

# VIOLACIÓN DE ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO Y DERECHO A INDEMNIZACIÓN: ESTADO DE LA CUESTIÓN

**Marta Requejo Isidro\***

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. VIOLACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ELECCIÓN: TIPOLOGÍA; III. LOS CASOS; IV. DUDAS EN TORNO AL DERECHO A REPARACIÓN: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA; V. LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS. CUESTIONES DE SU PUESTA EN PRÁCTICA (I); VI. LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS. CUESTIONES DE SU PUESTA EN PRÁCTICA (II); VII. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS EN EL ESPACIO JUDICIAL COMUNITARIO

## I. INTRODUCCIÓN

Con fecha de 12 de enero de 2009, el TS español dictó sentencia en un supuesto dotado de un elemento de extranjería relevante. El interés de la decisión radica en el problema de fondo, en la oportunidad de tratarlo, y en la solución por la que opta el Tribunal: por primera vez en España<sup>1</sup>, el Tribunal se pronuncia acerca de la demanda de daños y perjuicios por violación de una cláusula de elección de foro, y lo hace en sentido afirmativo. Que sepamos, este pronunciamiento es también el primero en los países del continente europeo, y uno de los primeros en Europa: hace ya tiempo que la idea de otorgar daños por violación de cláusulas de *prorrogatio fori* en casos jurídico-privados internacionales ha llamado la atención de doctrina de distinta procedencia<sup>2</sup>, pero en la práctica es una creación del *common law* con escasas y recientes manifestaciones. Ello explica las dudas que rodean la cuestión: en torno a la naturaleza (por tanto, calificación) del pacto de elección de foro; en cuando al lugar donde reclamar los daños, y la ley que resulta aplicable; y (la pregunta más compleja) en torno al peso que sobre la sentencia de daños debe, o puede, tener la decisión extranjera que nace del planteamiento de acción judicial ante un tribunal no elegido por una de las partes suscriptoras de la cláusula, precisamente en violación de la misma. El objetivo de este artículo<sup>3</sup> es describir el estado de la cuestión a la luz de los datos que ofrecen ante todo la práctica y la literatura inglesas, y la decisión del TS español mencionada. Se hará una brevísimas referencia en el último apartado al tema en el contexto comunitario (i.e, las jurisdicciones prorrogada y derogada son ambas de Estados miembros, y es aplicable el reglamento núm. 44/01), en relación con el cual, a nuestro conocimiento, no se ha dado todavía ningún caso.

---

\* Profesora titular de Derecho Internacional Privado, Santiago de Compostela

<sup>1</sup> *Vid. infra*, sobre un caso anterior.

<sup>2</sup> Bastante más que la que se cita en esta nota, en la que hemos procurado retener la más relevante y reciente.

<sup>3</sup> Que encuentra su origen directo en una conferencia pronunciada por invitación de la Universidad de Luxemburgo, el 25 de junio de 2009.

## II. VIOLACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ELECCIÓN: TIPOLOGÍA

La situación típica de violación del pacto de elección de foro parte de una cláusula que es válida y exclusiva a los ojos del tribunal ante el cual se reclaman los daños; la violación consiste en plantear la acción sobre el fondo del litigio ante una jurisdicción no elegida<sup>4</sup>. Cabe añadir a este los siguientes supuestos: planteamiento de acción ante tribunales específicamente descartados; demanda declarativa de no responsabilidad ante una jurisdicción especialmente lenta con el objetivo esencial de frustrar una posterior demanda en cuanto al fondo ante el tribunal elegido; el caso de la cláusula de elección de foro que cabe considerar no exclusiva, por cuanto autoriza la demanda ante varios tribunales, si la acción se intenta ante uno distinto de los elegidos; el caso de la cláusula de elección de foro no exclusiva, si la intención de las partes que la acuerdan es evitar procedimientos paralelos una vez se haya iniciado un proceso ante uno de los tribunales convenidos<sup>5</sup>.

## III. LOS CASOS

La respuesta tradicional a los supuestos de violación de acuerdos de elección de foro en el Reino Unido ha sido el *stay of proceedings*, si la cláusula es a favor de una jurisdicción extranjera, o emitir una *antisuit injunction*, si es a favor de la propia<sup>6</sup>. Sin embargo, hay excepciones: ahora bien, con la salvedad de una decisión de 1928<sup>7</sup>, que curiosamente no se cita como precedente de cara al otorgamiento de daños<sup>8</sup>, la casuística inglesa data toda de los últimos nueve años. Por otra parte, no todos los supuestos que se citan incluyen en su fallo la idea de que cabe indemnización por ruptura de un pacto sobre la jurisdicción (esto es, las afirmaciones que se hacen son *obiter dicta*); y, en fin, si la práctica confirma tal idea, quedan aún en el aire otras cuestiones de interés, como es la relativa a qué cabe recuperar. Acerca del principio del derecho a daños son claros los casos *Union Discount Co v. Zoller*<sup>9</sup>, *A/S D/S Svebdtorg v. Akar*<sup>10</sup> o *Sunrock Aircraft Corp Ltd v. Scandinavian Airline Systems Denmark-Norway-Sweden*<sup>11</sup>, mientras que del derecho a indemnización por violación de un pacto de elección de foro se habla en *A v. B*<sup>12</sup> sólo para proporcionar apoyo indirecto a una reclamación relacionada con un compromiso arbitral. En otro de los supuesto que

<sup>4</sup> K. Takahashi, "Damages for Breach of a Choice-of-Court Agreement", *YPIL*, 2008, pp. 57-91, *esp.* p. 59.

<sup>5</sup> P. Mankowski, "Ist eine vertragliche Absicherung von Gerichtsstandsvereinbarungen möglich?", *IPRax*, 2009, pp. 23-35, *esp.* p. 24.

<sup>6</sup> Sobre la misma tendencia en EEUU, D. Tan, "Damages for Breach of Forum Selection Clauses, Principled Remedies, and Control of International Civil Litigation", *40 Tex. Int'l.L.J.* 623 (*Texas International Law Journal*, 2005), pp. 628-631.

<sup>7</sup> *Ellerman Lines Ltd v. Read*, [1928] 2 KB 144.

<sup>8</sup> A. Briggs, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford University Press, 2008, 8.05 y 8.06.

<sup>9</sup> [2002] 1 WLR 1517.

<sup>10</sup> [2003] EWHC 797.

<sup>11</sup> [2007] EWCA Civ 882.

<sup>12</sup> [2007] 1 Lloyd's Rep 358.

habitualmente se citan, *Donohue v. Armco Inc.*<sup>13</sup>, no hubo en realidad lugar a decidir sobre si la responsabilidad por ruptura del acuerdo de elección posee base legal; es la doctrina la que interpreta la actitud del tribunal como una aceptación implícita, “as almost too plain to call for detailed analysis”, de que la violación del acuerdo genera un derecho a daños<sup>14</sup>. Finalmente, en el caso *National Westminster Bank plc v. Rabobank Nederland*<sup>15</sup>, el compromiso de las partes era en realidad el de no plantear ninguna acción en relación con ciertos hechos y asuntos.

En España, como hemos dicho, la primera decisión sobre los daños causados por ruptura de un acuerdo de elección de foro en el ámbito internacional es la del TS de 12 de enero de 2009. Es cierto que como antecedente cabe citar la STS de 23 de febrero de 2007: pero, como dijimos en otro lugar<sup>16</sup>, no hubo reflexión del Tribunal a propósito del punto que interesa, ni, probablemente, conciencia de su problemática específica.

#### **IV. DUDAS EN TORNO AL DERECHO A REPARACIÓN: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA**

Existen en la praxis y en la doctrina dudas que ayudan a comprender por qué el derecho a indemnización ha tardado tanto tiempo en abrirse camino en materia de ruptura de pactos de elección de foro. La primera de las dificultades que ha debido ser salvada radica en la negativa a derivar efectos sustantivos de una cláusula, como es la de elección de foro, cuya finalidad primera es procesal; en otras palabras, se trata del viejo debate sobre la naturaleza procesal o material del acuerdo de elección de foro. La divergencia de posturas está claramente representada en la STS de 12 de enero de 2009, frente a las de primera instancia y apelación subyacentes. En estas encontramos afirmaciones como las que siguen: el pacto es “adjetivo o procesal”; “su incumplimiento no dará lugar a incumplimiento del contenido negocial del contrato, sino que su infracción, esto es, el no sometimiento de las partes a la sumisión al tribunal que viene prefijado, lleva aparejado un efecto tasado cual es ni más ni menos que, dependiendo de la voluntad de la contraparte (...) que el pleito interpuesto ante juzgado al que las partes no se han sometido no entrará a conocer, sanción esta específica y prevista por la ley para el supuesto incumplimiento”; “quiere con esto expresarse que la ley aplicable y tribunal que debe entrar en juego en caso de controversia no es contrato en sí y por ende su incumplimiento no puede conllevar indemnización conforme a lo previsto en el art. 1101 del Código”. A tales aseveraciones se opone el TS, quien aún reconociendo que el acuerdo es de una naturaleza especial, estima que ha de ser obedecido, señalando expresamente que “el pacto de sumisión a fuero (...) incorporado a una relación contractual como una más de las reglas de conducta a que han de atenerse las partes, genera un deber, aunque pueda entenderse accesorio, cuyo incumplimiento, a efectos de determinar su trascendencia desde el punto de vista de la responsabilidad contractual,

---

<sup>13</sup> [2001] 1 All ER 749.

<sup>14</sup> A. Briggs, 8.09.

<sup>15</sup> [2007] EWCH 1056.

<sup>16</sup> Vid. <http://conflictoflaws.net/2009/on-the-value-of-choice-of-forum-and-choice-of-law-clauses-in-spain/>. También S. Álvarez González, “Nota” en *REDI*, 2008-2-Pr, pp. 219-221.

debe valorarse en relación con la significación que el incumplimiento defectuoso pueda tener en la economía de la relación obligatoria (...); “desde esta perspectiva, la elección de Derecho aplicable y del fuero competente pueden haber sido decisivos, en el caso, para la voluntad de establecer la relación, con clara trascendencia en la economía contractual”.

En la línea apuntada por el TS se mueven también los autores españoles para quienes los acuerdos de elección de foro “tienen un componente contractual que genera una obligación procesal para las partes”, y el interesado ostenta derecho al cumplimiento en especie: si una parte acude a un tribunal no elegido, la otra “tiene derecho a que dicho tribunal se declare incompetente (...) y, además, a una compensación de los daños y perjuicios ocasionados”<sup>17</sup>. A una doble naturaleza, sustantiva y procesal, aluden también autores en el extranjero, señalando que si para ciertas cuestiones, como es la de si el pacto confiere o no competencia, procede la calificación procesal, para otras se impone la sustantiva: así ocurre con la válida formación del acuerdo, el efecto sobre él del engaño o la amenaza, o en qué circunstancias (y con qué alcance) cabe derivar daños en caso de violación<sup>18</sup>. A esta última pregunta se ha respondido afirmativamente argumentando que si los tribunales otorgan daños por ruptura de contrato de manera habitual, no hacerlo cuando el acuerdo violado es uno sobre elección de foro generaría asimetría en el derecho a indemnización<sup>19</sup>. Postura más matizada es la de quienes reconocen la aptitud del pacto de elección de foro para producir una obligación, pero niegan que la misma nazca automáticamente del acuerdo: ello depende de la voluntad de las partes en cada caso<sup>20</sup>.

Más allá de los razonamientos teóricos<sup>21</sup>, los defensores del derecho a reparación por violación del acuerdo de elección de foro alegan sus ventajas prácticas<sup>22</sup>. En primer lugar, como instrumento de refuerzo de las cláusulas de elección de foro tal derecho alimenta las bondades que se predicán de estas en términos de seguridad jurídica. Por otra parte, la posibilidad de reclamar indemnización es también un útil para proteger la economía del contrato: el acuerdo de elección figura como elemento en la negociación, y debe ser respetado a fin de no frustrar las expectativas económicas de cada parte.

<sup>17</sup> M. Virgós Soriano, F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, 2007, 9.48.

<sup>18</sup> K. Takahashi, pp. 67-68.

<sup>19</sup> D. Tan, p. 637.

<sup>20</sup> Refiere esta postura en la doctrina alemana P. Mankowski, pp. 26-27; la idea enlaza con la propuesta de acompañar la cláusula de elección con otro pacto expreso conteniendo la obligación de reparar daños en caso de violación de aquella (pp. 32-33).

<sup>21</sup> Algún autor ha manejado también la analogía con las cláusulas de elección de ley, combinada con la idea de que los jueces no están obligados a respetar el compromiso entre las partes sobre el Derecho aplicable: D. Tan, N. Yeo, “Breaking Promises to Litigate in a Particular Forum: are Damages an Appropriate Remedy?”, *LMCLQ*, 2003, pp. 435-444, esp. p. 437. El argumento se responde rápidamente (*vid.* D. Tan, p. 651): de entrada, no hay certeza acerca de que violación del pacto de *electio iuris* no derive en derecho a indemnización. En segundo lugar, y sobre todo, la analogía entre ambos tipos de acuerdo es discutible: la violación del pacto de elección de foro se origina necesariamente en el comportamiento de una de las partes; en cambio, su responsabilidad en la decisión judicial de no aplicar el ordenamiento elegido es dudosa.

<sup>22</sup> Un resumen de los argumentos en D. Tan, pp. 638-650.

Además, permite luchar contra el *forum shopping* oportunista: bajo la amenaza de ser condenadas al pago de daños las partes se sienten menos libres para interponer la acción en cualquier parte. Se añaden a lo anterior razones basadas en la comparación entre la indemnización y otros mecanismos de respuesta frente a la violación del acuerdo sobre el foro, como pueden ser las *antisuit injunctions*: una indemnización resulta menos agresiva y más flexible (cabe jugar con el montante de daños, mientras que la orden *antisuit* o es obedecida, o no lo es), y más fácil de ejecutar<sup>23</sup>; permite conciliar intereses públicos y privados (sería el caso de un tribunal distinto del elegido, que entiende que la cláusula a favor de otro es válida y genera obligación entre las partes, pero opta por seguir conociendo por razones como la conexión con otro litigio ya ante él, o porque la cláusula no vincula más que a ciertas partes ante él; la atribución de indemnización a la otra parte del acuerdo tiene a reequilibrar todos los intereses en juego). Finalmente, algún autor ha esgrimido argumentos a favor de la reparación en el contexto específico de los contratos de consumo: se parte de que estos contratos suelen incluir un acuerdo de elección de foro que el consumidor, en tanto que parte débil, no ha podido negociar, y que en general le obligan a plantear la demanda fuera de su domicilio; en muchas ocasiones este hecho y los gastos que supone le llevarán a renunciar a la acción; si se le permite en cambio acudir a un foro diferente del pactado, aunque sea pagando por ello (en concepto de daños y perjuicios) a la otra parte, se le devuelve un control sobre su acción, que le había sido arrebatado en el momento de conclusión del contrato<sup>24</sup>.

Pero no todos los argumentos derivados de la práctica juegan a favor de asociar indemnización a la violación del acuerdo de elección de foro. En contra se apuntan, entre otros, los que siguen: la dificultad para calcular el montante de los daños; y la cortesía (*comity*) que es debida a la jurisdicción extranjera<sup>25</sup>. Lo primero enlaza con la idea de que la indemnización debe colocar a la parte afectada en la situación en la que se hallaría de no haber tenido lugar la violación de la cláusula; en el caso de que el proceso ante el tribunal no elegido haya finalizado con una decisión en cuanto al fondo, esto implica la necesidad de imaginar cuál habría sido el resultado de un proceso que se hubiera sustanciado ante el tribunal elegido: la indemnización será la diferencia entre la decisión que se habría obtenido en el foro pactado, y la emanada del que ha sido llamado contra la previsión de la cláusula<sup>26</sup>. La operación supone, por tanto, jugar con

---

<sup>23</sup> A. Briggs, "Anti-suit Injunctions and Utopian Ideals", *LQR*, 2004, pp. 529-533 (cit. A. Briggs, 2004), en el marco europeo; pp. 531-532; D. Tan, N. Yeo, pp. 435-444, *esp.* p. 438; K. Takahashi, pp. 82-83.

<sup>24</sup> N. Shantar, "Forum Selection Clauses: Damages in Lieu of Dismissal?", *82 BULR 1063 (Boston University Law Review)*, 2002, pp. 1063-1089). El consumidor deberá compensar "the other party's expectation interest in the clause" (p. 1079). Para el autor, el profesional no tiene un verdadero interés en un cumplimiento específico de la cláusula (pp. 1081-1083); su única preocupación es la general del ahorro (p. 1084). El consumidor satisface este interés a través de la indemnización al profesional de lo gastado en litigar en un foro diferente del pactado.

<sup>25</sup> Añade P. Mankowski, p. 28, la eventualidad de la insolvencia de la empresa que deba hacer frente a demandas negativas de responsabilidad por parte clientes poco escrupulosos. C. Ambrose, "Can anti-suit injunctions survive European Community Law?", *ICLQ*, 2003, pp. 401-424, *esp.* p. 416, se refiere al efecto negativo de la multiplicidad de procedimientos y al riesgo de decisiones inconciliables (la de fondo del tribunal no elegido, y la de indemnización del tribunal elegido).

<sup>26</sup> D. Tan, N. Yeo, p. 438; D. Tan, pp. 653-654.

hipótesis<sup>27</sup>, y su dificultad se aprecia a simple vista. Frente a esto, ha señalado con acierto la doctrina anglosajona (y es válido también para el Derecho español), que en esta como en otras materias la simple dificultad a la hora de cuantificar los daños no basta como motivo para negar el principio del derecho a ellos<sup>28</sup>.

El argumento de la cortesía internacional o *comity*, sugerido por algunos autores<sup>29</sup>, se presenta en realidad bastante débil: por la propia vaguedad del concepto, que impide concretarlo en directrices para el operador jurídico<sup>30</sup>; y porque no está claro de qué forma el otorgamiento de daños a un particular por el comportamiento indebido de otro es una interferencia en la jurisdicción extranjera. Se ha señalado que decidir sobre el derecho a daños y su montante, cuando la jurisdicción no elegida ha optado por seguir conociendo del caso y ha dictado resolución en cuanto al fondo, equivale a afirmar que el juez extranjero está equivocado, o a negar o revocar su decisión<sup>31</sup>. A ello se ha respondido indicando que otorgar la indemnización no equivale a emitir un juicio sobre si el tribunal no elegido posee o no jurisdicción, o acerca de su decisión en cuanto al fondo; el demandante de los daños no precisa alegar error en la actuación del juez extranjero, sino en la de la parte contraria; la decisión sobre daños sólo requiere comparar lo que ha sucedido con lo que habría ocurrido de no haberse producido la violación de la cláusula<sup>32</sup>.

## V. LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS. CUESTIONES DE SU PUESTA EN PRÁCTICA (I)

A la hora de interponer la demanda de indemnización surgen una serie de preguntas prácticas: ante qué jurisdicción hacerlo; qué ley será la aplicable. Con carácter previo surge la duda sobre la calificación de la materia: excluida la procesal, ¿es contractual, o es extracontractual?

### 1. La calificación de la violación del acuerdo

En su sentencia de 12 de enero de 2009 el TS español se pronunció claramente por la naturaleza contractual de los daños<sup>33</sup>; y a juicio de la doctrina española, no parece que la jurisprudencia española sobre el abuso del *ius litigandi* pueda ocupar el lugar del

<sup>27</sup> Se complica aún más si el proceso extranjero (ante el Tribunal no elegido) aún está abierto en el momento en que se lleva a cabo la cuantificación de daños ante la jurisdicción seleccionada; si bien en este caso también cabría sostener que el daño aún no se ha materializado (K. Takahashi, p. 85).

<sup>28</sup> D. Tan, pp. 655-656.

<sup>29</sup> D. Tan, N. Yeo, p. 439; D. Tan, pp. 657-658; L. Merret, "The Enforcement of Jurisdiction Agreements within the Brussels Regime", *ICLQ*, 2006, 315-336, *esp.* pp. 321- 324; K. Takahashi, p. 78; A. Briggs, 8.58.

<sup>30</sup> D. Tan, pp. 657-658; K. Takahashi, p. 78; *vid.* no obstante su opinión matizada, en p. 79, y pp. 80-81.

<sup>31</sup> C. Ambrose, p. 415, para lo primero, y D. Tan, N. Yeo, p. 439; T. Takahashi, p. 80, para lo segundo.

<sup>32</sup> A. Briggs, 8.58.

<sup>33</sup> Sin descartar no obstante otras calificaciones: como señala S. Álvarez González, "The Spanish Tribunal Supremo grants Damages for Breach of a Choice-of-Court Agreement" (pendiente de publicación) respondió en términos prácticos, dejando abierto el tema para otros supuestos.

fundamento contractual en los supuestos de ruptura de una cláusula de jurisdicción<sup>34</sup>. En cambio, la propuesta de una justificación extracontractual del derecho a daños derivado de la violación de un pacto de elección de foro se puede encontrar entre los autores estudiosos del sistema inglés<sup>35</sup>. La proposición se desenvuelve en términos muy precisos: se parte de que el derecho a daños es una obligación secundaria, que sólo existe en la medida en que haya una obligación primaria cuya violación justificaría el derecho a indemnización. Para establecer si del pacto de elección de foro nace una obligación primaria se analiza la analogía entre él y las cláusulas de arbitraje, que constituyen “a collateral contract with distinct primary and secondary obligations of its own”<sup>36</sup>. Se concluye que tal analogía no concurre, por virtud del diferente alcance de la autonomía de la voluntad en cada caso: su rol es absoluto tratándose del acuerdo de arbitraje, y sólo relativo si se trata del pacto de elección de foro; este no basta por sí solo para fundar la competencia de determinados tribunales, presumiblemente porque la jurisdicción es una función del poder soberano del Estado; mientras los árbitros derivan su poder exclusivamente de la voluntad de las partes, no sucede lo mismo con los jueces<sup>37</sup>. Excluida la base contractual para el otorgamiento de daños por ruptura de la cláusula de elección de foro, se busca su fundamento entre los *torts*<sup>38</sup>.

## **2. La competencia judicial**

Hablando en general (esto es, sin tomar como referente un ordenamiento en especial<sup>39</sup>) cabe pensar en primer término en la competencia de dos tribunales: el elegido por las partes, o aquel ante el cual se ha presentado la demanda en violación de la cláusula. La primera solución ha sido defendida por la doctrina española<sup>40</sup>. Cabe añadir que en caso de que no se acepte (esto es, si se entiende que la cláusula no cubre los litigios a propósito de ella misma), la demanda ante el tribunal pactado para la relación principal sería posible también a partir de una calificación contractual de la materia, a título de ley del lugar del cumplimiento de la obligación litigiosa; en cuanto a la calificación extracontractual, conduciría al tribunal no elegido ante el que se ha planteado la demanda como lugar del hecho dañoso. Para algún autor, la competencia de esta jurisdicción podría también apoyarse en una sumisión tácita del ahora demandado, ya que compareció ante ella en tanto que demandante<sup>41</sup>. Finalmente, y al margen de cualquier calificación del objeto del litigio, la competencia podría atribuirse a cualquier

<sup>34</sup> S. Álvarez González, pendiente de publicación. El mismo autor señala que sí es posible acudir a esta jurisprudencia cuando no medie pacto y se produzca una demanda temeraria y sin base ante los tribunales de un Estado con el que el caso no posee más vinculación que la voluntad del demandante.

<sup>35</sup> Se ha sugerido también en Alemania: B. Steinbrück, “The Impact of EU Law on Anti-Suit Injunctions in Aid of English Arbitrations Proceedings”, *CJQ (Civil Justice Quarterly)*, 2007, pp. 358-375, npp. núm. 45, siguiendo a Th. Pfeiffer.

<sup>36</sup> C. Ho Tham, “Damages for Breach of English Jurisdiction Clauses: More than Meets the Eye”, *LMCLQ*, 2004, pp. 46-71, esp. p. 52.

<sup>37</sup> C. Ho Tham, pp. 50-56; A. Briggs, 8.52.

<sup>38</sup> K. Takahashi, p. 68; C. Ho Tham, pp. 60-65 alude al *tort of malicious prosecution*, y al *tort of unlawful interference with trade or business*.

<sup>39</sup> Y dejando al margen la posible aplicación de los instrumentos de derecho procesal civil internacional comunitarios: sobre el Reglamento (CE) núm. 44/01, *vid.* npp. núm. 61.

<sup>40</sup> M. Virgós Soriano, F.J. Garcimartín Alférez, p. 301.

<sup>41</sup> K. Takahashi, p. 71.

jurisdicción (la pactada, aquella que ha conocido efectivamente, o cualquier otra) por vía de sumisión tácita; y a una tercera (ni la pactada, ni aquella ante la cual se ha planteado la demanda en violación del acuerdo) en virtud del domicilio del demandado. No obstante, respecto del primer caso se ha puesto en duda que haya interés suficiente de los tribunales para conocer del asunto; y sobre el último caso se ha dicho que supone en sí mismo una violación del pacto de elección de foro<sup>42</sup>.

La pregunta sobre la competencia judicial no se planteó ante el TS español, cuyo conocimiento del caso, de cualquier manera, se explica en tanto que era el tribunal elegido.

### 3. La ley aplicable

Sentada la calificación material de la cláusula de elección de foro y de la pretensión de daños ligada a su violación, cuestiones tales como cuáles son los daños indemnizables, su cálculo, la apreciación del vínculo de causalidad, o la incidencia de la concurrencia de culpas, dependen del Derecho aplicable. La doctrina apunta varias alternativas - en general, sin referencia a ningún ordenamiento en concreto: para la calificación contractual, la ley del contrato principal o la propia del acuerdo de elección de foro; de retenerse la calificación extracontractual, la ley del lugar del hecho dañoso<sup>43</sup> o la más estrechamente vinculada; al margen de cualquier calificación, la ley del foro prorrogado<sup>44</sup>. De entre estas posibilidades hay quien descarta la ley del foro, porque su alcance no debería rebasar los aspectos procesales de la cláusula; y, en el caso de la calificación contractual, la ley del contrato principal, atendiendo a la autonomía de la cláusula respecto a él; en su lugar se prefiere la ley del foro, pero llegando a ella como ley que presenta los vínculos más estrechos<sup>45</sup>.

En la decisión del TS español de 12 de enero de 2009 no hubo discusión acerca de la ley aplicable, probablemente porque ambos litigantes apoyaron sus pretensiones en la ley española, produciéndose una elección tácita<sup>46</sup>. De haber surgido el tema, la primera cuestión que habría debido ser solventada habría sido la de la aplicabilidad del Reglamento (CE) núm. 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma I, para la calificación contractual, y del Reglamento (CE) núm. 864/2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, para la extracontractual, por virtud del carácter universal de ambos instrumentos. La respuesta negativa se deriva de la exclusión expresa en el arts. 1.2 Roma I y (aunque con menos seguridad) del art. 1.3 Roma II<sup>47</sup>. A partir de aquí la doctrina española defiende la

<sup>42</sup> A. Briggs, 8. 59 y 8.60 respectivamente.

<sup>43</sup> Que será la del foro prorrogado, como lugar del daño, o la del tribunal no elegido ante el que efectivamente se planteó la demanda, como lugar del hecho dañoso.

<sup>44</sup> A. Briggs, 8.54; K. Takahashi, p. 68; P. Makowski, p. 28.

<sup>45</sup> P. Mankowski, p. 28.

<sup>46</sup> S. Álvarez González, pendiente de publicación.

<sup>47</sup> La exclusión del Reglamento Roma I remonta a la que hacía el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Como explica el *Informe Giuliano-Lagarde*, constatadas las diferencias de opiniones entre Estados acerca de la calificación de la cláusula -procesal, material-, se optó por la no inclusión para evitar dificultades a la hora de la ratificación del Convenio. A nuestro juicio, esta



aplicación analógica de las soluciones conflictuales presentes en los instrumentos comunitarios, alegando su mayor eficiencia frente a las que derivarían del art. 10.5 Cc (para la calificación contractual) y el art. 10.9 Cc (para la calificación extracontractual)<sup>48</sup>.

## **VI. LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS. CUESTIONES DE SU PUESTA EN PRÁCTICA (II)**

Nos referimos bajo este epígrafe<sup>49</sup> al peso que sobre la decisión de daños tiene el hecho de que otra jurisdicción haya sido llamada a conocer, y se haya pronunciado de forma explícita, o implícitamente en su juicio acerca de su propia competencia, sobre la cláusula<sup>50</sup> o, incluso, sobre el fondo del asunto. Resumiendo y simplificando las opiniones doctrinales más relevantes relativas a este punto<sup>51</sup>, cabe decir que el dilema puede presentarse en varias formas. De entrada, cuando los tribunales en juego mantienen la opinión de que la cláusula de elección es válida, lo que hay que establecer es la relevancia de un pronunciamiento del tribunal no elegido acerca de las costas procesales (hasta qué punto absorbe la decisión sobre los daños); en el supuesto de que haya recaído un juicio en cuanto al fondo, hay que resolver si quien demanda indemnización tiene derecho a recuperar todas las sumas que ha debido invertir para defenderse en el foro extranjero. Cuando la opinión sobre el acuerdo de los distintos tribunales es opuesta, es preciso preguntarse hasta qué punto la decisión extranjera que afirma (de forma expresa o implícita) que no ha habido ruptura del pacto desplaza el derecho a daños ante otra jurisdicción.

Siguiendo lo anterior, a efectos expositivos vamos a separar tipos de casos:

---

es una actitud de prudencia que no implica la calificación autónoma del pacto de elección entre las cuestiones procesales; en realidad no hay toma de postura en torno al tema. En el contexto del Reglamento Roma II, en cambio, dada la redacción del art. 1.3, es imperativo optar por una u otra calificación. Parte de que el Reglamento es aplicable C.H. Tham, p. 66; constata la incertidumbre sobre este punto K. Takahashi, p. 68, npp. núm. 59. Sobre la calificación como sustantiva o procesal en el ámbito de los Reglamentos *vid.* el reciente trabajo de M. Illmer, "Neutrality Matters- Some Thoughts about the Rome Regularions and the So-Called Dichotomy of Substance and Procedure in European Private International Law", *CJQ*, 2009, pp. 237-260.

<sup>48</sup> M. Virgós Soriano, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I., vol. 2, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 629-630, en relación con el Convenio de Roma de 1980; S. Álvarez González, pendiente de publicación, npp. núm. 9, para el Reglamento Roma I; y npp. núm. 12, para el Reglamento Roma II.

<sup>49</sup> En el que de nuevo, no hacemos referencia a la reacción de un sistema jurídico concreto. En todo caso queda al margen de las reflexiones el supuesto en que los Estados implicados son dos de la UE y resulta aplicable uno de los instrumentos de derecho procesal civil comunitario.

<sup>50</sup> Presupuesto de las letras A) y B) de este apartado es que tal pronunciamiento rebase (o pueda entenderse que lo hace) el ámbito meramente procesal, ya que en otro caso no sería susceptible de producir efectos fuera del propio proceso. Tanto en A) como en B) y C) se parte de que se llevan a cabo los actos precisos (por ejemplo, la solicitud de reconocimiento) para que una resolución extranjera tenga valor en otro foro.

<sup>51</sup> Especialmente K. Takahashi, pp. 71-76; A. Briggs, 8.15-8.46.

A) El primer grupo comprende las situaciones en que la jurisdicción paralela considera, lo mismo que el tribunal a favor del cual se ha pactado el acuerdo, que este es válido. En este contexto la jurisdicción no elegida puede actuar de diferentes maneras: puede inhibirse, sin más, en particular sin decisión sobre costas; inhibirse, pero con condena en costas; o continuar conociendo del asunto, impulsada por razones como la conexidad con otro litigio suscitado también ante él, o porque la cláusula en cuestión no vincula a todos los sujetos a los que afecta el litigio. Ejemplo real de lo primero es el caso inglés *Union Discount Co v. Zoller*, en el que el tribunal paralelo (americano) carecía de poderes procesales para resolver sobre las costas: la *Court of Appeal* inglesa (foro elegido) estableció con claridad que la decisión autorizando la acción por ruptura de contrato (violación de la cláusula) no choca con la extranjera; la resolución del tribunal no elegido en materia de costas no afecta a nada de lo debatido ante el foro acordado. Esta misma idea vale para la segunda de las situaciones descritas. De ella es ejemplo la STS de 12 de enero de 2009: en oposición a las opiniones del demandante en EEUU (el demandado en España) y al Tribunal de Primera Instancia, que califican los daños reclamados como “costas”, el TS, partiendo de que los conceptos son distintos<sup>52</sup>, opta por calificar como daños “consecuencia causal del incumplimiento de la cláusula de sumisión” tanto los honorarios de abogados y otros gastos que en América no tienen la consideración de costas, como “los gastos que soportan esta calificación”. A juicio del TS, además, “La decisión de aquellos Tribunales [los americanos] de no imponer las costas produce efectos en el terreno procesal, pero no es óbice para la reclamación de los daños por razón del incumplimiento contractual en un procedimiento ad hoc (...)”. El TS concede, no obstante, cierto peso a las costas recaídas en el extranjero, cuando a renglón seguido añade “(...) en el que la estimación de costas por el Tribunal de los Estados Unidos de América no hubiera tenido otro efecto que la disminución de la cantidad susceptible de ser reclamada”<sup>53</sup>. Resumiendo, la decisión sobre costas no resuelve el asunto de los daños; pero sí puede influir en la cantidad final a indemnizar. Finalmente, para el supuesto en que todos los tribunales en juego coincidan en la validez del acuerdo de elección, pero el tribunal no elegido siga adelante con el proceso hasta fallar en contra de la parte que no respetó la cláusula, opina la doctrina que el demandante de daños debe tener derecho a recuperar lo invertido en la defensa en el extranjero, deduciendo de este montante lo que hubiera debido invertir en defenderse si el proceso hubiera tenido lugar ante el tribunal convenido<sup>54</sup>.

B) En el segundo grupo de casos, el tribunal extranjero es de la opinión (expresa o tácita) de que la acción planteada ante él no supone violación de la cláusula de elección. La decisión de otro foro de otorgar daños está en contradicción abierta. Ahora bien, en realidad tal contradicción sólo se manifestará si la sentencia extranjera llega a tener valor de cosa juzgada en el foro. En la medida en que ello dependa de un

---

<sup>52</sup> Otra cosa es que su finalidad pueda recortarse en parte. El TS realiza una afirmación en este sentido (“la reclamación de las costas ante los tribunales americanos ha de entenderse como producto de la pretensión de resarcirse parcialmente de los daños sufridos”); y ello es lo que permite calcular el montante de la indemnización deduciendo la condena en costas: *vid.* texto.

<sup>53</sup> En el mismo sentido A. Briggs, 8.18, 8.20. Se parte de la idea de que el demandante de daños debe ser devuelto a la posición en que estaría si la violación del pacto no hubiera tenido lugar.

<sup>54</sup> A. Briggs, 8.25.

reconocimiento previo, y este de la superación de unas condiciones entre las que se cuente un control de competencia de cierta envergadura, puede ocurrir que nunca se experimente en la práctica la mencionada incompatibilidad. Así lo entiende doctrina inglesa en los supuestos en que a la homologación de la sentencia extranjera deba aplicarse lo previsto en la Jurisdiction and Judgments Act 1982, s. 32 (3), conforme al cual un tribunal inglés debe rechazar el reconocimiento de la sentencia extranjera obtenida en violación de un acuerdo de elección de foro<sup>55</sup>. Lo mismo ha señalado la doctrina alemana apoyándose en el par. 328 ZPO<sup>56</sup>; y la española, al amparo de la LEC 1881<sup>57</sup>.

C) La doctrina habla todavía de un tercer caso, diferente a los descritos bajo A) y B): aquel en que el foro paralelo estima que el pacto de elección de foro no le priva de jurisdicción, en un análisis limitado a establecer que el acuerdo no despliega su efecto procesal típico porque no responde a las condiciones del régimen jurídico aplicable *in casu* (por ejemplo, el previsto en un convenio entre los Estados de las jurisdicciones en juego). En otras palabras, la decisión no se pronuncia acerca de si el pacto es válido o inválido en sentido material, ni acerca de si ha sido o no violado; no habrá, pues, contradicción con la sentencia de otro foro que otorgue indemnización por ruptura del acuerdo<sup>58</sup>.

## **VII. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS EN EL ESPACIO JUDICIAL COMUNITARIO**

La posibilidad de proteger una cláusula exclusiva<sup>59</sup> de elección de foro mediante el otorgamiento de daños presenta un interés especial en el contexto presidido por el Reglamento (CE) núm. 44/01, Bruselas I, sobre competencia y reconocimiento en materia civil y mercantil, una vez recaída la jurisprudencia del TJCE en el as. C-116/02, de 9 de diciembre de 2009, *Gasser*, y en el as. C-159/02, de 27 de abril de 2004, *Turner*. Como es sabido, en virtud del primero el TJCE ha excluido la preferencia del art. 23 del Reglamento sobre el art. 27, relativo a la litispendencia: “El artículo 21 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 debe interpretarse en el sentido de que el Tribunal ante el que se ha formulado la segunda demanda y cuya competencia ha sido alegada invocando una cláusula atributiva de competencia debe suspender el procedimiento hasta que el Tribunal ante el que se interpuso la primera demanda se

---

<sup>55</sup> A. Briggs, 8.29, 8.36, 8.43.

<sup>56</sup> P. Mankowski, p. 31, para el pacto sobre la competencia exclusiva de la jurisdicción alemana.

<sup>57</sup> M. Virgós Soriano, F.J. Garcimartín Alférez, 21.27, 22.35.

<sup>58</sup> El supuesto es contemplado por A. Briggs, 8.64, 8.70, en relación con el marco comunitario (las jurisdicciones concernidas son ambas de Estados miembros de la UE, y la cláusula ha de valorarse a la luz del art. 23 Reglamento núm. 44/01). En nuestra opinión, es dudoso que una resolución de estas características sea susceptible de reconocimiento, dado su tipo meramente procesal (con todo, en el contexto europeo sí se entiende que las resoluciones sobre la propia competencia judicial despliegan un *efecto especial de vinculación* derivado del sistema: M. Virgós Soriano, F.J. Garcimartín Alférez, 21.14). Por otra parte, la separación que el autor opera entre la eficacia del pacto a efectos procesales y materiales resulta artificial.

<sup>59</sup> U otra de la tipología señalada en el aptdo II.

declare incompetente”. El segundo declara la no compatibilidad entre las *anti-suit injunctions* y el sistema, eliminando, en consecuencia, una de las armas típicas de protección de los acuerdos de elección de foro.

Así las cosas, se comprende la importancia de poder reclamar los daños derivados de la violación de los acuerdos. Demuestra esta trascendencia el hecho de que en el Libro Verde para la reforma del Reglamento (CE) núm. 44/2001, la tercera pregunta sea relativa a la manera de reforzar los pactos de elección de foro en la Comunidad, ofreciéndose como respuesta posible la de sancionar su violación con una indemnización de daños<sup>60</sup>. Esta posibilidad es *lege ferenda; de lege lata*, hay posturas más escépticas frente a otras optimistas<sup>61</sup>. Para las primeras hay dudas y dificultades basadas, una vez más (como en las *anti-suit injunctions*<sup>62</sup>), en fundamentos del sistema, que apuntan a una incompatibilidad genérica entre este y el remedio nacional. En este sentido se esgrimen como obstáculos esenciales el riesgo de contradicción de decisiones<sup>63</sup>, y la posible colisión con la confianza mutua, afectada en la medida en que la acción por los daños lleva consigo (se dice) un veredicto acerca de la incompetencia del Tribunal no elegido<sup>64</sup>; o también, porque en todo caso la acción “has at its heart the complaint that the foreign court should not have been asked to adjudicate and, for that reason, should not have adjudicated”, y esto es algo que el sistema no tolera<sup>65</sup>. Para los autores optimistas, el hecho de que un tribunal ejerza su jurisdicción en contra de lo previsto en un acuerdo de elección de foro no encierra necesariamente una respuesta a la pregunta de si un acuerdo privado entre las partes acerca de dónde demandar ha sido roto, dando lugar a una indemnización; dicho de otra manera, la cuestión permanece en el ámbito de lo privado, y no afecta al Reglamento tal y como es interpretado por el TJCE<sup>66</sup>.

En la práctica el problema se traduce en forma de pregunta sobre el peso de la decisión sobre la cláusula por parte del foro no elegido sobre la demanda de indemnización en otro foro: un peso que se experimenta inmediatamente como consecuencia del reconocimiento automático propio del régimen comunitario, y que es más difícil eludir que en otros regímenes, por mor de las condiciones que deben ser superadas. En este contexto la posibilidad de que un Estado miembro otorgue daños por la violación de una

<sup>60</sup> COM(2009) 175 final, de 21 de abril de 2009. En el momento en que se escriben estas páginas no se han publicado aún las respuestas al Libro Verde en la página [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/news\\_consulting\\_0002\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0002_en.htm).

<sup>61</sup> Como señala J. Mance, “Exclusive Jurisdiction Agreements and European Ideals”, *LQR*, 2004, pp. 357-365, *esp.* p. 363, sólo cabe especular. De admitirse la acción el propio Reglamento ofrecería los criterios para determinar el Tribunal competente; la calificación, a la vista del as. C-26/91, de 17 de junio de 1992, *Handte*, sería contractual (al menos en los casos más sencillos, en los que demandante y demandado son las partes directamente firmantes de la cláusula).

<sup>62</sup> Según P. Mankowski, p. 30, por el mismo motivo: tanto la *anti-suit injunction* como la indemnización son mecanismos de protección de una pretensión original (la de no demandar ante una jurisdicción distinta de la elegida) inadmisibles desde la perspectiva del sistema comunitario.

<sup>63</sup> C. Ambrose, p. 416; L. Merret, pp. 334-335; A. Briggs, 2004, p. 532. *Vid.* opinión contraria en P. Mankowski, p. 31.

<sup>64</sup> P. Mankowski, p. 29. *Vid.* la opinión contraria de A. Briggs, 2004, p. 532.

<sup>65</sup> A. Briggs, 8.70; P. Mankowski, p. 30.

<sup>66</sup> L. Merret, p. 333; A. Briggs, 8.64, 8.69-8.73.

cláusula de elección desaparece si ya otro Estado se ha pronunciado (de manera implícita o explícita) sobre la cláusula, considerándola inválida<sup>67</sup>. Para este supuesto propone aún la doctrina reclamar daños desde la responsabilidad extracontractual<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> *Vid.* no obstante *supra*, npp. núm. 58, la opinión que disocia eficacia procesal y obligacional del pacto.

<sup>68</sup> A. Briggs, 8.75.