

EL NUEVO REGLAMENTO BRUSELAS I: QUÉ HA CAMBIADO EN EL ÁMBITO DE LA COMPETENCIA JUDICIAL*

FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Autónoma de Madrid

SARA SÁNCHEZ

Profesora Honoraria
Universidad Autónoma de Madrid

Revista Española de Derecho Europeo 48
Octubre – Diciembre 2013
Págs. 9 - 35

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA NUEVA REGLA DE COMPETENCIA ESPECIAL: RECUPERACIÓN DE BIENES CULTURALES. III. CONTRATOS DE CONSUMO Y TRABAJO: EXTENSIÓN A DEMANDADOS DOMICILIADOS EN UN TERCER ESTADO. IV. CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO: PROTECCIÓN DE SU EFECTIVIDAD. *A. La excepción a la regla de litispendencia. B. Ámbito de aplicación. C. Norma de conflicto sobre la validez material. D. Separabilidad.* V. LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD: SU EXTENSIÓN A TERCEROS ESTADOS. VI. OTRAS CUESTIONES. *A. Arbitraje. B. Medidas cautelares. C. Competencias exclusivas como excepción. D. Tribunal unificado de patentes.* VI. CONSIDERACIÓN FINAL.

RESUMEN: El Reglamento nº 1215/2012, que sustituye al Reglamento 44/2001 ("Bruselas I") y se aplicará desde el 10 de enero de 2015, introduce novedades de cierto calado tanto en materia de competencia judicial internacional como en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones. En el presente trabajo se analizan úni-

ABSTRACT: Regulation 1215/2012, which replaces Regulation 44/2001 ("Brussels I") and will be applicable from 10 January 2015, introduces some important amendments both on jurisdiction and recognition of decisions. In this paper we only analyze the most relevant modifications regarding jurisdiction. In particular, this paper

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación: DER2012-36806.

camente las modificaciones más relevantes en el primer ámbito; en particular, la nueva regla de competencia especial para recuperación de bienes culturales, la extensión de los foros especiales en materia de contratos de consumo y de trabajo frente a demandados domiciliados en terceros Estados cuando el demandante es el consumidor o el trabajador; las modificaciones introducidas para el refuerzo de la efectividad de las cláusulas de elección de foro y la nueva regla de litispendencia y de conexidad vis à vis terceros Estados. Además de una descripción de las modificaciones del texto anterior, se proponen soluciones a algunas dudas interpretativas que ya se han planteado.

PALABRAS CLAVE: Bruselas I bis, competencia judicial internacional, recuperación de bienes culturales, contratos de consumo y trabajo, acuerdos de elección de foro, litispendencia.

Fecha recepción original: 23 septiembre 2013

Fecha aceptación: 3 octubre 2013

I. INTRODUCCIÓN

El Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento y del Consejo, de 12.12.2012, una vez en vigor, sustituirá al Reglamento (CE) N° 44/2001 (o «Bruselas I»). El nuevo reglamento modifica significativamente el régimen del anterior. Sus modificaciones alcanzan tanto las reglas de competencia judicial (Capítulo II), como de reconocimiento y ejecución de decisiones (Capítulo III). Quizás el cambio más significativo afecte a este último ámbito, pues en el nuevo texto se suprime el trámite de exequátur como procedimiento previo a la ejecución de una sentencia procedente de otro Estado miembro. Sin embargo, en este trabajo nos vamos a limitar a ofrecer *una primera aproximación* a las modificaciones introducidas en el ámbito de la competencia judicial. Tanto por razones de espacio, como porque las modificaciones del Capítulo III requieren medidas de acompañamiento en nuestro Derecho interno aún pendientes de aprobar, hemos optado por limitar este trabajo en esos términos¹. Además, no es nuestra intención ofrecer un análisis exhaustivo, sino centrarnos en aquellos aspectos que consideramos más relevantes. No vamos a analizar tampoco, salvo en extremos muy puntuales, ni las relaciones entre estas modificaciones y otros convenios internacionales en vigor, como el Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007, ni las relaciones con nuestro Derecho interno.

El orden expositivo es el siguiente. En primer lugar, analizaremos la nueva regla de competencia judicial relativa a las acciones dirigidas a recuperar un

examines the new rule on the recovery of cultural objects; the extension of the special fora for consumer and employment contracts to defendants domiciled in third States where the plaintiff is the consumer or employee; the modifications regarding the enhancement of effectiveness of choice-of-court agreements and the new *lis pendens* and related actions rules vis à vis third States.

KEYWORDS: Brussels I bis, jurisdiction, recovery of cultural objects, consumer and employment contracts, choice-of-court agreements, *lis pendens*.

1. Sobre las modificaciones introducidas en el Capítulo III, además de los trabajos citados a lo largo de este trabajo, *vid.* en particular, GASCÓN, F., «Le nouveau régime de l'exequatur dans le Règlement Bruxelles I bis», (en prensa).

bien cultural (*infra* II). A continuación, las modificaciones introducidas en materia de contratos de consumo y trabajo (*infra* III). En tercer lugar, el nuevo régimen que se establece para proteger la efectividad de las cláusulas de elección de foro (*infra* IV). En cuarto lugar, la extensión de las reglas de litispendencia y conexidad *vis à vis* terceros Estados (*infra* V). Y, por último, resumiremos otras modificaciones de menor entidad y haremos alguna alusión a los nuevos considerandos incorporados al texto (*infra* VI).

El nuevo régimen se aplicará a las demandas que se presenten desde el 10 de enero de 2015 (*vid.* art. 66). No obstante, es importante comenzar a familiarizarnos con él pues a partir de esa fecha –incluido el mismo día 10, como se deduce claramente de la versión inglesa del texto– su aplicación es independiente del momento en que ocurrieron los hechos que provocaron el litigio. Las nuevas reglas de competencia se aplicarán a hechos o relaciones jurídicas anteriores al día 10 de enero de 2015, si la demanda es posterior.

II. LA NUEVA REGLA DE COMPETENCIA ESPECIAL: RECUPERACIÓN DE BIENES CULTURALES

Como sabemos, el Reglamento Bruselas I responde al modelo de foro general y foros especiales. Establece como foro general los tribunales del Estado miembro donde el demandado tiene su domicilio y añade una lista de foros especiales –por razón de la materia o por conexidad procesal– alternativos a aquél. Estas reglas sólo se aplican cuando el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro de la UE (incluida Dinamarca, en virtud del Acuerdo bilateral con este Estado). Este régimen, a diferencia de lo que preveía la propuesta de la Comisión, se mantiene en el nuevo texto: sólo se aplica cuando el demandado está domiciliado en un Estado Miembro². Los domiciliados en terceros Estados, salvo excepciones puntuales, siguen sujetos a las reglas de competencia judicial de cada Derecho nacional, en el Derecho español, las previstas por el artículo 22.3º-5º LOPJ (*vid.* arts. 5 y 6)³.

En el nuevo texto, los foros especiales tanto por razón de la materia (art. 7) como por conexidad procesal (art. 8) se conservan sin modificaciones significativas. Al margen de cuestiones menores de redacción⁴ y de revisión de algún

2. COM (2010) 748 final, p. 5 y art. 4.2. Las razones que llevaron a la Comisión a proponer la extensión de las reglas de competencia del Reglamento *vis à vis* domiciliados en terceros Estados están explicadas en la Evaluación de Impacto, preparada también por la Comisión, SEC (2010) 1548 final, pp. 19-27, y resumidas más adelante (pfo. 11).

3. Salvo que se diga otra cosa, las referencias se hacen a los artículos del Reglamento 1215/2012.

4. Repárese en que se ha llevado a cabo una revisión completa de la versión en castellano del Reglamento. A primera vista, llama la atención un olvido: en el art. 7.5 falta una referencia al «lugar» donde el establecimiento se encuentre, dice «si se trata de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el órgano jurisdiccional en que se hallen sitios» (sic.). Y un cambio de redacción en el artículo 8.1: antes se refería a sentencias «inconciliables» y ahora dice «contradictorias», en consonancia con el art. 30.3. Quienes han analizado con detenimiento el juego del foro de la pluralidad de demandados, se darán cuenta inmediatamente de que este último cambio no es baladí.

considerando (*vid. cdo. 16 in fine*, sobre la previsibilidad del foro del lugar del daño en los supuestos de difamación, que sólo se entiende como una reacción a la generosidad del TJUE en la STJ, de 25.10.2011, as. *eDate Advertising C-509/09*), lo único reseñable en este punto es la adición de un nuevo foro especial para las acciones reivindicatorias sobre bienes culturales. El nuevo artículo 7.4 permite al propietario de un *bien cultural*, tal y como se define en el artículo 1.1 de la Directiva 93/7/CEE, plantear una acción de restitución ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se encuentre dicho bien en el momento de interponerse la demanda.

La Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15.03.1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, estableció un foro especial para las acciones de restitución de bienes culturales exportados ilegalmente de un Estado miembro y que se hallen en el territorio de otro Estado miembro (*vid. art. 5.1*, incorporado al ordenamiento español por la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, art. 2). No obstante, la legitimación activa para plantear dicha acción estaba restringida a los Estados miembros. Los particulares propietarios de esos bienes no se beneficiaban del régimen de la Directiva (*vid.*, art. 15 de ésta que remitía el régimen de las acciones civiles del propietario a las normas generales), por lo que aquéllos sólo disponían a su favor del foro general (*i.e.* los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de domicilio del demandado previsto por el art. 2 Reglamento 44/2001) o eventualmente del foro previsto por el art. 5.4 (acción civil de restitución acumulada a una penal). En el nuevo Reglamento se extiende esa misma regla, *i.e.* la competencia de los tribunales del lugar donde se encuentre el bien cultural, a las acciones de restitución planteada por un particular. Esta nueva regla, naturalmente, no perjudica el juego de la Directiva (*vid. cdo. 17*).

La solución finalmente alcanzada ha restringido notablemente la Propuesta de la Comisión. Siguiendo el llamado *Heidelberg Report*⁵, la Comisión propuso introducir una regla especial en materia de derechos reales sobre bienes muebles, con independencia de su naturaleza⁶. Alcanzaba todos los derechos reales y todos los bienes muebles⁷. Tal regla estaba en línea con lo previsto en las normas autónomas de algunos Estados miembros (*vid.*, por ejemplo, art. 23.3° IX LOPJ). Sin embargo, durante las negociaciones del texto, la mayoría de los

5. HESS/PFEIFFER/SCHLOSSER/WELLER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*. Study JLS/C4/2005/03 (*Heidelberg Report*), pfs. 154 y 976.

6. *Vid.*, art. 5.3 de la Propuesta, *cit.*

7. *Vid.* CRESPI REGHIZZI, Z., «A new special forum for disputes concerning rights in rem over movable assets: some remarks on article 5(3) of the Commission's Proposal», en POCAR/VIARENGO/VILLALTA (eds.), *Recasting Brussels I*, 2012, pp. 173 y ss., pp. 175-176; CADET, F., «Le nouveau règlement Bruxelles I ou l'itinéraire d'un enfant gâté», *J.D.I.*, 2013, pp. 766 y ss., pp. 766-767; DE MIGUEL, P., «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones», *Diario La Ley*, 31 de enero de 2013, pp. y ss., p. 2; DICKINSON, A., «The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast) (Brussels I bis Regulation)», *Legal research Paper No. 11/58*, www.ssrn.com, p. 23.

Estados se opusieron a la introducción de una regla de alcance tan amplio pues en su opinión planteaba más problemas que los que pretendía resolver. De un lado, se cuestionó la verdadera necesidad de una nueva regla que atribuyese competencia al tribunal del lugar de situación del bien mueble a título principal, pues para resolver la mayoría de los problemas era suficiente con la regla prevista para la adopción de medidas cautelares (art. 35) o con el artículo 7.3. De otro lado, se planteó la necesidad de limitar la regla a los bienes tangibles, pues su aplicación a los intangibles exigiría la adopción de reglas de localización en un sentido similar al del Reglamento de Insolvencia, lo que introduciría mayor complejidad⁸. Por último, se temía que ese nuevo foro favoreciese el *forum shopping* mediante traslados estratégicos de los bienes. La regla, además, perdió buena parte de su sentido una vez que se acordó descartar la extensión del Reglamento a los demandados domiciliados en terceros Estados.

Finalmente se optó, sobre la base de una propuesta realizada por las delegaciones inglesa y chipriota, y luego recogida por el Parlamento, por sustituir esa regla de alcance general, que se refería a cualquier bien mueble, por otra con un ámbito mucho más restringido, únicamente referida a uno de los supuestos que más habían preocupado en la práctica, *i.e.* la restitución de bienes culturales desplazados ilegalmente⁹. Esta regla, como hemos explicado, viene a completar el régimen de la Directiva 93/7/CEE. Como señala el propio precepto (i) el alcance cognitivo del juez del lugar de situación del bien se limita a las acciones basadas en el derecho de propiedad y destinadas a la restitución del bien, no a otras acciones reales y (ii) el concepto de *bien cultural* debe tomarse del artículo 1.1 de la Directiva 93/7/CEE (cfr. Reglamento (CE) n° 116/2009 del Consejo, de 18.12.2008, relativo a la exportación de bienes culturales). Esta remisión implica que la regla sólo alcanza los bienes ahí enunciados y, por consiguiente, no se aplica a bienes exportados ilegalmente de terceros Estados (sin perjuicio del juego de otros convenios internacionales aplicables). Por otra parte, si tenemos en cuenta que en la mayoría de las ocasiones de exportación ilegal, es el propio dueño del bien quien la lleva a cabo, es previsible que los supuestos prácticos en los que se vaya a aplicar la regla sean muy escasos. La regla, por último, fija expresamente el momento relevante: la situación del bien en el momento de interponerse la demanda.

III. CONTRATOS DE CONSUMO Y TRABAJO: EXTENSIÓN A DEMANDADOS DOMICILIADOS EN UN TERCER ESTADO

A diferencia de lo que sucedía hasta ahora, los foros de competencia que

8. Art. 2 g) del Reglamento CE n° 1346/2000 del Consejo, de 29.05.2000, sobre procedimientos de insolvencia (*DOUE* n° L 160, de 30.6.2000).

9. En el mes de marzo de 2012 los gobiernos de Chipre y Reino Unido informaron sobre la nueva regla especial. Una de las posibles soluciones que proponían consistía en establecer dos reglas para cada uno de los supuestos más relevantes en la práctica: los bienes culturales y los bienes tangibles sometidos a registro. Solamente la primera de ellas salió adelante en las versiones sucesivas del Reglamento. El Parlamento europeo recoge esta propuesta, *vid.* Posición del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2012, EP-PE_TCI-COD(2010)0383.

establece el nuevo Reglamento en materia de consumo y trabajo se extienden frente a demandados domiciliados en un tercer Estado (no miembro) cuando quien plantea la acción es el consumidor o el trabajador (vid. arts. 18.1 y 21.2). Esta nueva regla, como explicaremos luego, no excluye el juego alternativo de los foros de la LOPJ.

El texto anterior del Reglamento limitaba la aplicación de las secciones 3, 4 y 5 –los llamados «foros de protección», *i.e.* las reglas en materia de contratos de consumo, seguro y trabajo– conforme al criterio general, *i.e.* el hecho de que el demandado tuviese su domicilio en un Estado miembro, si bien añadía un matiz: una sucursal en un Estado miembro se equiparaba al domicilio cuando el litigio hubiese derivado de las actividades de dicha sucursal. En concreto, si el asegurador, profesional o empresario estaban domiciliados en un tercer Estado, pero tenían un establecimiento, agencia o sucursal en un Estado miembro y el litigio había derivado de las actividades de dicho establecimiento, aquéllos se considerarían domiciliados en este último Estado (vid. arts. 9.2, 13.2 y 18.2 Reglamento 44/2001). El nuevo texto mantiene esta regla de equiparación en los tres casos, pero extiende los foros de competencia en materia de consumo y trabajo frente a domiciliados en terceros Estados cuando el demandante es la llamada «parte débil», *i.e.* el consumidor o el trabajador (arts. 6, 18.1 y 21.1). Esto es, los foros de protección se ensanchan, en favor de dicha parte, frente a domiciliados en terceros Estados que no tienen un establecimiento en un Estado miembro o, aun teniéndolo, cuando el litigio no deriva de la explotación de dicho establecimiento.

Como ya hemos apuntado, la Propuesta de la Comisión ampliaba el ámbito de aplicación del Reglamento a los demandados domiciliados en Estados no miembros de la UE. Dos fueron los motivos esgrimidos para ello. En primer lugar, la Comisión entendió que las importantes diferencias entre las normas nacionales de competencia judicial, aplicables cuando el demandado estaba domiciliado en un tercer Estado, conllevaban una distorsión de la competencia entre los operadores domiciliados en los distintos Estados miembros: podían disfrutar de foros diferentes en función del Estado miembro ante el que se presentase la demanda. En segundo lugar, y más en particular, se alegaba que no todos los ordenamientos de los Estados miembros preveían la posibilidad de que los consumidores o los trabajadores con domicilio en la UE pudiesen demandar a profesionales de terceros países en su propio domicilio (el de aquéllos), lo que mermaba mucho sus posibilidad de acceso a la tutela judicial.

Durante la negociación de la propuesta, las delegaciones nacionales se mostraron divididas en cuanto a la oportunidad de la reforma. Un número importante de ellas consideró inadecuado el establecimiento unilateral de normas de competencia judicial frente a demandados domiciliados en Estados no miembros y se inclinaba por la posibilidad de buscar un acuerdo multilateral en la materia en el marco de la Conferencia de La Haya. Otras, aun aceptando la ampliación del ámbito de aplicación, abogaban por una armonización de míni-

mos en determinadas materias en lugar de por la uniformización de todas las normas de competencia¹⁰.

En la redacción final del Reglamento, la ampliación del ámbito de aplicación a demandados domiciliados en terceros Estados ha quedado circunscrita a dos supuestos. El primero de ellos, que trataremos en el siguiente epígrafe, en materia de cláusulas de elección de foro. El segundo de ellos es al que nos referimos en este punto: supuestos en los que el demandante es un trabajador o consumidor que demanda al empresario o al profesional domiciliado en un tercer Estado. Éstos disponen ahora de los mismos foros de los que disponían antes cuando el profesional estaba domiciliado en un Estado miembro. El considerando 14 del nuevo Reglamento explica que mediante esta extensión se asegura una protección adecuada de los consumidores y trabajadores: como hemos apuntado, en ciertos Estados (*e.gr.* la República Checa o el Reino Unido) se habían detectado lagunas de protección de consumidores o trabajadores europeos que habían contratado con profesionales o empresarios de terceros Estados y, pese a darse unos vínculos equivalentes a los previstos por el Reglamento con la UE, no disponían de un foro en Europa donde demandarlos¹¹. El nuevo Reglamento viene al colmar estas lagunas.

EJEMPLO 1. Imaginemos una firma con domicilio en Nueva York, sin sucursal en la UE, que dirija la oferta de sus productos a los consumidores de varios Estados miembros. Si un consumidor con domicilio en uno de esos Estados miembros celebra un contrato como consecuencia de dicha oferta, podrá demandar a la empresa norteamericana al amparo del artículo 17.1 (c) y 18.1 Reglamento 1215/2012 ante los tribunales de su domicilio (el del consumidor). En el caso del Derecho español, la extensión de los foros frente a domiciliados en terceros Estados no añade mucho pues las previsiones del artículo 22.4º LOPJ son, *en buena medida*, equivalentes a las del Reglamento (es cierto que, por ejemplo, en cuanto a la naturaleza de los contratos la fórmula que emplea el Reglamento es más amplia).

EJEMPLO 2. Imaginemos un trabajador que es contratado por una empresa con domicilio en Nueva York, sin sucursal en la UE; el trabajador realiza habitualmente su trabajo en un Estado miembro. Bajo el nuevo Reglamento, al amparo del artículo 21.1 (b), el trabajador podrá demandar a su empleador ante los tribunales de dicho Estado miembro. En el caso del Derecho español, la extensión del ámbito de aplicación del Reglamento tampoco añade mucho en este sector si tenemos en cuenta la amplitud de foros que recoge el artículo 25º LOPJ.

El nuevo Reglamento extiende sus reglas frente a domiciliados en terceros Estados pero, a nuestro juicio, no excluye el juego de las reglas nacionales. Los foros previstos por el Derecho nacional, en la medida en que contemplen criterios de conexión alternativos (*i.e.* distintos) a los del Reglamento, podrán seguir

10. Igualmente dividida estaba la doctrina ante la Propuesta. *Vid.* entre otros DICKINSON, A., «The Proposal...», *cit.*, pp. 11-15, crítico con ésta. Por el contrario, favorable, *vid.*, DE MIGUEL, P., «El nuevo...», *cit.*, p. 1.

11. *Vid.*, subrayando la importancia de este dato, NUYTS, A., «La refonte du règlement Bruxelles I», *Rev.crit. DIP*, 2013, pp. 1 y ss., p. 6.

siendo invocados frente a empresarios o profesionales domiciliados en terceros Estados. En este extremo, el Reglamento establece, por así decirlo, un régimen *de minimis*. El artículo 6.1 afirma que «si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, artículo 21, apartado 2». La remisión al Derecho nacional y la expresión «sin perjuicio» tienen un sentido muy claro, de él no se puede deducir que la apertura de los foros de los artículos 18.1 y 21.2 (consumo y trabajo) impida acudir a las normas de competencia nacionales. El artículo 5.1 corrobora esta interpretación. De acuerdo con esta disposición «las personas domiciliadas en un Estado miembro solo podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo». *A contrario*, las personas domiciliadas en terceros Estados sí que podrían ser demandadas ante órganos jurisdiccionales diferentes, si así lo permiten las normas nacionales de competencia judicial. Esta conclusión se ve apoyada por la postura adoptada por un gran número de delegaciones nacionales durante las negociaciones y que llevó en último término a descartar la ampliación general del ámbito de aplicación del Reglamento a demandados domiciliados en terceros Estados. De acuerdo con esta postura, el Reglamento debía realizar únicamente una armonización de mínimos de las normas de competencia en estos supuestos. De esta manera, además, se mantendrían los incentivos para que los terceros Estados celebrasen un acuerdo internacional en la materia. Por último, el objetivo de protección de la «parte débil» que persigue la ampliación del ámbito de aplicación en estos supuestos (*vid. cdo. 14*) habla también en favor de esta misma conclusión.

EJEMPLO. Imaginemos un trabajador español contratado por una empresa de Nueva York, sin establecimiento en la UE, que realiza habitualmente su trabajo en un tercer Estado. Imaginemos también que el contrato de *celebró* en España. En este caso, la extensión del ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012 no impide que el trabajador pueda demandar en nuestro país a la empresa norteamericana al amparo del artículo 25.1º LOPJ, que atribuye competencia a los tribunales españoles cuando el contrato se hubiese celebrado en España.

Dos comentarios adicionales son oportunos. La extensión sólo beneficia a los contratos de consumo y trabajo, no a los contratos de seguro. Las especialidades que presenta este sector, sobre todo desde el punto de vista regulatorio y por los intereses particulares que en él tienen algunos Estados miembros, explica esta exclusión. Por otro lado, la extensión de la regla con alcance general a cualquier domiciliado en un tercer Estado hace que los artículos 17.2 y 21.2, que equiparan establecimiento a domicilio, hayan perdido gran parte de su sentido, pues en cualquier caso el foro previsto por el artículo 7.5 sigue siendo aplicable. Esos preceptos, no obstante, pueden ser relevantes para excluir la aplicación frente a los profesionales o empresarios con domicilio fuera de la UE de las reglas nacionales.

Por último, hay otras dos modificaciones que también son dignas de men-

ción. En primer lugar, se incluye una novedad en relación a los contratos de consumo y de trabajo que también se extiende a los contratos de seguro. En concreto, en la regulación de la sumisión tácita se establece que el juez debe asegurarse, antes de asumir su competencia por sumisión tácita del demandado, de que se ha informado a la «parte protegida» «... de su derecho a impugnar la competencia y de las consecuencias de comparecer o no» (art. 26.2). Esta nueva regla, que no esta exenta de algún problema de implementación procesal, viene inspirada por la jurisprudencia del TJUE (STJ, de 20.5.2010, as. *Michal Bilas*, C-111/09, apdo. 32). En este asunto, el TJUE confirmó que la sumisión tácita prevalece sobre los foros de protección del Reglamento y que, por ello, puede ser razonable que el juez se asegure de que cuando el consumidor comparece sin impugnar la competencia sea consciente de que se está sometiendo tácitamente; pero, añadió, imponer una obligación a los jueces en ese sentido requeriría una modificación del texto del Reglamento. El nuevo artículo 26.2 se hace eco de la sugerencia del Tribunal. Como el hecho de que el consumidor (trabajador, tomador del seguro, asegurado o beneficiario) comparezca sin impugnar la competencia tiene una consecuencia muy relevante para él, implica su sumisión tácita, el Reglamento obliga a que se le advierta de este hecho.

En segundo lugar, el nuevo texto extiende el foro de la pluralidad de demandados a la sección 5 y permite al trabajador beneficiarse de la regla prevista en el artículo 8.1 (art. 20.1 *in fine*). Se corrige así la desafortunada jurisprudencia del TJUE y se recupera la solución que ya existía bajo el Convenio de Bruselas. En efecto, el TJUE había concluido que los trabajadores no pueden invocar el foro de la pluralidad de demandados y demandar a varios empresarios ante los tribunales del domicilio de cualquier de ellos pese a que las demandas fuesen conexas (STJ, de 22.5.2008, as. *Glaxosmithkline* C-462/06). El resultado era ciertamente paradójico ya que trataba peor a un trabajador que a cualquier otro demandante. En el nuevo texto se corrige esta interpretación y se aclara que los trabajadores pueden beneficiarse también del foro de la pluralidad de demandado en un supuesto de demandas conexas, como cualquier otro sujeto. Es difícil entender que esta misma solución no se haya extendido al menos a los contratos de consumo (en el caso de los contratos de seguro, en cambio, los arts. 11. (c), 13.1 y 13.2, parecen suficientes)¹².

En materia de contratos de trabajo se modifica también el tenor del artículo 21.1 (b) (ii) para ajustarlo a la regla del Reglamento Roma I [art. 8.2 (1)] y a la jurisprudencia del TJUE (STJ, de 15.3.2011, as. *Heiko Koelzsch* C-29/10 y STJ, de 15.12.2011, as. *Jan Voogsgeerd* C-384/10): en concreto, y aunque se trata de una modificación puramente interpretativa, se añade una referencia a la competencia de los órganos jurisdiccionales del lugar «desde el cual» el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo para subvenir *i.a.* a las peculiaridades de los trabajadores de compañías de transporte: según la nueva redacción del precepto, los empresarios, domiciliados dentro o fuera de la UE, podrán ser

12. VON HEIN, J., «Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands-und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO)», *RIW*, 59 (2013), pp. 97 y ss., p. 103.

demandados ante el órgano jurisdiccional del lugar «en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo».

IV. CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO: PROTECCIÓN DE SU EFECTIVIDAD

El nuevo Reglamento refuerza la eficacia de las cláusulas de elección de foro al excluir el juego ordinario de la regla de litispendencia (*infra* A). Esta es, sin duda, una de las mayores novedades del Capítulo II. Además, extiende el ámbito de aplicación de sus reglas a los supuestos en los que ambas partes tienen su domicilio en terceros Estados (*infra* B), añade una norma sobre la ley aplicable a la validez material de la cláusula de elección de foro (*infra* C) e incorpora una declaración sobre la autonomía de estas cláusulas respecto del resto del contrato (*infra* D).

A. LA EXCEPCIÓN A LA REGLA DE LITISPENDENCIA

El nuevo Reglamento refuerza la protección de las cláusulas de elección de foro mediante la introducción de una excepción al juego de la regla de litispendencia. Conforme al artículo 31.2 del Reglamento, para resolver sobre la validez de una cláusula de elección de foro, tiene prioridad el tribunal designado por las partes en lugar del tribunal que primero conoció del litigio (*vid. cdo.* 22 donde se explica el sentido de la regla).

Con esta solución se pretenden evitar los problemas de efectividad de los acuerdos de elección de foro que provocó la redacción anterior del Reglamento tal y como ha sido interpretada por el TJUE (*vid.* STJ, de 9.12.2003, as. *Gasser* C-116/02). De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, la regla de litispendencia fundada en la prioridad temporal también es de aplicación cuando exista un acuerdo exclusivo de elección de foro en favor de determinados tribunales. Por lo tanto, el tribunal escogido por las partes debe suspender el procedimiento siempre que no haya sido el primero ante el que se haya presentado la demanda. Y ha de hacerlo incluso si aprecia un comportamiento abusivo por el demandante en el extranjero, *i.e.* en los supuestos en los que se haya demandado en violación de tal acuerdo ante unos tribunales que se saben especialmente lentos con el fin de dilatar el procedimiento. Los denominados «torpedos italianos» o «acciones torpedo».

Durante las negociaciones del nuevo texto se plantearon distintas alternativas para atajar ese tipo de conductas. Finalmente se optó por una modificación de la regla de litispendencia. La inversión de la regla de litispendencia reduce las ventajas de esas conductas estratégicas pues obliga al tribunal ante el cual se plantea la primera demanda, si no es el designado por la cláusula, a suspender el procedimiento hasta que el tribunal elegido no haya resuelto sobre su validez. Si éste se declara competente en virtud de dicha cláusula, aquél deberá inhibirse; en caso contrario, podrá continuar con el procedimiento. La parte que quiere eludir el juego de la cláusula ya no tiene incentivos para adelantarse y demandar ante determinados tribunales, a sabiendas de que son incompetentes

por razón de la existencia de una cláusula de elección de foro, para bloquear el procedimiento. A la otra parte le bastará con demandar ante los tribunales elegidos para que se «active» la aplicación del nuevo artículo 31.2 y, por consiguiente, obligar a aquéllos a suspender el procedimiento. Es más, como aclara el considerando 22 I *in fine*, el tribunal designado deberá conocer sin esperar a que el primer tribunal haya acordado la suspensión del procedimiento («El órgano jurisdiccional designado debe poder actuar con independencia de que el órgano jurisdiccional no designado ya se haya pronunciado sobre la suspensión del procedimiento»).

EJEMPLO. Una firma española y una firma italiana celebran un contrato donde se incluye una cláusula de sumisión a los tribunales de Barcelona. Posteriormente surgen ciertas desavenencias entre las partes y la firma italiana demanda a la firma española ante los tribunales italianos alegando que el contrato debe cumplirse en Italia. La firma española se opone a la competencia de los tribunales italianos invocando la existencia de la cláusula de jurisdicción y, a continuación, demanda a la firma italiana ante los tribunales de Barcelona. Conforme al artículo 31.2 del Reglamento, el tribunal italiano deberá suspender el procedimiento a favor del tribunal español para que éste decida sobre la validez y eficacia de dicho acuerdo. El tribunal español, por su parte, podrá conocer del litigio con independencia de lo que haga el tribunal italiano, *i.e.* no deberá aguardar a que este último suspenda el procedimiento. Esto es, y a diferencia de lo que sucedía hasta ahora, el conflicto no se resuelve aplicando la regla de prioridad temporal, sino dando preferencia al juez designado por la cláusula.

No obstante, como ha advertido algún autor, el juego de la regla exige una prueba *prima facie* de la existencia de la cláusula ante el primer tribunal para que éste proceda a suspender el procedimiento. El supuesto de hecho de la norma es que otro Estado miembro «... tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo contemplado en el artículo 25...». Naturalmente, esto no permite al tribunal no designado en la cláusula de jurisdicción comprobar la validez de ésta, pero tampoco es suficiente una mera afirmación del demandado: debe exigirse al menos una simple prueba *prima facie* de que las partes celebraron una cláusula. De otro modo, existiría el riesgo de un «torpedo italiano» a la inversa¹³.

La nueva regla no consagra un principio de «*compétence-compétence*», pues sólo se activa en supuestos de litispendencia. Si la parte interesada en la eficacia derogatoria de la cláusula no acude al tribunal elegido, el tribunal que está conociendo de la pretensión (el «no-designado») tiene plena competencia para resolver sobre la validez de dicha cláusula¹⁴. Y su decisión al respecto, será

13. Vid. HARTLEY, T., «Choice-of-court agreements and the new Brussels I Regulation», *L.Q.R.*, 2013, pp. 309 y ss., p. 313; *vid.* también, aunque no exactamente en los mismos términos, NUYTS, A., «La refonte...», *cit.*, p. 52.
14. Vid., subrayando este hecho, NIELSEN, P., «The New Brussels I Regulation», *C.M.L.Rev.*, 2013, pp. 503 y ss., p. 521; POHL, M., «Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle», *IPRax*, 2013, pp. 109 y ss., p. 112; RATKOVIC, T./ ZGRABLJIC ROTAR, D., «Choice-of-court agreements under the Brussels I Regulation (Recast)», *J.P.I.L.*, 2013, pp. 245 y ss., p. 263

reconocida en los demás Estados Miembros (*vid.*, STJ, de 15.11.2012, as. *Gothaer* C-456/11). Se introduce una simple excepción a la regla de prioridad temporal, pero no una competencia exclusiva para entender de la validez de la cláusula del tribunal designado (cfr. lo que establece el aún vigente 23.3 Reglamento 44/2001)¹⁵. Durante las negociaciones se ha considerado que esta solución es la más equilibrada en cuanto a los intereses de las partes y la que mejor se ajusta (aunque no coincide exactamente) al Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro (en www.hcch.nl)¹⁶.

El tenor del nuevo artículo 31.2 sólo hace referencia a las cláusulas de elección de foro de naturaleza exclusiva, pero no debería interpretarse en el sentido de que el tribunal designado deba de ser único: si las partes acuerdan que la competencia para conocer de los litigios que surjan entre ellas corresponda sólo (en exclusiva) a los tribunales del Estado miembro A o del Estado miembro B, a elección del actor, los tribunales de los *demás* Estados miembros deberán aplicar el artículo 31.2 y suspender el procedimiento en favor de aquél, entre esos dos, elegido por el actor¹⁷.

15. La redacción de esta disposición en la Propuesta de la Comisión era mucho menos clara. De acuerdo con el art. 32.2 «..., cuando un acuerdo contemplado en el artículo 23 confiriere competencia exclusiva a un tribunal o a los tribunales de un Estado miembro, los tribunales de otros Estados miembros no tendrán competencia alguna sobre el litigio hasta que el tribunal o los tribunales designados en el acuerdo se declaren incompetentes». Esta disposición, de acuerdo con algunos autores, podía interpretarse en el sentido de que los tribunales no elegidos no podían pronunciarse sobre la validez de cláusula de elección de foro, incluso aunque no hubiera una demanda pendiente ante los tribunales elegidos. De esta manera, antes de que el tribunal no designado pudiese continuar con el procedimiento, habría sido necesario demandar ante los tribunales designados con el fin de obtener una decisión sobre la invalidez del acuerdo; *vid.* RATKOVIC, T./ZGRABLJIC ROTAR, D., «Choice-of-court...», *cit.*, p. 262. En nuestra opinión, la ubicación sistemática de la disposición en la Sección relativa a las normas de litispendencia permitía interpretar que la aplicación de la regla exigía la existencia de un procedimiento pendiente ante los tribunales elegidos. Sin embargo, no quedaba claro que los tribunales no elegidos pudieran en los supuestos de litispendencia simplemente suspender el procedimiento hasta que los elegidos se pronunciaran sobre su competencia.
16. El Convenio no obliga al *tribunal elegido* a suspender en virtud de una regla de litispendencia, sino que le permite conocer de la validez de la cláusula (y si es favorable a ésta, del fondo del litigio), aunque el proceso ya esté pendiente ante otro tribunal. En este aspecto la solución del Reglamento y del Convenio coinciden. Pero, a diferencia del Reglamento, el Convenio no impone al *tribunal no elegido* la obligación de suspender. Este tribunal puede también conocer de la validez de la cláusula al margen de lo que esté haciendo el tribunal designado [*vid.* art. 6 (a)]. En el contexto europeo, esta solución hubiese sido difícilmente aceptable. Aparentemente la solución del Convenio va a prevalecer sobre la solución del Reglamento si tanto el tribunal prorrogado como el derogado son de Estados miembros, pero una de las partes del acuerdo de elección de foro tiene su domicilio en un Estado contratante del Convenio, no miembro de la UE (*vid.* Art. 26 del Convenio). No obstante, si se entiende que el artículo 6 del Convenio es una mera norma facultativa, podría seguir jugando el art. 32.2; el supuesto esta explicado en el *Explanatory Report by Trevor Hartley & Masato Dogauchi*, pfo. 300, accesible en: <http://www.hcch.net/upload/expl37e.pdf>.
17. Aunque *vid.* Art. 3.1 Convenio de La Haya, donde la exclusividad se predica, a los efectos de definir el ámbito de aplicación de este texto, sólo de las cláusulas que designan los tribunales de un Estado.

La nueva excepción a la regla de litispendencia no es de aplicación, según el artículo 31.4, cuando el demandante sea un contratante amparado por los foros de protección (el consumidor, el tomador de un seguro, el asegurado, su beneficiario, la persona perjudicada o el trabajador) si la cláusula de sumisión no es válida de acuerdo con alguna de las disposiciones de las secciones donde se establecen las correspondientes normas para esos contratos. El objetivo de la norma es que en tal caso la contraparte no pueda aprovecharse de la nueva regla de litispendencia en perjuicio de la parte contratante débil¹⁸. Tampoco, naturalmente, procede su aplicación cuando el demandado en el tribunal no designado por la cláusula se haya sometido tácitamente, *i.e.* comparece sin impugnar su competencia (por eso, el Artículo 31.2 comienza con la frase « Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26,...»).

B. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En segundo lugar, y a diferencia de lo que sucedía hasta ahora, las normas relativas a los acuerdos de elección de foro se aplicarán con independencia del domicilio de las partes, siempre que los tribunales elegidos sean los de un Estado miembro (el nuevo art. 25.1 dice «Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado...»). Este es el segundo de los aspectos que han sobrevivido de la Propuesta de la Comisión relativa al ámbito de aplicación del Reglamento a demandados domiciliados en terceros Estados. Sobre él hubo un amplio consenso, ya que refuerza dentro de la Unión Europea la eficacia de las cláusulas de elección de foro y, en última instancia, promueve la autonomía de la voluntad (*vid. cdo.* 14). Por otra parte, elimina los problemas que la solución anterior había planteado en los supuestos de partes con pluralidad de domicilios o de cambios de domicilio.

Es interesante señalar, en línea con lo que afirmábamos en relación a los contratos de consumo y trabajo, la compatibilidad de la regulación sobre acuerdos de elección de foro en los supuestos en que las dos partes estén domiciliadas en Estados no miembros con las normas de competencia judicial nacionales. En efecto, por los mismos motivos que señalamos en su momento, aun cuando el acuerdo de elección de foro no cumpla los requisitos de forma del artículo 25.1, por ejemplo es un acuerdo verbal sin confirmación escrita, es posible acudir a las normas nacionales en la materia para fundamentar la competencia¹⁹. La norma europea es, también aquí, una regla *de minimis*. En este caso, naturalmente, no se aplicará el artículo 31.2 del nuevo texto, *i.e.* jugará el régimen general sobre litispendencia (repárese en que ese precepto se refiere a los acuerdos de elección de foro «contemplados en el artículo 25»).

EJEMPLO. Una empresa brasileña y una empresa china celebran verbalmente un contrato en España y acuerdan someterse a los tribunales de Londres. No hay

18. *Vid.* RATKOVIC, T./ZGRABLJIC ROTAR, D., «Choice-of-court ...», *cit.*, pp. 265-266.

19. En este sentido HARTLEY, T., «Choice-of-court...», *cit.*, p. 316; RATKOVIC, T./ZGRABLJIC ROTAR, D., «Choice-of-court ...», *cit.*, p. 252.

confirmación escrita del acuerdo de sumisión. Si el Derecho inglés reconoce la validez y eficacia de los acuerdos de sumisión concluidos verbalmente, sus tribunales podrán basar en él su competencia, aunque no satisfaga los requisitos de forma del artículo 25 Reglamento 1215/2012. Si una parte plantea la demanda en España, sobre la base de que el contrato se celebró en nuestro país (art. 22.3º LOPJ), y la otra en Londres, sobre la base del acuerdo de sumisión, jugará el régimen general: si la primera demanda se plantea en España, el juez español decidirá sobre la validez y eficacia de la cláusula sin suspender el procedimiento a favor del tribunal inglés.

C. NORMA DE CONFLICTO SOBRE LA VALIDEZ MATERIAL

En tercer lugar, se introduce en el artículo 25.1 una norma de conflicto en materia de *validez material* de las cláusulas de elección de foro. Conforme a esta novedad, el tribunal designado por la cláusula será competente, «... a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro». El considerando 20 aclara que esa remisión al Derecho del foro designado incluye «las normas sobre conflictos de leyes de dicho Estado miembro».

Esta novedad viene a dar solución a dos problemas que habían surgido al hilo de la redacción anterior de este precepto. De forma muy resumida, el debate estaba planteado en estos términos. *En primer lugar*, no quedaba absolutamente claro si el régimen de validez de los acuerdos de elección de foro estaba regulado de forma autónoma y exhaustiva en el artículo 23 del Reglamento 44/2001 (art. 25 en el nuevo texto). Este precepto exigía que existiese un «acuerdo» entre las partes e imponía unas condiciones de forma. La validez formal sí que quedaba, por consiguiente, regulada de forma autónoma y exhaustiva. Los Estados miembros no podían exigir ni más ni menos requisitos formales que los previstos en la norma europea (*vid. i.a.* STJ, de 16.3.1999, as. *Trasporti Castelletti C-159/97*). Por otro lado, el TJUE había elaborado ciertas pautas autónomas en cuanto a la propia existencia del acuerdo, en particular cuando estaba incluido entre las condiciones generales de un contrato (*vid. i.a.* STJ, de 14.12.1976, as. *Estasis Salotti C-24/76*). Pero se discutía si aún había cuestiones que quedaban fuera de la regulación uniforme, singularmente las relativas a los vicios del consentimiento (error, dolo, etc), la representación o la capacidad. *En segundo lugar*, y asumiendo que existiese un ámbito de cuestiones no reguladas por el Reglamento, los Estados miembros se dividían entre aquellos que sometían esas cuestiones –y en particular la validez material del acuerdo– a la *lex fori* (por considerar que la cláusula de elección de foro es una cláusula estrictamente procesal cuyo régimen de validez material se somete a la ley del foro) y los que la sometían a la *lex causae* (típicamente, en cuanto a los vicios del consentimiento, a la ley aplicable al contrato donde se incluía dicha cláusula de elección de foro)²⁰.

20. *Vid.* entre otros muchos, *Heidelberg Report*, pfo. 377; o NIELSEN, P., «The New Brussels...», *cit.*, p. 523.

El nuevo texto aborda ambas cuestiones. Por un lado, presupone que existen aspectos relativos a la validez material de las cláusulas de elección de foro no regulados de manera uniforme por el Reglamento, por ejemplo, el régimen de los vicios del consentimiento o la capacidad, que pueden conllevar la nulidad de pleno derecho de la cláusula de elección de foro (aunque el nuevo art. 25 habla de nulidad de pleno derecho, debe entenderse comprendida la mera anulabilidad por motivos materiales). Y, por otro lado, hace una remisión *in toto* al Derecho del Estado miembro cuyos tribunales han sido designado en la cláusula, *i.e.* este podrá someter la validez material de la cláusula a su *lex fori* o a la *lex causae* aplicable según sus normas de conflicto. Por eso, el Reglamento Roma I no es directamente aplicable [*vid.* art. 1.2 (e)]: un Estado miembro puede someter la validez material de la cláusula de jurisdicción a su *lex fori* o a la *lex causae* (normalmente, salvo temas de capacidad, a la *lex contractus*). Naturalmente, aquellos Estados miembros que sometan la validez material de estos acuerdos a la *lex contractus* aplicarán –*ex* Derecho nacional– la ley designada por el Reglamento Roma I.

Esta solución responde al interés de algunos Estados miembros y del Parlamento Europeo en que la solución del Reglamento fuera similar, también aquí, a la del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro (*cit. supra*). Aunque en el artículo 5.1 del Convenio, que señala como aplicables a la nulidad del acuerdo las normas del Estado cuyos tribunales se hayan elegido, no lo aclara, el Informe explicativo sí pone de relieve que esa referencia incluye sus normas de conflicto: en el Convenio de La Haya, la validez material de los acuerdos de elección de foro se somete también al Derecho del Estado cuyos tribunales han sido escogidos por las partes, incluidas sus normas de conflicto²¹. La diferencia entre el tenor de las disposiciones de las dos normas, el artículo 25.1 del Reglamento y el artículo 5.1 del Convenio, es mínima: se reduce a la mención del término «material» en el Reglamento, ausente en el Convenio (pero del Informe explicativo de éste se deduce la misma idea).

Una remisión a la ley del Estado cuyos tribunales hayan sido designados por la cláusula de elección del foro, aunque se admita una suerte de reenvío, permite alcanzar cierta armonía de resultados. La ley aplicable a la validez material de dicha cláusula viene determinada, exclusivamente, por el ordenamiento jurídico del Estado cuyos tribunales han elegido las partes (*forum prorrogatum*), luego todos los demás Estados miembros donde se invoque el efecto derogatorio de la cláusula (y sin perjuicio de la excepción a la regla de litispendencia que hemos visto en el apartado anterior) deberán aplicar esa misma solución²².

D. SEPARABILIDAD

En el nuevo artículo 25.5 se incluye otra novedad: una declaración del

21. *Explanatory Report*, *cit.* pfo. 125.

22. *Vid.* QUEIROLO, I., «Proterrogation of jurisdiction in the Proposal for a Recast of the Brussels I Regulation», en POCAR et al., *cit.*, p. 183 y ss., p. 189.

principio de separabilidad de las cláusulas de elección de foro. La cláusula de elección de foro que forme parte de un contrato se considerará independiente de éste, de manera que la invalidez del contrato no supondrá necesariamente la invalidez de la aquélla. Se trata, sin embargo, de un cambio menor, pues no hace más que reflejar en el texto lo que el TJUE ya había afirmado (STJ, de 3.7.1997, as. *Benicasa* C-269/95) y que es corolario del régimen autónomo tanto de validez procesal como material que tienen estas cláusulas. La mención, de nuevo, tiene como objetivo establecer un mayor paralelismo con el Convenio de La Haya, donde la separabilidad de la cláusula de elección de foro se prevé expresamente [vid. art. 3 (d)]. Es importante subrayar que la regla lo único que señala es la independencia de la cláusula y añade que su validez no podrá ser impugnada «por la sola razón» de la invalidez del contrato del cual puede formar parte. Naturalmente, allí donde la validez material se sujete a la *lex contractus*, la invalidez del contrato y la invalidez de la cláusula irán unidas. Lo mismo sucede en relación a la invalidez por falta de capacidad de una de las partes: si el contrato es nulo (o anulable) por falta de capacidad, la cláusula de elección de foro también.

V. LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD: SU EXTENSIÓN A TERCEROS ESTADOS

Una de las novedades más significativas del nuevo Reglamento es la incorporación de sendas reglas de litispendencia y conexidad en relación a terceros Estados (arts. 33 y 34). Antes de analizarlas, es oportuno hacer dos consideraciones generales. Por un lado, el contenido de estas reglas resulta bastante razonable y para muchos Estados miembros, como España, vienen a colmar una laguna jurídica. Los jueces nacionales disponen ya de unos criterios normativos más o menos precisos sobre las condiciones en las que deben acoger las excepciones de litispendencia y conexidad en relación a terceros Estados con los que no nos vincule ningún texto europeo ni convenio internacional. Sorprende, no obstante, su inclusión en el Reglamento. En términos de evolución normativa, la regulación de la litispendencia internacional viene precedida por un sistema de reglas de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones. Hay una estrechísima relación entre estos tres sectores y en particular entre el primero y el último²³. El resultado, aunque políticamente explicable (pues es un paso importante en la expansión de las competencias de las UE *vis à vis* terceros Estados), no deja de ser paradójico: la normativa europea no dice a los Estados miembros si y bajo qué condiciones deben reconocer las decisiones provenientes de terceros Estados pero, sin embargo, sí que ha fijado los criterios que dichos Estados miembros deben tener en cuenta para reconocer y dar ciertos efectos a la litispendencia en terceros Estados. Sólo teniendo en cuenta estos datos se explica el contenido de la nueva regla.

En primer lugar, *vis à vis* terceros Estados, el juego de la excepción de

23. Vid, elaborando esta idea, VIRGÓS, M./GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., pp. 362-364.

litispendencia prevista por el Reglamento sólo se aplica cuando la competencia se base en sus reglas, no en el Derecho nacional, por eso, el artículo 33 comienza con una referencia a los artículos 4, 7, 8 y 9. Frente a domiciliados en terceros Estados, la competencia judicial sigue estando determinada por el Derecho nacional y *lo mismo sucede con la excepción de litispendencia*. No obstante, el régimen que ahora establece el Reglamento ofrece unos parámetros muy útiles para colmar las lagunas del Derecho interno también en estos supuestos.

EJEMPLO. Si una empresa norteamericana demanda en nuestro país a una empresa española sobre la base del Artículo 4 Reglamento 1215/2012, y ya existe un procedimiento entre las mismas partes y con el mismo objeto ante los tribunales norteamericanos, el juez español aplicará la regla de litispendencia del Reglamento (pues está en juego una competencia judicial atribuida por el propio Reglamento). En cambio, si el pleito se plantea al revés, *i.e.* es la empresa española la que demanda en España a la empresa norteamericana estando ya el pleito pendiente en los EEUU (con base en el art. 22.3º LOPJ), la regla de litispendencia del Reglamento *vis à vis* terceros Estados no es aplicable directamente. Pero sí ofrece un parámetro apropiado para colmar la laguna en nuestro Derecho interno.

Por otra parte, y por motivos obvios, el Reglamento excluye el juego de la excepción de litispendencia cuando el litigio es competencia exclusiva de los tribunales de un Estado miembro, cuando las partes se han sometido a los tribunales de un Estado miembro o cuando están en juego los foros de protección. Así, la regla de litispendencia que se prevé en relación a terceros Estados no puede privar a los consumidores, por ejemplo, de la facultad de demandar ante los tribunales de su domicilio a un profesional domiciliado fuera de la UE.

En segundo lugar, y por lo que acabamos de explicar, el juego de la excepción de litispendencia extra-UE no es automático, sino que concede cierto margen de apreciación a los jueces nacionales (*vid. cdo. 23*). El motivo es evidente: el Reglamento descansa sobre unos presupuestos, como la idea de equivalencia de los servicios jurisdiccionales dentro de la UE (todos responden a unos parámetros de tutela judicial equiparables), la fijación de reglas comunes de competencia o de reconocimiento recíproco de las decisiones judiciales, que no se cumplen siempre en relación a terceros Estados. Por eso, el Reglamento da cierta flexibilidad al juez. Como vamos a ver con más detalle en el párrafo siguiente, a la hora de decidir sobre la excepción de litispendencia, ha de tener en cuenta aspectos tales como si las resoluciones de ese tercer Estado van a ser reconocidas en el Estado miembro de que se trate, la vinculación entre el litigio y ese tercer Estado o si cabe esperar que la sentencia vaya a dictarse en un plazo razonable.

En concreto, el presupuesto de aplicación del artículo 33 es el mismo que en el caso de la litispendencia en otro Estado miembro: la pendencia de un procedimiento anterior ante los tribunales de un tercer Estado con el mismo objeto, causa y partes. La determinación de la fecha de pendencia de un proceso a los efectos de aplicar esta regla se determina también conforme a lo dispuesto en el artículo 32, pues los dos parámetros a los que responde éste (un factor

bajo el control del actor, pero que respete las diversidad procesal en el ámbito comparado en cuanto al inicio del procedimiento) son perfectamente generalizables frente a terceros Estados²⁴. Si se da esa circunstancia, *i.e.* la pendencia de un proceso idéntico en un tercer Estado, el juez español (o del Estado miembro correspondiente) *podrá suspender* el procedimiento, en nuestro caso a instancia de parte (cfr. art. 33.4 que prevé que los Estado miembro admitan la suspensión *ex officio*), si se dan dos condiciones adicionales:

(a) Que la resolución extranjera sea susceptible de reconocimiento y, si procede, ejecución en España (=«juicio positivo de reconocibilidad»), aspecto para el que habrá que consultar, salvo la existencia de convenio con el Estado en cuestión, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881 (art. 954 y ss.). La razón es fácil de explicar. La excepción de litispendencia implica que se suspende al demandante el acceso a la jurisdicción nacional y se le «remite» implícitamente a un foro extranjero, que ya está conociendo del litigio. Pues bien, esta negativa sólo está justificada si la decisión que van a dictar dichos tribunales será reconocible en España. En otro caso se incurrirá en denegación de justicia. En la práctica, como de las causas de denegación la única demostrable en la fase inicial es la falta de competencia del juez extranjero, el juicio sobre la reconocibilidad de la posible decisión extranjera se reduce normalmente a un control de la competencia judicial internacional. Si *ab initio* resulta clara la incompetencia del juez extranjero no debe prosperar la excepción de litispendencia y el juez español debe continuar con el procedimiento.

(b) Y que la suspensión sea necesaria para asegurar una buena administración de justicia. El considerando 24 precisa lo que debe entenderse bajo este concepto: por ejemplo, la conexión entre los hechos, las partes y el tercer Estado (subsumible parcialmente en el control anticipado de la competencia extranjera)²⁵, la fase en la que se encuentra el proceso en ese Estado o la previsibilidad de que vaya a dictarse una resolución en un plazo razonable. Otros elementos relevantes son la necesidad de evitar una duplicidad innecesaria de los costes procesales o el prevenir conductas oportunistas de una de las partes. El considerando 24 añade una referencia al llamado «efecto reflejo» de las competencias exclusivas: «En esa valoración se puede examinar asimismo si el órgano jurisdiccional del tercer Estado tiene competencia exclusiva para conocer del asunto concreto en circunstancias en las que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro tendría competencia exclusiva». Aunque a nuestro juicio no debe ser así, alguien podría deducir de aquí que el efecto reflejo de las competencias exclusivas sólo funciona cuando ya hay un procedimiento pendiente en el tercer Estado²⁶.

La suspensión puede levantarse y el proceso en España continuar: si el

24. NIELSEN, P., «The new...», *cit.*, p. 518; VON HEIN, J., «Die Neufassung...», *cit.*, p. 107.

25. Como se ha dicho, la nueva regla admite el juego de los criterios del *forum non conveniens* pero sólo si ya existe una demanda pendiente en un tercer Estado, NUYTS, A., «La refonte...», *cit.*, p. 8.

26. *Vid.*, NUYTS, A., «La refonte...», *cit.*, p. 9.

procedimiento en el extranjero fue suspendido o sobreseído, se estima que el juez extranjero no va a resolver en un plazo razonable o la continuación del procedimiento español se considera necesaria para la buena administración de justicia (art. 33.2). En otro caso, y *una vez concluido el proceso en el extranjero con una sentencia susceptible de reconocimiento en España*, el juez español pondrá fin al proceso en España. Esto es, y a diferencia de lo que sucede en la litispendencia intra-UE, la suspensión dura hasta que se dicte sentencia en el extranjero y se demuestre, mediante un control incidental, que es susceptible (sic.) de reconocimiento (en realidad, que se reconozca al menos incidentalmente).

La regla se dirige a los jueces nacionales, no a los Estados, y prevé que aquéllos *puedan suspender* el procedimiento. En realidad, no es que puedan o no hacerlo a su libre arbitrio. Tal caso no sería compatible con el derecho a una tutela judicial efectiva (repárese en que si no se suspende, el actor que oportunamente acude a los tribunales españoles puede obtener una sentencia en España oponible a la sentencia extranjera). Lo que el término «podrá» quiere decir es que el juez puede o no hacerlo pero bajo los criterios que le señala el Reglamento.

El Reglamento añade a continuación una regla sobre la conexidad *vis à vis* terceros Estados inspirada en el régimen que acabamos de describir para la litispendencia (art. 34). Si existe una demanda conexa ya pendiente ante los tribunales de un tercer Estado, los jueces nacionales podrán suspender el procedimiento si (i) resulta conveniente resolver conjuntamente ambas pretensiones para evitar el riesgo de decisiones contradictoria (ii) la resolución extranjera sería susceptible de ser reconocida; y (iii) la suspensión es necesaria en aras a una buena administración de justicia (art. 34.1). La suspensión se levanta si desaparece el riesgo de contradicción, el procedimiento en el tercer Estado es suspendido o sobreseído, es poco probable que pueda concluirse en un plazo razonable o la continuación se considera necesaria en aras a una buena administración de justicia (art. 34). Una vez dictada la sentencia, el Reglamento prevé que se pueda poner fin al procedimiento interno si la decisión es reconocible en el foro, como sucedía en el supuesto de litispendencia. Naturalmente, y aunque no lo diga el texto, cuando no exista relación de identidad, sino de prejudicialidad (civil), el procedimiento interno podrá continuar reconociendo efectos prejudiciales a la sentencia extranjera. Repárese en que el artículo 33.3 dice «pondrá fin al proceso» («shall dismiss the proceedings», en la versión inglesa), mientras que el artículo 34.3 dice «podrá poner fin al proceso» («may dismiss the proceedings», en la versión inglesa).

VI. OTRAS CUESTIONES

A. ARBITRAJE

Una de las cuestiones más polémicas durante la modificación del Reglamento ha sido su relación con el arbitraje. Conforme al actual artículo 1.2 (d)

el arbitraje está excluido del ámbito de aplicación del Reglamento. Esta exclusión se explica, entre otros motivos, por la existencia de distintos convenios internacionales que regulan el arbitraje internacional; en particular, el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958. El Reglamento no se aplica ni a los procedimientos instrumentales o relativos al arbitraje (nombramiento de árbitros, determinación de la sede del arbitraje, determinación de la validez del convenio arbitral, etc.), ni al reconocimiento y ejecución de laudos²⁷.

Los problemas de la relación entre el Reglamento y los procedimientos arbitrales se comenzaron a poner de relieve, con especial virulencia, a raíz de la Sentencia TJUE *West Tankers* (STJ, de 10.2.2009, as. *West Tankers* C-185/07). De acuerdo con el TJUE, cuando se plantea una acción judicial que por la naturaleza de los derechos cuya salvaguarda se pretende está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, el hecho de que el demandado oponga como excepción la existencia de una cláusula arbitral no excluye la competencia del juez para conocer de ésta *conforme al propio Reglamento europeo*. El TJUE afirma con toda claridad que «una cuestión previa relativa a la aplicabilidad de un convenio arbitral que incluya, en particular, su validez, está igualmente comprendida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento. De ello se deduce que la excepción de incompetencia propuesta por *West Tankers* ante el Tribunale di Siracusa, basada en la existencia de un convenio arbitral, incluida la cuestión relativa a la validez de éste, está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 y que, por tanto, corresponde exclusivamente a dicho órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la referida excepción y sobre su propia competencia, en virtud de los artículos 1, apartado 2, letra d) y 5, apartado 3, de dicho Reglamento» (apdos. 26 y 27, sin cursiva en el original). La competencia material para conocer del fondo se extiende, *ex* Reglamento, al conocimiento de la excepción de sumisión a arbitraje. Dicho esto, la conclusión no podía ser otra: resultan contrarias al Reglamento medidas como las *anti-suit injunctions* anglosajonas. En opinión del TJUE, a través de las medidas «anti-proceso» los tribunales de un Estado miembro estarían afectando a la determinación de la competencia de los tribunales de otro Estado miembro²⁸. Tales medidas son contrarias al principio de confianza mutua y, así, incompatibles con el Reglamento.

27. Desde el principio: pfos. 64 y 65 del Informe *Jenard* al Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (firmado en Bruselas, 27 de septiembre de 1968).

28. Aunque la doctrina no suele prestarle mucha atención, no debe pasarse por alto lo que recuerda el TJUE sobre el Convenio de Nueva York de 1958: que el interesado en excepcionar la cláusula arbitral tiene la carga de hacerlo ante el tribunal que está conociendo de la pretensión principal (*vid.* pfo. 33 de la sentencia: «Corrobora esta conclusión el artículo II, apartado 3, de la Convención de Nueva York, según la cual, el tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo de arbitraje, remitirá las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho pacto es nulo, ineficaz o inaplicable.»).

La doctrina se había mostrado mayoritariamente crítica con la decisión. En particular, cuestionó la imposibilidad de utilizar mecanismos del Derecho nacional, como es el caso de las *anti-suit injunctions*, en apoyo del arbitraje cuando éste está excluido del ámbito del Reglamento. Si el arbitraje queda excluido, las medidas de apoyo como las *anti-suit injunctions* también deberían estarlo, con lo que el Reglamento no puede prejuzgar su pertinencia. Por otro lado, y desde el punto de vista práctico, la solución del TJUE resultaba especialmente problemática cuando una de las partes ejercitaba una acción ante los tribunales de un Estado miembro en violación del convenio arbitral con el fin de obstaculizar el arbitraje. Posteriormente la decisión dictada por el tribunal, incluido el pronunciamiento, en su caso, sobre la invalidez del convenio arbitral, sería reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros. Con el fin de solventar este problema y, más en general, para clarificar la delimitación entre el Reglamento y el arbitraje, en todos los trabajos preparatorios se propuso abordar esta cuestión en la nueva versión del Reglamento²⁹.

Las opciones que se barajaron para solucionar la cuestión de la relación entre arbitraje y Reglamento fueron muy variadas: desde la eliminación de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento a la introducción de una exclusión aún más amplia³⁰. La Propuesta de la Comisión acogió una solución intermedia: mantener la exclusión pero establecer una excepción a la regla de litispendencia similar a la que hemos visto para supuestos en que exista un acuerdo de elección de foro. Según esta solución, los tribunales del Estado miembro cuya competencia se haya impugnado sobre la base de la existencia de un convenio arbitral deben suspender el procedimiento cuando se presente una demanda ante los tribunales del Estado miembro de la sede el arbitraje o ante el tribunal arbitral en que, a título principal o incidental, se invoque la existencia y validez del convenio arbitral. Con esta regla se trataba de evitar la litigación estratégica que entorpezca el arbitraje y el desarrollo de procedimientos paralelos.

La regla de litispendencia especial desaparece de la redacción final del Reglamento. Tanto el Parlamento Europeo como la mayor parte de las delegaciones nacionales coincidían con la Comisión en el diagnóstico del problema en relación al arbitraje. Sin embargo, divergían en cuanto a la solución a adoptar. Finalmente se ha optado por mantener la exclusión del arbitraje del artículo 1.2 (d) en los mismos términos (lo cual tiene un efecto político muy importante, el arbitraje sigue siendo competencia de los Estados miembros, y, por consi-

29. Así en la Propuesta de la Comisión, *cit.*, p. 9, se afirma que el objetivo en esta materia es incrementar la efectividad de los convenios arbitrales, eliminar los incentivos a las tácticas de litigación abusivas y evitar los procedimientos paralelos.

30. El Libro Verde sobre la revisión del Reglamento CE nº 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM(2009) 175 final, pp. 8-9, recoge la primera opción. Por el contrario el *Draft Report* presentado por el Parlamento Europeo, COM(2010)0748 – C7-0433/2010 – 2010/0383(COD), p. 6, aboga por la segunda.

guiente, la UE no asume competencia externas en esta materia), pero se añade una aclaración en el considerando 12 acerca de cómo interpretar tal exclusión.

En concreto, el considerando 12 hace referencia tanto a cuestiones de competencia como a cuestiones de reconocimiento y ejecución de decisiones. Su texto repite lo que establece el artículo 1.2 (d), *i.e.* que el Reglamento no se aplica al arbitraje, y aclara lo que esto conlleva.

(i) Primero y obvio: que el Reglamento no impide que cuando se presenta una demanda ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro relativa a una disputa que las partes hayan sometido a arbitraje, remita a las partes al arbitraje, o bien suspenda o sobresea el procedimiento, o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pelo derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional. El considerando aparentemente –sólo aparentemente– parece apartarse del TJUE en la medida en que señala que la excepción basada en la existencia de una cláusula arbitral no cae dentro del ámbito de aplicación del Reglamento³¹.

(ii) Segundo: que la decisión al respecto no queda sometida al régimen de reconocimiento de decisiones del Reglamento. La decisión de un órgano jurisdiccional sobre la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad de un convenio arbitral, tanto si es a título principal como a título incidental, no se beneficia del régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones del Reglamento. Y, lo que es más relevante, si el juez ha considerado inválida o ineficaz la cláusula y ha resuelto sobre el fondo, esta decisión sí que se beneficia del régimen del Reglamento y el Estado requerido no podrá oponer la validez de la cláusula para oponerse a su reconocimiento y ejecución. Como continua el considerando: «... el hecho de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el ejercicio de su competencia con arreglo al presente Reglamento o al Derecho nacional, declare la nulidad de pleno derecho, ineficacia o inaplicabilidad de un convenio de arbitraje no debe impedir el reconocimiento ni, en su caso, la ejecución de la resolución de dicho órgano en cuanto al fondo del asunto conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento».

(iii) Tercero: no obstante lo que acabamos de reproducir, si se siguen en paralelo un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y ante un tribunal arbitral, el eventual conflicto entre una decisión estatal y un laudo arbitral se resolverá según una regla –fáctica– de prioridad de la

31. En este sentido *vid.* NUYTS, A., «La refonte...» *cit.*, pp. 15-17, que afirma que no se trata de una cuestión previa sometida al Reglamento sino de una cuestión separada que se debe regir por las normas de Derecho nacional. No obstante, en opinión de este mismo autor, y con la que coincidimos, ello no significa que las *anti-suit injunctions* puedan utilizarse de nuevo en relación a procedimientos ante tribunales de Estados miembros donde se dirime la existencia, validez o aplicabilidad de un convenio arbitral. En este punto, la jurisprudencia *West Tankers* sigue siendo aplicable; *vid.* también NIELSEN, P., «The new...», *cit.*, p. 511. Además, y como veremos a continuación, resoluciones dictadas sobre el fondo se deben reconocer y ejecutar en los demás Estados conforme al Reglamento. Por eso hemos dicho que el considerando 12 sólo «parece apartarse» de la jurisprudencia del TJUE.

decisión. Si el laudo arbitral se dicta antes, éste se va a reconocer en los Estados miembros conforme al Convenio de Nueva York de 1958 y esta circunstancia podrá oponerse como causa de denegación del reconocimiento de la decisión estatal (*vid.* pfo. III del cdo. 12 y art. 73.2 del Reglamento). O dicho en otros términos, el Reglamento no impide que un laudo arbitral reconocido o reconocible al amparo del Convenio de Nueva York pueda invocarse para denegar el reconocimiento o la ejecución de una decisión sobre el mismo asunto dictada en otro Estado miembro³². Por ello, la afirmación que hacíamos al final del párrafo anterior no es tan grave si se presume que lo habitual es que el procedimiento arbitral vaya más rápido que el procedimiento estatal.

(iv) Por último, el considerando 12 aclara que todas las medidas de apoyo al arbitraje caen fuera del ámbito de aplicación del Reglamento. No se aplica «a ningún procedimiento incidental ni acción relacionados, en particular, con la creación de un tribunal arbitral, las facultades de los árbitros, el desarrollo del procedimiento de arbitraje o cualesquiera otros aspectos de tal procedimiento, ni a ninguna acción o resolución judicial relativa a la anulación, revisión, apelación, reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral» (*vid.* asimismo STJ, de 25.7.1991, as. *Marc Rich C-190/89*). La competencia para adoptar medidas cautelares, en cambio, sí viene determinada por el Reglamento (STJ, de 17.11.1998, as. *Van Uden, C-391/95*)³³.

Al margen de la materia arbitral hay otras modificaciones en la definición del ámbito *ratione materiae* del Reglamento, de mero ajuste a otros instrumentos: (i) se añade una mención a los *acta iure imperii* (art. 1.1); (ii) se añade también una exclusión expresa de la materia de alimentos (art. 1.2 (e), *vid.* Reglamento (CE) n° 4/2009, de 28.12.2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos); (iii) se independiza y aclara la exclusión en materia de testamentos y sucesiones (art. 1.2 (f) *vid.* Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4.7.2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo); (iv) y se incluye una referencia a las relaciones con efectos comparables al matrimonio según su ley aplicable, como sucede en otros textos europeos (art. 1.2 (a); *vid.* por ejemplo art. 1.2 (c) Reglamento Roma I o art. 1.2 (b) Reglamento Roma II).

B. MEDIDAS CAUTELARES

El nuevo texto no modifica el régimen general sobre la competencia judi-

32. *Vid.* así LEANDRO, A., «Prime Osservazioni sul Regolamento (UE) N. 1215/2012 (Bruxelles I bis)», *I Giusto Processo Civile*, 2/2013, pp. 583 y ss., p. 589; NIELSEN, P., «The New Brussels...», *cit.*, pp. 510-511.

33. Esta conclusión queda reforzada por la ausencia de una mención expresa en el considerando que establece una lista (si bien no cerrada) de procedimientos que quedan excluidos. *Vid.* en este mismo sentido NUYTS, A., «La refonte...», *cit.*, p. 14.

cial para la adopción de medidas cautelares previsto hasta ahora, pero sí introduce algunas aclaraciones al hilo de la jurisprudencia el TJUE. Tres, en concreto.

Primera: se despejan algunas dudas sobre el alcance de la competencia especial para la adopción de medidas provisionales y cautelares. El artículo 35, como el artículo 31 Reglamento 44/2001, prevé que «Podrán solicitarse a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de dicho Estado miembro, incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto». Este precepto ha planteado bastantes problemas interpretativos, ya que no establece el criterio que determina la competencia. Lo único que nos dice es que la competencia para adoptar medidas provisionales o cautelares no se vincula necesariamente a la competencia para conocer del fondo del litigio. O en otros términos, el hecho de que la competencia a título principal corresponda a un Estado miembro no impide que se puedan adoptar medidas cautelares o provisionales en *otro Estado miembro*. Pero ¿en cuál? La jurisprudencia del TJUE había ido precisando el alcance de este precepto y dando respuesta a esa cuestión de forma indirecta. Lo que ha venido a decir el TJUE es que el artículo 31 del Reglamento 44/2001 remite la determinación de la competencia judicial a las normas nacionales, no obstante, y esto es lo relevante, al amparo de ese precepto sólo se pueden adoptar medidas sobre personas o bienes que se encuentren dentro del territorio del Estado en cuestión (STJ, de 27.4.1999, as. *Mietz C-99/96*). La competencia, a la postre, viene delimitada por el lugar de ejecución o efectividad de la medida. El nuevo texto recoge esta idea y la incorpora al considerando 33 in fine: «Cuando las medidas provisionales y cautelares sean ordenadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no es competente en cuanto al fondo del asunto, su efecto debe circunscribirse, en virtud del presente Reglamento, al territorio de ese Estado miembro».

Segunda: se intenta aclarar el régimen de las medidas de aseguramiento de prueba. El concepto de medidas cautelares y provisionales que emplea del artículo 35 debe ser objeto de una calificación autónoma o uniforme. Entre otros extremos, la doctrina había discutido si ese concepto ampara también las medidas de aseguramiento o de práctica anticipada de prueba. El TJUE en la sentencia *St Paul Dairy* (STJ, de 28.4.2005, as. *St Paul Dairy C-104/03*) afirmó que ese concepto no ampara una medida cuyo objeto es el examen de un testigo con el fin de facilitar al solicitante el inicio de una acción judicial. El nuevo texto incorpora un considerando que pretende aclarar el alcance de dicha sentencia. Según el considerando 25: «El concepto de medidas provisionales y cautelares debe incluir, entre otras, las destinadas a obtener información o a conservar pruebas a que se refieren los artículos 6 y 7 de la Directiva 2004/48/CE,..., relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. No debe incluir medidas que no sean de naturaleza cautelar, como las medidas por las que se ordena la audiencia de un testigo.» Y a continuación añade: «Esto se entiende sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (CE) 1206/2001,..., rela-

tivo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil».

Aunque el considerando no es todo lo claro que sería deseable, en principio, parece querer afirmar dos cosas. Por un lado, que la solicitud de práctica de pruebas en otro Estado debe canalizarse a través del Reglamento 1206/2001 (sin perjuicio de la práctica directa, *vid.* STJ, de 6.9.2012, as. *Maurice et al.* C-170/11 y STJ, de 21.2.2013, as. *ProRail BV* C-332/11). Y, por otro lado, que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, distinto del competente a título principal, no debe utilizar el artículo 35 del reglamento 1215/2012 en el ámbito probatorio salvo que se trate de medidas de aseguramiento de pruebas, del tipo de las previstas en la Directiva 2004/48/CE. Esto es, cuando hay un *periculum* que justifique una medida de aseguramiento o incluso de práctica anticipada de la prueba (también el interrogatorio de un testigo); no en los casos de práctica ordinaria³⁴.

Y tercero: la exclusión de las medidas *ex parte*. El TJUE había afirmado en repetidas ocasiones que la competencia para conocer del fondo del litigio faculta para la adopción de medidas cautelares o provisionales de alcance extraterritorial y, por consiguiente, que dichas medidas deberán reconocerse y ejecutarse en los demás Estados miembros. No obstante, también había añadido que las medidas cautelares adoptadas *inaudita parte* no se benefician del régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones del Reglamento (STJ, de 21.5.1980, as. *Denilauler* C-125/79). Naturalmente, aunque la medida se hubiese adoptado *ex parte*, si posteriormente dicha medida fue notificada y la parte contra la que se dirige se opuso –o pudo oponerse y lo no hizo–, a partir de este momento sí será reconocible y ejecutable al amparo del Reglamento. El artículo 2 (a) del nuevo texto, apartándose de la propuesta de la Comisión (que preveía la extensión a las medidas *inaudita parte*, *vid.* art. 1.3º (a) de la Propuesta), consagra esta jurisprudencia y añade un matiz. Por un lado, aclara que el concepto de resolución, a los efectos del Capítulo III, engloba las medidas cautelares o provisionales que haya adoptado el órgano competente para conocer del fondo del asunto y regula el contenido que debe tener el certificado expedido por la autoridad de origen (*vid.* art. 42.2), pero no incluye las medidas provisionales o cautelares que se hayan acordado «... sin que el demandado sea citado a comparecer, a no ser que la resolución relativa a la medida haya sido notificada al demandado antes de su ejecución». Conforme a su tenor literal, parece que es suficiente la notificación de la medida adoptada *inaudita parte* para que el beneficiado pueda inmediatamente instar su ejecución en los demás Estados miembros, incluso si no ha transcurrido el plazo aún para la oposición en el Estado de origen. La jurisprudencia del TJUE, en cambio, abogaría por un interpretación finalista de este precepto en otro sentido: lo relevante es que cuando se inste la ejecución en los demás Estados miembros, el demandado haya tenido la oportunidad de oponerse en el Estado de origen y no lo haya hecho o, habiénd-

34. *Vid.*, LEANDRO, A., «Prime...», *cit.*, p. 628; y con bastante más detalle, NUYTS, A., «La refonte...», *cit.*, pp. 45-48.

dolo hecho, se hubiese confirmado la medida. Esto es, el dato fundamental es que la parte afectada haya tenido la oportunidad de defenderse en el Estado de origen *antes* de que se inste la ejecución de la medida cautelar en los demás Estados miembros (as. *Denilauer* C-125/79, apdo. 17)³⁵.

Es importante reparar en un último dato. Las medidas *ex parte* quedan fuera del ámbito del Reglamento, esto es, no es que el Reglamento establezca que su ejecución en los demás Estados miembros debe denegarse, sino que sencillamente no se benefician del régimen privilegiado de dicho instrumento, por eso, el considerando 33 aclara que «Esto no debe obstar al reconocimiento y ejecución de tales medidas en virtud del Derecho nacional».

C. COMPETENCIAS EXCLUSIVAS COMO EXCEPCIÓN

El artículo 24.4 se refiere a la competencia exclusiva en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro. Ésta corresponde al Estado miembro donde se haya solicitado o efectuado el depósito en virtud de lo dispuesto por algún instrumento de la UE o en algún convenio internacional. En el apartado cuatro se introduce una novedad: tal competencia exclusiva se atribuye con independencia de que la cuestión se haya suscitado por vía de acción o por vía de excepción. Con esta inclusión se codifica la jurisprudencia del TJUE en la materia (STJ, de 13.7.2006, as. *GAT* C-4/03) y se alinea el tenor literal del artículo con el correspondiente del Convenio de Lugano 2007, que ya había recogido esa misma solución (art. 22.4)³⁶.

D. TRIBUNAL UNIFICADO DE PATENTES

Por último, se ha introducido en el considerando 11 una mención a los órganos jurisdiccionales que sean comunes a varios Estados miembros, como es el caso del Tribunal de Justicia del Benelux. Lo que dice ese considerando es que éstos se han de considerar «órgano jurisdiccional» a efectos del Reglamento, naturalmente siempre que ejerzan su competencia dentro del ámbito de aplicación del Reglamento.

Este nuevo considerando responde a la definición de «resolución» que se hace en el Reglamento. El artículo 2 define en su apartado (a) tal concepto como «cualquier decisión adoptada por *un* órgano jurisdiccional de *un* Estado

35. *Vid.*, aparentemente en otro sentido, VOIN HEIN, J., «Die Neufassung...», *cit.*, p. 108 y también art. 42.2 (c) donde parece que sólo se exige la notificación de la resolución. En relación a este tema, no deben pasarse por alto, por otro lado, los problemas que puede plantear la certificación de medidas *ante causam*, *vid.* NUYTS, A., «La refonte...», *cit.*, pp. 38-39.

36. Se perpetúan, así, los problemas que la doctrina ha puesto de relieve sobre este regla, *vid.* entre otros muchos, ARENAS GARCÍA, R., «El Reglamento 44/2001 y las cuestiones incidentales: Dar vueltas para (casi) volver al mismo sitio», *Diario La Ley*, nº 7684, 2011; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Nulidad e infracción en Europa después de *GAT* y *RO-CHE*», *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 269 y ss.; o *Heidelberg Report*, *cit.*, pfs. 815 y ss.

miembro...» (sin cursiva en el original). El considerando 11 aclara que, pese a utilizar el artículo indeterminado en singular, ahí se incluyen las resoluciones dictadas por órganos jurisdiccionales comunes a varios Estados miembros. La mención se introdujo en un momento de las negociaciones bastante tardío, pues responde a la firma por Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo en octubre de 2012 de un Protocolo al Convenio de 1965 en el que se crea el Tribunal de Justicia del Benelux. El Protocolo prevé que el Tribunal pueda ejercer competencias jurisdiccionales en materias comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I, particularmente en materia de propiedad intelectual (en sentido amplio). Ello aconsejaba la introducción de una mención en este último instrumento, para despejar cualquier duda sobre el hecho de que las decisiones que adopte ese tribunal se pueden reconocer y ejecutar en los demás Estados miembros al amparo del Reglamento. No obstante, esta modificación va a tener mucho más alcance en un futuro inmediato (*vid.* Propuesta de modificación del Reglamento N° 1215/2012, para adaptarlo al Acuerdo sobre el Tribunal Unificado de Patentes, de 19 de febrero de 2013)³⁷.

VI. CONSIDERACIÓN FINAL

El Reglamento 1215/2012 sustituirá al Reglamento 44/2001 («Bruselas I») a partir del 10 enero de 2015, por eso se empieza a conocer ya como Reglamento «Bruselas I bis». En este trabajo hemos descrito las novedades más importantes del nuevo texto en el ámbito de la competencia judicial. El resultado final se aparta de forma significativa de la propuesta inicial de la Comisión, en particular por lo que hace al ámbito de aplicación *ratione materiae* y *ratione personae* del texto europeo. Hay, de todos modos, cambios muy significativos, como el nuevo régimen de control de la validez de las cláusulas de elección de foro o la inclusión de reglas relativas a las excepciones de litispendencia y conexidad *vis à vis* terceros Estados. Estas novedades, aunque modestas, resultan bastante razonables y equilibradas, sobre todo si tenemos en cuenta el contexto en el que se elaboran: legislar en la UE, incluso en materias de Derecho privado, es siempre muy complicado.

37. Esta cuestión escapa a los fines de este trabajo. Para una primera aproximación *vid.* www.pedrodemiguelasensio.blogspot.com y referencias allí hechas.