte de la obligación que debería ejecutarse en su demarcación territorial<sup>87</sup>; e) no se aplicaría el foro contractual porque no sería posible identificar un único lugar de cumplimiento. Entre todas ellas, hay que descartar desde ahora la primera opción, dada la animadversión de la Jurisprudencia comunitaria hacia la excesiva proliferación de foros de CJI. Además, junto a las mencionadas es posible incluso añadir alguna más como la exclusión, no ya del foro contractual en su conjunto, sino únicamente del apartado b), y la vuelta, en consecuencia, al apartado a)<sup>88</sup>.

Otro caso difícil es el de los contratos en los que la compraventa venga acompañada del suministro de un servicio. Piénsese que en este tipo de modalidades contractuales el lugar de entrega de la mercancía podría no coincidir con aquél en el que hubiera de prestarse el servicio, con lo que, dependiendo de la calificación que recibiera el contrato, el tribunal competente podría variar. En el caso de que dentro del contrato se pueda identificar claramente una obligación principal –la venta o la prestación del servicio–, ésta será la que se tenga en cuenta a efectos de determinar el tribunal competente<sup>89</sup>. Por el contrario, cuando ambas obligaciones posean un peso similar en el contrato, cabe preguntarse cuál sería el tribunal competente en aplicación del apartado b). ¿Podría conocer el tribunal del lugar de entrega de cualquier pretensión derivada del contrato aunque ésta tuviera su origen en la prestación del servicio?; y viceversa, ¿sería competente el juez del lugar de prestación del servicio para conocer de la totalidad de las pretensiones derivadas de ese contrato, incluidas las que deriven de la obligación de entregar la cosa? O, por el contrario, ¿debería constatarse si el litigio tiene su origen en una u otra obligación y abrir la competencia de los tribunales del lugar de entrega sólo si el litigio derivara de la venta y del lugar de prestación del servicio únicamente si el proceso tuviera su origen en esta obligación<sup>90</sup>?

#### 4.5. El retorno al apartado a); el artículo 5 1º c)

22.–La relación entre los apartados a) y b) del artículo 5 1º se contempla en el apartado c), precepto según el cual, «cuando la letra b) no sea aplicable se aplicará la letra a). El apartado a), en consecuencia, abarca, en primer lugar, a los contratos que no puedan ser calificados como de compraventa o de prestación de servicios, con los problemas que plantea la precisión de

<sup>87</sup> En apoyo de esta interpretación, DROZ, G. A. L., «Delendum ...», *op. cit.*, pg. 356.

<sup>88</sup> Vid. ANCEL, M. E., *Rev. cr. dr. int. priv.*, pgs. 135 y ss., pg. 160.

Sobre los supuestos en los que el Rcgl. 44/2001 impone el regreso al apartado a), vid. *infra* núm. 22.

<sup>89</sup> Similar criterio seguía el artículo 6 de la Propuesta preliminar de Convenio universal de La Haya en materia civil y mercantil de 30 de octubre de 1999 (<http://www.hcch.net>).

<sup>90</sup> Parece defender esta segunda posibilidad, KROPHOLLER, J., *Europäisches ...*, *op. cit.*, pg. 138.

estos términos y, en especial del segundo<sup>91</sup>. Pero además, en el apartado a) se incluyen dos supuestos adicionales que no resultarían subsumibles en el apartado b) pese a verificarse un contrato de compraventa o de prestación de servicios. En primer lugar, tal y como se acaba de indicar, no resulta aplicable la letra b), y por tanto entrará en juego el apartado a), en aquellos litigios en los que las partes hubieran excluido la aplicación del apartado b) en los términos antes expuestos. Junto a éstos, tal y como se avanzó ya en la propuesta de Reglamento, tampoco podrían incluirse en el apartado b) todos aquellos supuestos en los que la entrega de la cosa o la prestación del servicio tuviera que realizarse fuera del territorio comunitario, o en Dinamarca, Estado para el que, recordemos, no se encuentra en vigor el Regl. 44/2001<sup>92</sup>.

El tratamiento que el Regl. 44/2001 depara a los supuestos incluidos en el apartado a) ya ha sido avanzado: se aplican las soluciones del artículo 5 1º CB tanto a la hora de identificar la obligación que sirve de base a la demanda como para precisar el lugar de cumplimiento de tal obligación. Lo primero supone la vuelta a la jurisprudencia De Bloos y con ello la identificación de la obligación que sirve de base a la demanda, a partir de la obligación litigiosa. Lo segundo implica que a la hora de determinar el lugar de cumplimiento de esta obligación deberá tenerse presente la jurisprudencia Tessili y, por tanto, también la remisión a la *lex contractus*.

## 5. VALORACIÓN DEL NUEVO ARTÍCULO 5 1º

23.—Muchas son las dudas que planean sobre el nuevo foro contractual, una norma que, como ha señalado algún autor, «fue elaborada el último día de las negociaciones del mismo modo que se extrae un conejo de una chistera»<sup>93</sup>. La primera es si realmente las nuevas soluciones promovidas por el apartado b) adquirirán el protagonismo que «a priori» se le suponía<sup>94</sup>. En primer lugar, los sinuosos contornos de la categoría «contrato de prestación de servicios» ponen en manos del TJCE la posibilidad de limitar o extender la aplicación del apartado b), dependiendo del criterio interpretativo más

<sup>91</sup> *Vid. supra* núms. 13 y ss.

<sup>92</sup> En similares términos: BEAUMONT, P. R., «The Brussels Convention ...», *op. cit.*, pg. 22; BERAUDO, J. P., «Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale» *JDI*, 2001, pgs. 1033 y ss., pg. 1046; HAU, W., «Der Vertragsgerichtstand ...», *op. cit.*, pg. 359; HAUSMANN, «Die Revision der Brüsseler Übereinkommen von 1968», *The European Legal Forum* 1-2000/01, pg. 43; KROPHOLLER, J., *Europäisches ...*, *op. cit.*, pgs. 142-143; LEIPOLD, D., «Internationale ...», *op. cit.*, pgs. 450 y ss.; MICKLITZ/ROTT, «Vergemeinschaftung ...», *op. cit.*, pg. 329, SÁNCHEZ LORENZO, S., «Cooperación judicial ...», *op. cit.*, pg. 203; RAUSCHER, T., *Internationales Privatrecht ...*, *op. cit.*, pg. 355; TAKAHASHI, K., «Jurisdiction ...», *op. cit.*, pg. 540.

<sup>93</sup> BEAUMONT, P. R., «The Brussels Convention ...», *op. cit.*, pg. 19.

<sup>94</sup> La supuesta tibieza de la reforma ha sido ya puesta de manifiesto desde la doctrina (vid. p. ej.: SHACK, H., *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Munich, 2002, pg. 123).

o menos flexible por el que opte. Cabe preguntarse cuál va a ser la actitud de la Corte Comunitaria cuando se encuentre ante la oportunidad de reconducir un determinado tipo de contratos hacia el apartado a) cuyas soluciones son, no se olvide, aquéllas por las que ha apostado desde sus primeras resoluciones.

A lo anterior hay que añadir la necesidad de regresar al apartado a) en todos aquellos casos en los que se hubiera excluido la aplicación del apartado b), y debe recordarse que para que ello suceda, el artículo b) parece conformarse con que las partes sitúen el lugar de pago en un lugar diferente al de entrega de la cosa o de prestación del servicio. Por si todo ello no fuera suficiente, no podemos olvidar que tampoco se aplicará el apartado b) cuando la entrega de la mercancía o la prestación del servicio no se realice en un Estado de la Comunidad o cuando las partes no hubieran pactado de forma expresa o tácita el lugar de cumplimiento de ambas obligaciones.

Pero es que además, incluso en los supuestos que puedan ser incluidos en el apartado b), en la práctica las diferencias con el antiguo artículo 5 1<sup>º</sup> quedarán reducidas exclusivamente a los casos en los que la obligación que sirva de base a la demanda sea el pago. En ellos, la imposibilidad de recurrir a la jurisprudencia De Bloos limitará la atribución de CJI al tribunal del lugar en el que, de forma expresa o tácita, se hubiera pactado la entrega de la cosa o la prestación del servicio. En cambio, cuando la obligación que sirva de base a la demanda sea la entrega de la cosa o la prestación del servicio, que se aplique el apartado a) o el nuevo apartado b) resulta absolutamente indiferente.

Buena prueba de lo dicho es que ni siquiera los más críticos con la solución convencional se sienten satisfechos con ella<sup>95</sup>. Y, desde luego, no les faltan razones para sentirse defraudados. Al margen de las sombras que se ciernen sobre el papel que está llamado a jugar el apartado b), creo que nadie puede discutir que si uno de los objetivos de la reforma era el diseño de un foro contractual simple y sencillo de aplicar, la ambigua redacción de la norma poco ayuda para lograrlo; basta con recordar las dudas interpretativas que plantean las expresiones «según el contrato» y «salvo pacto en contrario» para apreciar esta circunstancia. Es más, ni siquiera se ha conseguido –afortunadamente– el objetivo de desterrar el recurso a la *lex contractus* del proceso de aplicación del foro contractual.

24.–Por lo demás, resulta innegable que la nueva regulación posee algunas virtudes. La mayor de todas ellas, sin duda es la eliminación de muchas de las limitaciones que lastraban al foro contractual del CB. Como hemos visto, gracias a la nueva regla se superan algunas de los problemas que arrastraba la solución convencional de cara a los litigios contractuales que no versen estrictamente sobre el incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales. Del mismo modo, debe destacarse como positivo, el reconoci-

<sup>95</sup> Vid. DROZ/GAUDEMET-TAILLON, «La transformation ...», *op. cit.*, pg. 636.

IVÁN HEREDIA CERVANTES

miento legal de la posibilidad de que las partes escojan de forma expresa o tácita el lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales.

El futuro del nuevo foro contractual, en definitiva, se avecina incierto con todas sus ventajas y defectos, y la imposibilidad de adjuntar un informe explicativo, a diferencia de lo que sucedía con las diferentes versiones del CB, en nada ayudará a despejar el panorama. Lo que parece indiscutible es que, una vez más, la jurisprudencia del TJCE está llamada a ocupar un papel estelar en su aplicación y que seguramente se levantarán de nuevo las voces críticas que aboguen por la exterminación absoluta de cualquier foro contractual en el seno del Regl. 44/2001.