

ACCIONES DECLARATIVAS NEGATIVAS Y *FORUM DELICTI COMMISSI*. ¿GALGOS O PODENCOS?: LA LITISPENDENCIA  
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA  
(SALA PRIMERA) DE 25 DE OCTUBRE DE 2012.  
*FOLIEN FISCHER AG Y FOFITEC AG CONTRA RITRAMA SPA*

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES  
*Catedrática de Derecho internacional privado*  
*Universidad de Extremadura*

Recibido: 17.01.2013 / Aceptado: 22.01.2013

**Resumen:** La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012, en el asunto C-133/11, *Folien Fischer AG y AG contra Ritrama SpA* establece la aplicación del *forum delicti commissi* del art. 5.3 del Reglamento Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil a las llamadas acciones declarativa negativas (*negatives Feststellungsklage*, en la terminología alemana).

**Palabras clave:** acción declarativa negativa, foro del lugar del daño, acción torpedo, litispendencia, objeto del litigio.

**Abstract:** The Court of Justice of the European Union decided that a court may base its jurisdiction in respect of an action for a negative declaration in matters relating to tort, delict or quasi-delict on Article 5(3) of the Brussels I Regulation (ECJ 25 October 2012, C-133/11). According to the Court, if the relevant elements in the action for a negative declaration can show a connection with the State in which the damage occurred or in which the causal event giving rise to that damage took place (or, in the case of a potential tort or delict, the State in which the damage may occur).

**Key words:** negative declaratory action, forum delicti commissi, torpedo action, lis pendens, object of the proceeding.

**Sumario:** I. Introducción. 1. Antecedentes. 2. La cuestión prejudicial. 3. Las Conclusiones del Abogado General. 4. La decisión del TJUE. II. La acción declarativa negativa ¿es una acción torpedo? 1. El objeto de la acción declarativa negativa. 2. Acción declarativa negativa y acción torpedo. III. Conclusiones.

## I. Introducción

1. La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012, en el asunto C-133/11, *Folien Fischer AG y AG contra Ritrama SpA* (en lo sucesivo STJUE *Fofitec*)<sup>1</sup> establece la aplicación del *forum delicti commissi* del art. 5.3 del Reglamento Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil a las llamadas acciones declarativa negativas (*nega-*

<sup>1</sup> Todavía no publicada, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=131552&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=281126>.

*tives Feststellungsklage*, en la terminología alemana; en el Derecho anglosajón *declaratory judgements*, *action en constatation négative* en Francia y en Italia *azione di mero accertamento*). La cuestión había merecido respuestas dispares en sentencias pronunciadas tanto por diferentes tribunales de algún Estado miembro como de distintos Estados miembros<sup>2</sup>.

2. Debate jurisprudencial acompañado de amplia polémica doctrinal, si bien la doctrina mayoritaria se ha pronunciado en el sentido de incluir las acciones declarativas negativas en el ámbito material de aplicación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001<sup>3</sup>. La discusión se ha centrado en dos aspectos esenciales. En primer lugar, el entendimiento de la naturaleza de las acciones declarativas negativas, pues dependiendo de su consideración como acción de responsabilidad extracontractual o no, la respuesta sobre su inclusión en el ámbito material de aplicación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 sería afirmativa o negativa. Desde esta perspectiva, se analiza la noción de materia extracontractual, cuya interpretación autónoma ha generado una rica jurisprudencia del TJUE a partir de la sentencia *Kalfelis*<sup>4</sup>, por la que se perfila para los supuestos en que la demanda se dirija a exigir la responsabilidad de del demandado que no resulte de una relación contractual; doctrina seguida en las sentencias *Reichert*, *Réunionn européenne*, *Handke*, *Tacconi*, *Henkel* y *Frahuil*<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Sin ánimo exhaustivo, vid., en favor de la aplicación del artículo 5, número 3, del Reglamento 44/2001<sup>a</sup> las acciones declarativas negativas, sentencias dictadas en Alemania por el Oberlandesgericht de Düsseldorf el 12 de mayo de 2005 (I-2 U 67/03, nº 34, [www.juris.de](http://www.juris.de)) y el Landgericht de Francfort el 25 de marzo de 2010 (2-03 O 580/08, 2/03 O 580/08, 2/3 O 580/08, 2-3 O 580/08, [www.juris.de](http://www.juris.de)); en los Países Bajos, por el Rechtbank de Breda el 29 de junio de 2011, *Mivena/Geogreen c.s.* (LJN: BR0157); en el Reino Unido, por la High Court of Justice (England & Wales) – Queen’s Bench Division (Commercial Court), *Equitas Ltd and another v Wave City Shipping Co Ltd and others*, LJ (2005) EWHC 923 (Comm); en Italia por la Corte suprema di Cassazione el 17 de octubre de 2002 (n. 14769, *Riv. dir. inter.*, 2003, p. 238) y el Tribunale di Brescia el 11 de noviembre de 1999 (*Riv. Dir. Ind.*, II, p. 236). Vid. también las sentencias del Tribunal federal suizo de 2 de agosto de 1999 (ATF 125 III 346); de 23 de octubre de 2006, *G. GmbH/A. AG und B. AG* (4C.210/2006, ATF 132 III 778), de 23 de octubre de 2006, *F. AG/G. GmbH* (4C.208/2006/len), y de 13 de marzo de 2007 (ATF 133 III 282). Sentencias disponibles en la página del Tribunal de Justicia (<http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/tableau/tableau.htm>), en el apartado «*Information au titre du protocole n° 2 annexé à la Convention de Lugano*», respectivamente, con los nºs 2000/19, 2007/14, 2008/19 y 2008/20. Resoluciones en contra de la aplicación del artículo 5, número 3, del Reglamento 44/2001, en Alemania, vid. Sentencias del Landgericht de Munich de 23 de octubre de 2008 (7 O 17209/07, [www.juris.de](http://www.juris.de)) y del Oberlandesgericht Dresden el 28 de julio de 2009 (14 U 1008/08, [www.juris.de](http://www.juris.de)). Con respecto al foro de competencia similar contenido en el artículo 5, número 3, del Convenio de Bruselas, véase, en Alemania, la sentencia del Oberlandesgericht de Munich de 25 de octubre de 2001 (6 U 5508/00, [www.juris.de](http://www.juris.de)); en los Países Bajos, las sentencias del Gerechtshof’s-Gravenhage de 22 de enero de 1998, *Evans/Chiron* (IEPT19980122), y del Rechtbank’s-Gravenhage de 19 de junio de 2002, *Freelift/Stannah Stairlifts* (NiPR 2002, Afl. 4, nr. 279), y, en Italia, la resolución del Tribunale de Bolonia de 22 de septiembre de 1998 (*Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 754), y las sentencias de la Corte d’appello de Milán de 2 de marzo de 2004 (*Dir. ind.*, 2004, p. 431) y de la Corte suprema di Cassazione de 19 de diciembre de 2003 (n. 19550, *Riv. Dir. Ind.*, 2005, II, p. 162).

<sup>3</sup> Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Comentario al artículo 5.3», en A.L. CALVO CARAVACA (Dir.) Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Madrid, 1994, pp. 119-130, p. 126.; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II, 2008, pp. 12 y s.; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho internacional privado, vol. II, Granada 2012, p. 825; A. LÓPEZ – TARRUELLA MARTÍNEZ, Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual, Madrid, 2008, pp. 100 y ss. ; P. A. DE MIGUEL ASENSIO: «Cross-Border Adjudication of Intellectual Property Rights and Competition between Jurisdictions», *AIDA*, vol. XVI, 2007, pp. 105-154. pp. 121 y s.; C. ORÓ MARTÍNEZ, «Las acciones declarativas negativas y el art. 5.3º del Reglamento Bruselas I», *AEDIPR*, t XI, 2011, pp-185-206, p. 205; M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Derecho Procesal Civil internacional. Litigación internacional, 2007, p. 189; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht: Kommentar zu EuGVO und Lugano Übereinkommen*, 7º edic., 2002, p. 153; S. LEIBLE, «Besondere Zuständigkeiten» en TH. RAUSCHER (ed.): *Europäisches Zivilprozess- und Kolissionsrecht EuZPR/EuPR Kommentar*, 2011, p.265. En contra, T. BALLARINO, *P. Diritto internazionale privato*, 7ª edic., 2011, p. 29; D. BUREAU/H. MUIR-WATT, *Droit International privé, t. II, Partie spéciale*, 2ª edic., 2010, p. 380; P. DE CESARI: *Diritto internazionale privato dell’Unione Europea*, 2011, p. 93.

<sup>4</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988, asunto 189/87, *Athanasios Kalfelis* contra *Banco Schröder, Münchmeyer, Hengst & Co*, *Recopilación de Jurisprudencia* 1988, pp. 5579 y ss.

<sup>5</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 1992, C-261/90, *Mario Reichert, Hans-Heinz reichert e Igeborg Kockler* contra *Dresdner Bank A.G.*, *Recopilación de Jurisprudencia* 1992, pp. I-02149 y ss.; de 17 de junio de 1992, C-26/91, *Handte*, *Recopilación de Jurisprudencia* 1992, pp. I-3967 y ss.; de 27 de octubre de 1998. C-51/97, *Réunion européenne SA y otros* contra *Splithoff’s Bevrachtingskantoor BV, Capitaine commandant le navire «Alblasgracht V002»*, *Recopilación de Jurisprudencia* 1998, pp. I – 6534 y ss.; de 17 de septiembre de 2002, C-334/00, *Tacconi*, *Recopilación de Jurisprudencia* 2002, pp. I-7357 y ss.; de 1 de octubre de 2002, C-167/00, *Henkel*, *Recopilación de Jurisprudencia* 2002. pp. I-8111 y ss.; de 5 de febrero de 2004, C-265/02, *Frahuil SA* contra *Assitalia SpA*, *Recopilación de Jurisprudencia* 2004, pp. I -1547 y ss.

3. Partiendo de esta definición, los esfuerzos doctrinales tendentes a exigir la presencia de un elemento negativo –relación no contractual- y un elemento positivo- exigencia de responsabilidad-, para concluir que las acciones declarativas negativas no están incluidas en el ámbito de aplicación material del art. 5.3, se han encontrado con serias dificultades lógico-sistemáticas. En efecto, como señalan CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>6</sup>, en la amplitud de la que la jurisprudencia del TJUE ha dotado a la noción «material delictual o cuasi delictual», reside que su identificación sólo puede hacerse a partir del elemento negativo. Es decir será extracontractual toda obligación que no pueda ser calificada como contractual; noción que los autores coherentemente aplican para precisar el concepto de obligaciones extracontractuales en el ámbito del Reglamento Roma II<sup>7</sup>.

4. En segundo, lugar el debate ha girado sobre el presupuesto del foro del lugar del hecho dañoso que exige una estrecha vinculación, una especial proximidad entre el juez y el litigio, concluyendo que dado que en las acciones declarativas negativas el litigio versa sobre la inexistencia del daño o de la responsabilidad, no se cumpliría dicho presupuesto y por lo tanto no sería de aplicación el art. 5.3 del Reglamento 44/2001. Argumento doblemente infundado pues despreja el objeto del litigio: declaración de no existencia del daño, que es el único criterio a tener en cuenta para aplicar los foros especiales por razón de la materia.

5. De una primera lectura de la STJUE *Fofitec* resulta, a nuestro juicio, una valoración positiva. No sólo porque resuelve las contradicciones puestas de manifiesto en la jurisprudencia de distintos Estados miembros y zanja el debate doctrinal, sino también porque perfila el *forum delicti commissi*. Además, merita una valoración positiva porque modela coherentemente el alcance unificador de las reglas de competencia judicial internacional, marcando el *limes* de la autonomía procedimental de los Estados miembros frente a estas reglas<sup>8</sup>. Y, sobre todo, encauza principios bien intencionados, aunque no siempre suficientemente justificados, que ponen el acento en las necesidades de protección de las víctimas. Sin embargo, no aporta nada nuevo en orden al problema, si es que a estas alturas merece que se considere un problema, al menos desde el punto de vista dogmático, que late tras el procedimiento que dio origen a la cuestión prejudicial y que, como ha señalado CARRASCOSA GONZÁLEZ, no es otro que el de las acciones torpedo<sup>9</sup>, o si se prefiere el de la aplicación mecánica de la regla de la litispendencia.

## 1. Antecedentes

6. Para comprender mejor el alcance de la STJUE *Fofitec* conviene tener presente los hechos que dieron pie al procedimiento que fundamenta el planteamiento de la cuestión prejudicial. Extractados de la resolución del *Bundesgerichtshof* por la que se plantea la cuestión prejudicial, de la Sentencia y de las Conclusiones presentadas por el Abogado General JÄÄSKINEN, se resumen en lo siguiente. Un grupo suizo tiene una sociedad, *Fofitec*, que es titular de varias patentes para el desarrollo y fabricación de productos de papel plastificado y laminas plásticas y otra sociedad, *Folien Fischer*, que comercializa, particularmente en Alemania, material de soporte para formularios de tarjetas en rollo continuo. Una sociedad italiana, *Ritrama SpA*, que desarrolla, produce y comercializa láminas y plásticos refinados de distintos tipos, en marzo de 2007 se dirigió extrajudicialmente a las sociedades anteriormente mencionada instándolas a abandonar la política de distribución de *Folien Fischer*, por ser contrarias al Derecho

<sup>6</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II, op. Cit.*, p. 12.

<sup>7</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, cit. , pp. 853 y s.

<sup>8</sup> Conclusiones presentadas por el ABOGADO GENERAL JÄÄSKINEN, accesibles en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121721&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=281126> , nº 42: «... los requisitos de su admisibilidad (de la acción declarativa negativa) ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros vienen definidos por las normas procesales nacionales. En este sentido, deseo señalar que los planteamientos nacionales difieren pero que, en general, la posibilidad de recurrir a la acción declarativa negativa está sometida a requisitos relativos al objeto de dicha acción y al interés jurídico o el interés del demandante en ejercitar la acción para ejercer esta forma de protección jurídica».

<sup>9</sup> <http://www.plataformamillennium.com/e-76-2-asunto-c-133-11-folien-fischer-ag-ag-fofitec-vs-ritrama-spa-25-octubre-2012>

de la competencia y su negativa a otorgar licencias sobre las patentes. Tras dicho reclamación, *Folien Fischer* y *Fofitec* ejercitaron ante el *Landgericht* de Hamburgo una acción declarativa negativa al objeto de que se declarara que *Folien Fischer* no está obligada a abandonar sus prácticas comerciales en lo relativo a los descuentos y el contenido de los contratos de distribución y, por otra parte, que *Ritrama SpA* no tiene derecho a exigir su cese ni a reclamar una indemnización. Asimismo, solicitaron que se declarase que *Fofitec* no está obligada a otorgar ninguna licencia sobre las patentes europeas de las que es titular. Tras la interposición de esa acción declarativa negativa, *Ritrama SpA* y *Ritrama AG*, filial domiciliada en Suiza, a través de la cual la primera comercializa sus productos, en Alemania, promovieron una acción ejecutoria ante el *Tribunale* de Milán solicitando que se condenase a *Fofitec* a conceder licencias sobre las patentes en cuestión, señalando que la conducta de *Folien Fischer* y *Fofitec* es contraria al Derecho de la competencia y solicitando indemnización por daños y perjuicios.

7. El *Landgericht* de Hamburgo, mediante resolución de 9 de mayo de 2008, resolvió que carecía de competencia internacional declarando inadmisibles las acciones declarativas negativas interpuestas por *Folien Fischer* y *Fofitec*. El 14 de enero de 2010, el *Oberlandesgericht* de Hamburgo confirmó dicha decisión en apelación al no admitir la competencia internacional de los tribunales alemanes, basándose en que la competencia en materia delictual prevista en el artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 no comprende una acción declarativa negativa, puesto que esa acción pretende precisamente establecer que en Alemania no se ha cometido ningún acto ilícito. Contra dicha sentencia *Folien Fischer* y *Fofitec* recurrieron ante el *Bundesgerichtshof* (BGH, en lo sucesivo) que planteó al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial que se resuelve en la sentencia que comentamos. *Folien Fischer* y *Fofitec*, *Ritrama SpA*, los Gobiernos alemán, francés, neerlandés, polaco y portugués y el Gobierno suizo, formularon observaciones escritas al Tribunal de Justicia. El Presidente del Tribunal de Justicia, mediante decisión de 19 de julio de 2011, rechazó las observaciones escritas de la Comisión, presentadas fuera de plazo.

## 2. La cuestión prejudicial

8. La resolución del BGH de 1 de febrero de 2011<sup>10</sup> por la que plantea la petición de decisión prejudicial al TJUE en demanda de interpretación, precisando que se inclinaba a aplicar el artículo 5, número 3, del Reglamento 44/2001 a una acción declarativa negativa, constituye un ejemplo de rigor que merita nuestra atención. Si bien la publicación oficial<sup>11</sup> se limita a recoger escuetamente la principal interrogante: «¿Debe interpretarse el artículo 5, número 3, del Reglamento [nº 44/2001] en el sentido de que la competencia judicial en materia delictual también comprende una acción declarativa negativa [«negative Feststellungsklage»] mediante la cual el potencial autor del daño pretende que se declare que al potencial perjudicado en un determinado contexto no le corresponde ninguna acción derivada del hecho ilícito (en el caso de autos, infracción del Derecho de la competencia)?», el BGH se detiene en planteamientos que resultan de gran interés.

9. En primer lugar, el BGH se preocupa de sentar la aplicabilidad de las reglas de competencia judicial del Reglamento 44/2001 en razón del domicilio en un Estado miembro de la sociedad demandada, subrayando la irrelevancia del domicilio en Suiza de las demandantes<sup>12</sup>. Seguidamente afronta la singularidad derivada de la inversión de roles que se produce en las *negative Feststellungsklagen*, subrayando que carece de trascendencia a la hora de delimitar quién sea el actor y quién el demandado, pues se trata de una cuestión de naturaleza procesal predeterminada por el ejercicio del derecho a la ac-

<sup>10</sup> Accesible en <http://lexetius.com/2011,637>

<sup>11</sup> Vid. Diario Oficial de la Unión Europea de 9 de julio de 2011, C 204/12.

<sup>12</sup> BGH, BESCH. 1.02.2011, KZR 8/2010, FJ 8: *Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bestimmt sich vorliegend nach der Verordnung, weil die Beklagte ihren Geschäftssitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union hat (Art. 2 Abs. 1, Art. 60 Abs. 1 EuGVVO). Dass die Klägerinnen nicht in einem Mitgliedstaat, sondern in der Schweiz ansässig sind, ändert hieran nichts (EuGH, Urteil vom 1. März 2005 - C-281/02, Slg. 2005, I-1383 = RIW 2005, 292 Rn. 23 ff. - Andrew Owusu; Urteil vom 13. Juli 2000 - C 412/98, Slg. 2000, I-5925 = NJW 2000, 3121 Rn. 33 ff. - Group Josi).*

ción e independiente de la relación jurídico material subyacente<sup>13</sup>. Determinada la estructura normativa aplicable en función del domicilio del demandado, el BGH centra la cuestión en la precisión del alcance *rationae materiae* del foro del art. 5.3 del Reglamento 44/2001, recordando la doctrina del TJUE a cerca de la calificación autónoma de la noción de materia delictual o cuasi-delictual, comprensiva de todas las acciones por las que se dirime una responsabilidad que no resulta de un contrato, noción que a su vez también debe calificarse de manera autónoma. Subraya, no obstante, que el TJUE no se ha pronunciado acerca de la aplicación del art. 5.3 del reglamento 44/2001 al supuesto en que el presumible autor del daño ejercita una acción declarativa por la que solicita que se declare que a la presumible víctima no puede reconocérsele ninguna pretensión derivada de una posible responsabilidad extracontractual. Que la respuesta no es obvia se pone claramente de manifiesto a la vista de las contradicciones existentes en la jurisprudencia de distintos Estados miembros y las posiciones doctrinales divergentes, unas y otras ilustrativamente enumeradas<sup>14</sup>.

**10.** En este contexto, acomete el planteamiento de la cuestión prejudicial tras fijar su posición explicando las razones por las que considera que el art. 5.3 del Reglamento 44/2001 resulta aplicable a una acción declarativa negativa como la planteada por las demandantes. Razones que se fundan en primer lugar en un argumento de interpretación literal, pues en estas acciones el objeto del proceso se funda en una responsabilidad extracontractual y, en segundo, en un argumento teleológico, pues el objetivo del *forum delicti commissi* como reiteradamente ha subrayado la jurisprudencia del TJUE reside en garantizar la proximidad entre el tribunal que conoce del litigio y los hechos enjuiciados en aras de una buena administración de justicia y de sustanciación adecuada del proceso. Objetivos que no se ven cuestionados por el hecho de que sea el potencial causante del daño quien ejercite la acción ante un tribunal que indubitadamente resultaría internacionalmente competente caso de que fuese la víctima quien plantease la demanda. Consciente de que con ello se adentra en el pantanoso terreno de la multiplicación de foros, afirma el BGH que esta hipótesis resulta asumible pues se trata de reconocer al actor-causante del daño las mismas posibilidades que a la víctima<sup>15</sup>. Reconocimiento que, con invocación de la doctrina contenida en la STJUE de 1 de octubre de 2002, C-167/2000, *Henkel*, a juicio del BGH resulta justificado pues el principio de proximidad del juez al litigio que revela el foro del lugar donde el hecho dañoso se ha producido, se puede producir o amenaza con producirse, no depende ni de la posición de las partes en el proceso ni del tipo de acción ejercitada. Considera el BGH que la posibilidad de que se produzca un abuso derivado de una finalidad dilatoria por parte de las demandantes no pone en entredicho la interpretación de una de las disposiciones del Reglamento, tal como resulta de su tenor literal y de su finalidad<sup>16</sup>. En cuanto a la multiplicación de foros derivada de la disociación entre el lugar del hecho y el lugar el resultado dañoso, no es razón que pueda esgrimirse ya que se trata de una facultad de elección de la que dispone la potencial víctima, que no responde a un designio de especial protección de sus intereses en el proceso sino al principio de proximidad del juez a los hechos enjuiciados. Por lo que dicha facultad se extiende al potencial causante del daño.

**11.** Sentado ello, el BGH se confronta con la determinación del lugar donde se produce el hecho dañoso, subrayando que en el litigio la conducta de las demandantes que constituye el objeto de la acción, también se concreta en Alemania, en cuyo mercado compiten las partes en el procedimiento y donde pudieran desplegar sus efectos las conductas anticoncurrenciales que se imputan a *Folien Fischer* respecto de su política de precios y a *Fofitec* en cuanto a su negativa a licenciar sus patentes. Concluye el BGH que la aplicación de los principios del Derecho europeo de la competencia para determinar el lugar del hecho dañoso, en armonía con los principios que inspiran las soluciones del Reglamento Roma II, fundamenta que en Alemania se ha producido el hecho dañoso.

<sup>13</sup> *Ibidem*, FJ 9.

<sup>14</sup> *Ibidem*, FJ 11 y s.

<sup>15</sup> *Ibidem*, FJ 17

<sup>16</sup> *Ibidem*, FJ 19

### 3. Las conclusiones del Abogado General

12. Todo el razonamiento en que se sustentan las Conclusiones del Abogado General se orienta a justificar su propuesta en el sentido de excluir del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 a las acciones declarativas negativas. De tal modo que entiende que la competencia judicial en materia delictual no comprende una acción mediante la cual el autor de un potencial hecho dañoso pretende que se declare que, de las circunstancias del asunto, no se deriva derecho alguno para la víctima potencial en materia delictual. Argumenta, en primer lugar sobre la interpretación literal del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 señalando que esta acción no persigue «exigir la responsabilidad del demandado» y, por tanto, debe quedar sometida al foro general del domicilio del demandado. No entiende el A. G. JÄÄSKINEN cual es el verdadero objeto de la acción, al afirmar que: «*La acción negativa persigue una declaración, en Derecho privado, que en mi opinión implica necesariamente que el vínculo de conexión, en el Derecho procesal internacional, no existe. En efecto, podría imaginarse un supuesto particular en el que el demandante admitiera la existencia de un perjuicio sufrido por el demandado, pero solicitara la declaración negativa de que no es responsable de dicho perjuicio, por ejemplo porque el acto cometido no fuera ilícito o porque no existiera relación de causalidad entre el acto enjuiciado y el perjuicio alegado. Sin embargo, incluso en este supuesto, la aplicación del artículo 5, número 3, del Reglamento n° 44/2001 a semejante acción declarativa negativa no me parece compatible con la jurisprudencia recogida en la sentencia Tacconi, antes citada, puesto que en este caso la demanda no persigue «exigir la responsabilidad del demandado» y, por tanto, no depende, en mi opinión, de esta disposición especial, sino de la regla de competencia general relativa al domicilio del demandado*»<sup>17</sup>. En cuanto a la finalidad de la regla especial que consagra el *forum delicti commissi*, realiza un giro difícil de explicar para concluir que la identificación de un nexo «particularmente estrecho» entre el litigio y el órgano jurisdiccional del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso, no es posible si lo que se ejercita es una acción declarativa negativa. A nuestro juicio, se trata de una petición de principio que, además, entra en clara contradicción con la literalidad del art. 5.3 del Reglamento 44/2001.

13. En cuanto a la interpretación sistemática, tras reconocer que el TJUE en la sentencia *Tatry* estimó que existía una identidad de causa y objeto entre una demanda que tiene por objeto la indemnización de un perjuicio y una demanda que tiene por objeto que se declare que no se produjo dicho perjuicio, considera que esta jurisprudencia no supone un óbice para propugnar una interpretación restrictiva del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001. Finalmente, advierte de las consecuencias prácticas de una interpretación extensiva del *forum delicti commissi*: «*Admito que el Tribunal de Justicia ha reconocido que una parte puede «torpedear» o «entorpecer» la acción de la otra, al beneficiarse de una excepción de litispendencia en virtud de una aplicación extensiva del artículo 21 del Convenio. Sin embargo, admitir que una acción declarativa negativa en materia delictual pueda basarse en el foro especial de competencia previsto por el artículo 5, número 3 del Reglamento n° 44/2001 podría, en mi opinión, aumentar el riesgo de acciones de entorpecimiento, al ofrecer a los autores de hechos dañosos potenciales la opción de acudir a un órgano jurisdiccional distinto del lugar del domicilio del demandado*»<sup>18</sup>. Por fin aparece la verdadera razón, no suficientemente razonada ni debidamente explicada.

### 4. La decisión del TJUE

14. Desatendiendo la propuesta del Abogado General, como ya se ha señalado, el TJUE afirma que el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una acción declarativa negativa que tenga por objeto que se declare la inexistencia de responsabilidad delictual o cuasidelictual está incluida en el ámbito de aplicación de dicha disposición. Las razones con que justifica una decisión de gran trascendencia son, sin embargo, escuetas. Respecto del tenor literal, considera que la expresión «en materia delictual o cuasidelictual» no permite excluir *ipso facto* a una acción declarativa

<sup>17</sup> Considerando 50

<sup>18</sup> Considerando 70

negativa<sup>19</sup>. Y en cuanto a los objetivos de la regla, recuerda que se fundamenta en una vinculación particularmente estrecha entre la controversia y los tribunales del lugar en que se ha producido o pudiera producirse el hecho dañoso. Recuerda también que la expresión «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso», se refiere al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho causal que originó ese daño. De modo que, a elección del demandante, la acción puede ejercitarse ante los tribunales de cualquiera de esos dos lugares. Y pese a la particularidad de una acción declarativa negativa, puesto que el demandante es el deudor potencial de un derecho de crédito derivado de un acto ilícito mientras que el demandado es la presunta víctima de dicho acto ilícito, tal inversión de los papeles no es suficiente para excluir a una acción declarativa negativa del ámbito de aplicación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001. Finalmente resalta que esta disposición no persigue el mismo objetivo que las reglas de competencia judicial contenidas en las secciones 3 a 5 del Capítulo II del mismo Reglamento y destinadas a ofrecer a la parte más débil una protección reforzada. En consecuencia, la aplicación del artículo 5.3, no requiere que sea la presunta víctima quien ejercite la acción.

15. Finalmente, el TJUE señala que, en el momento de verificar la competencia internacional, el tribunal ante el que se ha presentado la demanda no examina la admisibilidad ni la procedencia de la acción declarativa negativa a la luz de las normas del Derecho nacional, sino que se limita a identificar los puntos de conexión con el Estado del foro que justifican su competencia en virtud del artículo 5, número 3, del Reglamento 44/2001. Expresión que subrayamos porque llama la atención la falta de precisión que lleva al TJUE a confundir dos nociones sustancialmente diferentes, como son las de punto de conexión y foro de competencia judicial. Pese a esa confusión, lo que resulta determinante en la Sentencia es que si los elementos relacionados con la acción declarativa negativa pueden justificar la vinculación con el Estado en el que o bien ha sobrevenido el hecho causal o bien se ha producido o puede producirse el daño, el tribunal de uno u otro de esos lugares podrá declarar válidamente su competencia para conocer de la mencionada acción. Competencia judicial que es independiente de si tal acción ha sido ejercitada por la presunta víctima de un acto ilícito o por el deudor potencial de un derecho de crédito que tenga su fundamento en el acto ilícito<sup>20</sup>.

16. *Roma locuta causa finita*. Pero, *quid* de la multiplicidad de foros que justificarían la existencia de distintos Tribunales de distintos Estado miembros internacionalmente competentes? *Quid* de la carrera hasta los tribunales? *Quid* de las acciones torpedo? Silencio. El Tribunal no se pronuncia. Ni se hubiera podido pronunciar, atado como está a los claros precedentes sentados en las sentencias de 8 de diciembre de 1987, 144/86, *Gubisch v. Palumbo*, de 6 de diciembre 1994, C-406/92, *Tatry*, y de 9 de diciembre de 2003, C-116/02, *Gasser*.

## II. La acción declarativa negativa ¿es una acción torpedo?

### 1. El objeto de la acción declarativa negativa

17. En nuestro Ordenamiento, el art. art. 5 de la LEC sintetiza las clases de tutela que puedan prestar los jueces y tribunales. Más precisamente, sin que podamos detenernos aquí en precisar las nociones de tipos de tutela, acción y objeto de la acción, el precepto referido señala los posibles objetos de un proceso, asimilando el derecho a la acción con la pretensión de tutela. La consecuencia de esta asimilación es que sólo podrá ejercitarse una acción cuando la pretensión reclamada esté prevista en nuestro Ordenamiento. Aunque la enumeración del art. 5 LEC tiene una textura abierta a la posibilidad de otras pretensiones que puedan reconocerse legalmente, recoge la clasificación de las pretensiones elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia bajo la vigencia de la LEC de 1881. A los efectos que aquí interesan, la LEC prevé la existencia de pretensiones meramente declarativas, que tienen por objeto conseguir que

<sup>19</sup> FJ, 36

<sup>20</sup> FF. JJ. 49 a 53.

el juez dicte un pronunciamiento en el que se declare la existencia o inexistencia de un determinado derecho o de una concreta relación jurídica, con el fin de lograr certeza frente a situaciones jurídicamente controvertidas. Lo que incluye la posibilidad de plantear pretensiones meramente declarativas de naturaleza negativa. Es decir, aquellas en las que se solicita del juez que declare la inexistencia de un derecho o relación jurídica, a pesar de que el art. 5 LEC expresamente sólo recoja la posibilidad de pretensiones declarativas de naturaleza positiva<sup>21</sup>.

**18.** Aunque dictada en el ámbito laboral, resulta pertinente recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que como ha declarado en la Sentencia 210/1992 de Tribunal Constitucional, Sala 1ª, 30 de Noviembre de 1992, con cita de las sentencias anteriores, no puede ponerse en duda la admisibilidad de las acciones meramente declarativas puesto que si el art. 24.1 C.E. impone que cualquier derecho subjetivo o interés legítimo obtenga la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, no puede entenderse admisible la exclusión de las acciones meramente declarativas -en el orden laboral-, pues ello significaría una injustificada limitación del derecho a la tutela judicial efectiva. Naturalmente, negar la proscripción de las acciones laborales meramente declarativas no supone su admisibilidad incondicionada. La admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela Y señala el TC que «*La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa, y una resolución judicial que de manera no arbitraria ni irrazonable afirme la inexistencia de la acción meramente declarativa por falta de interés no atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva*».

**19.** La acción declarativa negativa no puede confundirse con el derecho subjetivo ni con las facultades resultantes del mismo, con ella no se ejercita un poder concreto, sino el general de pretender que se declare lo que ya existe por sí mismo, el carácter conforme a ley de un acto, negocio o relación jurídica. Este carácter meramente declarativo de la acción, tiene importantes consecuencias prácticas, pues no requiere que se haya perjudicado al actor, ni depende de la voluntad del protegido. En España, en el ámbito civil, la acción declarativa se admite hoy pacíficamente en la doctrina, principalmente, a partir de las SSTS de 21 febrero de 1944; 22 de septiembre de 1944 y 31 octubre de 1952, sin que a pesar de ello, exista en realidad base legal directa para fundamental tal tipo o modalidad de acción, si bien implícitamente la acción declarativa está reconocida y aceptada en el deber de adecuación judicial con las pretensiones de las partes, deber que garantiza el art. 359 LEC. Prescindiendo de los antecedentes legales e históricos de las acciones declarativas, como la acción *jactancia* contra una *turbatio verbis*<sup>22</sup>, que contemplaba, como es sabido las Partidas (III, 2, 46), la acción declarativa en la actualidad, tanto positiva como negativa, amplía su espectro a los más diferentes ámbitos, civil, mercantil, laboral, contencioso-administrativo, etc.

**20.** La tutela declarativa presupone una situación de incertidumbre objetivamente apreciable, en la que se discute su existencia o inexistencia o la conformación del derecho de un acto, negocio o relación jurídica. En toda acción declarativa negativa al solicitar del tribunal un pronunciamiento que se limita a constatar la existencia, inexistencia del acto o relación jurídica en cuestión, o que no es contrario a Derecho, se produce una inversión procesal de la relaciones *inter partes*. Así en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el demandante, eventual responsable civil, se previene de una posible reclamación por parte del hipotético dañado instando que se resuelva que su conducta no es responsable del mismo. Esta inversión de las partes en la relación procesal no es óbice para considerar que el objeto de esta acción coincide sustancialmente con el de la acción de responsabilidad que eventualmente pudiera plantear el

<sup>21</sup> Vid. M. P. CALDERÓN CUADRADO: *Tutela civil declarativa (de la acción a la sentencia de pura declaración)*, Valencia 2008, *passim*.

<sup>22</sup> Vid. V. FAIRÉN GUILLÉN: «La «acción de jactancia» como forma de «tutela anticipada» en el proceso civil: Su futuro», *Revista de derecho procesal*, Nº 2, 1998, pp. 271-302.

potencial dañado contra el hipotético causante del daño, si bien difiere de ella en cuanto a la limitación del *petitum*, que lógicamente no alcanzará a la indemnización por los perjuicios causados. En el supuesto de las acciones declarativa negativas de responsabilidad no se podrá otorgar una tutela de condena.

## 2. Acción declarativa negativa y acción torpedo

21. Desde principio de lo años noventa del siglo pasado se planteó agudamente el problema conocido como el *torpedo italiano* o el *torpedo belga*<sup>23</sup>. Además de Italia y Bélgica, las jurisdicciones de Grecia, Alemania y España han sido consideradas como idóneas para torpedear o, al menos, ralentizar un procedimiento, valiéndose del sistema distributivo y concurrente que articulan los foros de competencia judicial desde el Convenio de Bruselas, mediante tácticas procesales destinadas a ganar ventaja de una rápida actuación normalmente destinada a capturar el litigio en un tribunal determinado. Tácticas que han movido al esfuerzo dogmático para lograr el equilibrio entre los postulados federadores del sistema de competencia judicial internacional que nace con el Convenio de Bruselas y la carencia de medios para asegurar en la Unión Europea un estándar de tutela judicial efectiva no lastrada por procedimientos judiciales de una lentitud tal, que cuestionan la misma efectividad de la tutela judicial; una realidad de la que puede servirse el actor que actúa con mayor celeridad<sup>24</sup>.

22. En la galaxia de las competencias concurrentes, fundadas en el foro general del domicilio del demandado y en los foros especiales por razón de la materia, la constelación de las acciones torpedos dibuja una figura de perfiles confusos, que no deja ver los límites entre el derecho a la acción y el abuso de ese derecho. Ahora bien, esa línea difusa en ningún caso justifica enajenar las reglas de competencia judicial, cautivas de un razonamiento que sólo puede seguir el tribunal y resolver con un pronunciamiento sobre el fondo una vez fundada aquella y sustanciado el procedimiento. Como hemos indicado las acciones declarativas negativas se plantean en muy diferentes ámbitos. No obstante, los casos típicos de acciones con finalidad de torpedear la competencia judicial del tribunal normalmente competente se manifiestan en el ámbito de las acciones para la protección de los derechos inmateriales<sup>25</sup>, especialmente

<sup>23</sup> G., CUNIBERTI: «Action déclaratoire et droit judiciaire européen», *J.D.I.* 2004, pp.77-87; R. FENTIMAN : « Tactical declarations and the Brussels Convention », *C.L.J.* 1995, pp. 261-263; P. DE JONG : «The Belgian Torpedo : From Self-propelled Armament to Jaded Sandwich», *EIPR* 2005, pp.75-81 ; A. VON MEHREN, The Transmogrification of Defendants into Plaintiffs : Herein of Declaratory Judgments, Forum Shopping and Lis Pendens, en J. BASEDOW/K. J. HOPT/H.KÖTZ (ed.) *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Berlín, 1998 pp.409 y ss.; M. PERTEGAS-SENDER: *Cross-border enforcement of patent rights*, Oxford, 2002, 3.182-3.188 and 4.81-4.152 ; TH. SIMONS: «Grenzüberschreitende Torpedoklagen».Zur Praxis der Rechtshängigkeitsregel im ; P. SCHLOSSER: «Jurisdiction and international judicial and administrative co-operation», *RCADI* 2000 t. 284, europäischen Zivilprozessrecht», *The European Legal Forum (D)* 5/6-2003, 289 – 291 ; P. WAUTELET : Le droit au procès équitable et l'égalité des armes : le cas de la litispendance dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano, en CAUPAIN /DE LEVAL, *L'efficacité de la justice civile en Europe*, París, 2000, pp.101-129 ; P. WIDMER/ B. MAURENBRECHER: « What's Negative about Negative Declaration ?», en *The International Practice of Law – Liber Amicorum for Thomas Bär and Robert Karrer* (N. P. VOGT et al., ed.), Basilea, Francfort, La Haya, Londres. Boston 1988, pp. 263.

<sup>24</sup> La más plausible y fundada explicación puede verse en. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, cit. vol. I, pp. 227 y ss. y pp. 250 y ss.

<sup>25</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO: «La protección transfronteriza de los bienes inmateriales en el comercio internacional», en *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* 2008. Bilbao, pp. 365-446, pp. 70 y ss.; U. P., GRUBER: 'Das Verhältnis der negativen Feststellungsklage zu den anderen Klagearten im deutschen Zivilprozeß – Plädoyer für eine Neubewertung?', *Zeitschr. f. Zivilprozess* 2004, p. 133 y ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI: «*lis alibi pendens* and related actions in civil and commercial matters within the European judicial area», *Yearbook of Private International Law*, Vol. 11 (2009), pp. 511-564, pp. 531 y ss. ; H., RÜSSMANN: 'Negative Feststellungsklage und Leistungsklage sowie der Zeitpunkt der endgültigen Rechtshängigkeit im Rahmen des EuGVÜ', *IPRax* 1995, p. 76 ss., ID., 'Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH – nationales Recht unter Gemeineuropäischem Einfluß?', *Zeitschr. f. Zivilprozess* 1998, pp. 399 y ss, esp. p. 404 y s.; B., HEIDERHOFF: «Diskussionsbericht zu Streitgegenstandslehre und EuGH', *Zeitschr. f. Zivilprozess*, 1998, p. 455 y ss. ; J. SUDEROW: «Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del derecho antitrust: forum shopping y «demandas torpedo», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2010), Vol. 2, Nº 2, pp. 315-331; W. D., WALKER: 'Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH – nationales Recht unter Gemeineuropäischem Einfluß?' *Zeitschr. f. Zivilprozess*, 1998 p. 429-454, p. 437 y ss.;

M. WILDERSPIN, « La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle », *RCDIP* 2006, p. 777.

en el ámbito del Derecho de patentes y en el del Derecho de la competencia. En ambos casos pretenden dificultar las pretensiones indemnizatorias.

**23.** Como FRANZOSI supo poner de manifiesto con agudeza<sup>26</sup>, las acciones torpedo son aquellas por las que el potencial infractor de un derecho de patente, normalmente tras recibir una primera reclamación no judicial, presenta una demanda ante un tribunal de un Estado miembro (Italia y Bélgica fueron los primeros) reconocido por su extrema lentitud y premiosidad para reclamar que se declarase que su conducta no constituía una violación de la patente y, en muchos casos, solicitar la declaración de nulidad de la patente. El titular de la misma se veía así apresado en la jurisdicción elegida por el infractor, ante la aplicación ciega y automática de la regla *prior tempore* consagrada en el art 27 del Reglamento 44/2001.

**24.** Junto a estos casos, la acción declarativa negativa también permitiría al deudor frustrar las pretensiones de cobro del acreedor recurriendo a una jurisdicción lenta para solicitar una declaración de nulidad de su obligación de pagar, incluso a sabiendas de lo infundado de la competencia del tribunal elegido, jugando con la duración del procedimiento hasta que se declarase su incompetencia. Durante todo ese tiempo el acreedor no podría reclamar ante la jurisdicción competente.

**25.** En cualquiera de los supuestos, el elemento característico de la acción torpedo implica una intención fraudulenta, de abuso del principio de prioridad. Este elemento, nos sitúa en un escenario de clara permisividad del *forum shopping*<sup>27</sup>, en la medida en que los foros especiales por razón la materia son auténticos foros de ataque que permiten al actor diligente elegir el tribunal que conocerá de su demanda; una posición reforzada por el principio dispositivo que rige el procedimiento civil<sup>28</sup>. Y, pese a la contundencia con que se expresa la jurisprudencia del TJUE y la claridad con que se recoge en el Considerando 11 del Reglamento 44/2001, una consecuencia lógica de la pluralidad de jurisdicciones eventualmente competentes que el propio Reglamento consagra.

**26.** La intención fraudulenta es un elemento subjetivo cuya constatación plantea complejos problemas. Si la misma se basa en la sospecha de que el actor se ha decidido a demandar ante un determinado tribunal por su conocida lentitud, el TJUE ha establecido que no pueden establecerse excepciones a las disposiciones sobre litispendencia basadas en la duración de los procesos, subrayando que si así se hiciese se violentaría el principio de confianza mutua<sup>29</sup>. La valoración de la conducta del actor como abusiva o fraudulenta depende del supuesto de hecho sometido a la consideración del tribunal. La decisión acerca de si una acción que genera responsabilidad se ha producido o amenaza con producirse, tanto en el caso de una acción de indemnización como en el caso de una acción declarativa negativa, no es una cuestión relativa a la competencia judicial sino a la fundamentación de la demanda, a la admisibilidad de la acción, para cuya respuesta está especialmente habilitado el tribunal del lugar de la potencial acción causante de responsabilidad.

**27.** En supuestos internacionales la acción declarativa negativa genera aprensión y se considera bajo la perspectiva adversa de las anteriormente mencionadas acciones torpedo. Exponente de ello es la

<sup>26</sup> M. FRANZOSI, *Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo*, *EIPR* 1997, p. 382-385, accessible en <http://www.franzosi.com/english/article/torpedo.htm>.

<sup>27</sup> Vid. A. S., BELL: *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, Oxford 2003, pp. 38 y ss.; J., KROPHOLLER: 'Das Unbehagen am forum shopping', en D. HENRICH, B. VON HOFFMANN (ED.): *Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag*, ed. by, Munich 1985, pp. 165 y ss.; K., SIEHR: «Forum Shopping» im internationalen Rechtsverkehr», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1984, pp. 124 y ss.; F. K., JUENGER: «Forum Shopping, Domestic and International», *Tulane Law Rev.* 1989, pp. 553 y ss.; D., JASPER: *Forum Shopping in England und Deutschland*, Berlín 1990, pp. 20 y ss.; M. L., NIBOYET-HOEGY: 'Les conflits de procédures', *Travaux du Comité français de droit international privé*, année 1995-1996, París 1999, pp. 71 y ss.; A., NUYTS 'Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen', *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruselas, 2004, pp. 745 y ss.

<sup>28</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, cit. vol. I, pp. 236 y ss.

<sup>29</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2003, C-116/02, *Erich Gasser*, FJ 72 y 73.

regulación contenida en el art. 97.5 del Reglamento (CE) 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria que expresamente veda la posibilidad de interponer una acción de declaración de inexistencia o de violación de una marca comunitaria ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho o el intento de violación, una regulación limitada al ámbito del Reglamento 207/2009 y que, según resulta de lo dispuesto en el art. 94.2.a) del mismo Reglamento, al excluir la aplicación del art. 5.3. del Reglamento 44/2001 a este tipo de acciones declarativas negativas, permite inferir que la respuesta a la cuestión hubiese sido precisamente la contraria, porque si no la exclusión realizada carecería de sentido. Por ello, el problema fue reconocido por la Comisión y planteado en el *Libro verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*<sup>30</sup> llegando a someter a encuesta pública si excluir la aplicación de la norma de litispendencia en aquellos casos en que existiendo una cláusula de elección de foro, con incumplimiento de la misma se plantean dos procedimientos cuando los procedimientos paralelos consistan, por una parte, en un procedimiento sobre el fondo y, por otra, en un procedimiento tendente a obtener una decisión declarativa (negativa) o, al menos, a asegurar la suspensión de los plazos de prescripción de la demanda sobre el fondo en caso de que no prospere la demanda de decisión declarativa. En cuanto a la coordinación de los procedimientos paralelos de infracción, sugiere la Comisión que podría reforzarse la comunicación y la interacción entre los órganos jurisdiccionales a los que se ha sometido paralelamente un asunto y excluir la aplicación de esta norma en caso de resolución negativa de naturaleza declarativa<sup>31</sup>. Las cuestiones sometidas a información pública por la Comisión se inspira en las soluciones del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre cláusulas de elección de foro<sup>32</sup>, aún no en vigor y firmado por la UE por Decisión del Consejo de 26 de febrero de 2009<sup>33</sup>.

**28.** Entre las respuestas recibidas a la consulta de la Comisión sobre estos concretos problemas, destaca por su rotundidad la ofrecida por la *Bundesrechtsanwaltskammer*: «*Die negative Feststellungsklage erfüllt die wichtige Funktion, eine rechtliche Auseinandersetzung bereits im früheren Stadium zu klären. Sie steht daher, was die Frage einer doppelten Rechtshängigkeit anbetrifft, nicht hinter anderen Klagearten zurück und sollte nicht anders behandelt werden als Leistungsklagen*»<sup>34</sup>. Y, en la misma línea, pero con sólidos argumentos competenciales, la respuesta de la *Haus of Lords*: *We firmly believe that the current rules on lis pendens should be reformed. We believe that the objective of seeking to avoid parallel proceedings is justifiable (though the risks and disadvantages of such proceedings are, we think, sometimes overstated). However, the implementation of this objective in the Regulation has inadvertently produced the possibility of abuse through the use of the «torpedo»—the tactical seising of a jurisdiction other than that agreed—and has also prevented the proper implementation of choice of court (exclusive jurisdiction) agreements. The objective should be to discourage the use of tactical pre-emptive claims and to enable the appropriate court to hear proceedings.*<sup>35</sup> Igualmente clara es la respuesta del *Conseil des barreaux européens* afirmando: «*Le CCBE est conscient que les demandes de décisions déclaratives négatives peuvent être abusives (le risque d'actions « torpilles » par exemple). Le CCBE estime toutefois que le fait de limiter ou d'éviter l'utilisation des actions déclaratoires n'est pas la solution à de tels abus*». Como alternativa el CCBE propone algunas medida de carácter sustantivo tendentes a limitar la duración de los procedimientos<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> COM (2009) 175 final.

<sup>31</sup> Sobre la coordinación de procedimientos vid. CH. THOLE: «Parallelverfahren und Justizgewährung : zur Verfahrenskoordination nach europäischem und deutschem Zivilprozessrecht am Beispiel taktischer «Torpedoklagen», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 33. (2012), Heft 13, pp. 605-613.

<sup>32</sup> Vid. M. SALVADORI: «El Convenio sobre acuerdos de elección de foro y el Reglamento Bruselas I: autonomía de la voluntad y procedimientos paralelos», *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 829-844.

<sup>33</sup> DOCE L 133/1, de 29 de mayo de 2009.

<sup>34</sup> Accesible en : [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/civil\\_society\\_ngo\\_academics\\_others/bundesrechtsanwaltskammer\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/civil_society_ngo_academics_others/bundesrechtsanwaltskammer_de.pdf)

<sup>35</sup> Accesible en : [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/ms\\_parliaments/united\\_kingdom\\_house\\_of\\_lords\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/ms_parliaments/united_kingdom_house_of_lords_en.pdf), p. 20, n° 66, aunque reconoce que en algunos casos la acción declarativa negativa puede estar justificada, p. 21, n° 68.

<sup>36</sup> Accesible en [http://www.ccbe.eu/fileadmin/user\\_upload/NTCdocument/CCBE\\_response\\_to\\_the2\\_1246371870.pdf](http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/CCBE_response_to_the2_1246371870.pdf), p. 7

**29.** Finalmente, el Reglamento 1125/2012 desiste de cualquier consideración sustantiva que limite o afecte a la potestad de cada Estado miembro para regular las acciones declarativas negativas. No obstante, fiel al objetivo de reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y evitar que se dicten en Estados miembros distintas resoluciones contradictorias, propone algunas soluciones en sede de litispendencia, para conciliar dicho objetivo con la necesidad de mejorar la eficacia de los acuerdos de elección de foro y de evitar las prácticas litigiosas abusivas. A tal fin establece una excepción a la norma general de litispendencia para resolver satisfactoriamente una situación particular en la que se desarrollen procedimientos paralelos. Esta situación se produce cuando conoce del asunto en primer lugar un órgano jurisdiccional no designado en un acuerdo exclusivo de elección de foro y, a continuación, se somete ante el órgano jurisdiccional designado una acción entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa. En tal caso, el órgano jurisdiccional que conoció del asunto en primer lugar suspenderá el procedimiento tan pronto como la demanda se presente ante el órgano jurisdiccional designado por el acuerdo sumisorio y hasta que este último se declare incompetente conforme al acuerdo exclusivo de elección de foro. Se garantiza así que, en tal situación, el órgano jurisdiccional designado tenga prioridad para decidir sobre la validez del acuerdo y sobre el alcance de su aplicabilidad al litigio de que conoce. 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 (Considerando 21 y 22). Excepción que se recoge en los apartados 2 y 3 del art. 31 del Reglamento 1125/2012, en los que se dispone que, sin perjuicio de lo dispuesto con carácter general para la litispendencia en el artículo 26, si se presenta una demanda ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo sumisorio ex artículo 25, cualquier órgano jurisdiccional de otro Estado miembro suspenderá el procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional ante el que se presentó la demanda en virtud del acuerdo de que se trate se declare incompetente con arreglo al acuerdo. Cuando el órgano jurisdiccional designado en el acuerdo se declare competente en virtud de dicho acuerdo, los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros deberán abstenerse en favor de aquel.

**30.** La cuestión que plantean las acciones declarativas negativas, por lo tanto, continúa latente y nos coloca ante la disyuntiva de admitir eventuales conflictos positivos de competencia, neutralizados por la regla de la litispendencia, a sabiendas de las profundas divergencias en los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros. Además nos desvela las carencias de la pretendida equivalencia de la tutela judicial de los Estados miembros, fruto de esas diferencias y, sobre todo de un muy diferente funcionamiento de los tribunales. De ahí el nacimiento de las llamadas acciones torpedo, con las que una parte consciente y deliberadamente se sirve de la lentitud de una jurisdicción ante la que plantea la demanda. Las acciones torpedo son un mecanismo perfectamente anclado en el principio inspirador de las normas de funcionamiento de las reglas de competencia judicial europeas: el objetivo de evitar al máximo resoluciones contradictorias. Un objetivo que en la práctica también comporta consecuencias negativas ante el riesgo de abuso. Consecuencias que deben ser asumidas y que ceden frente al principio de superior rango de mutuo reconocimiento del que deriva el principio de equivalencia de las jurisdicciones de los Estados miembros, reflejo del paradigma de la igualdad de todos los Estados miembros y de la confianza mutua.

**31.** Y también reflejo de la competencia entre ordenamientos jurídicos resultante de las limitadas posibilidades de la armonización europea. Es más, incluso con normas uniformes, resulta imposible de establecer criterios que aseguren que la duración de los procedimientos obedecerá a un estándar que permita el normal desenvolvimiento de esos principios sin perturbaciones<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Grande Instance Paris de 9 de marzo de 2001 -00/04083; traducción inglesa en *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 2002, pp. 225 y s.. E. JAYME/CH. KOHLER: «Europäisches Kollisionsrecht 2002: Zur Wiederkehr des Internationalen Privatrechts», *IPrax* 2002, 461-471, p.468, consideran que esta sentencia es un «cri de cœur»; sí, pero claramente contrario al Reglamento.

### III. Conclusiones

**32.** En primer lugar, tras la STJUE *Fofitec* la aplicación del *forum delicti commissi* ex art. 5.3 del Reglamento 44/2001 a las acciones declarativas negativas requiere que el tribunal ante el que se presenta la demanda verifique «los puntos de conexión con el Estado del foro que justifican su competencia». *Kaì oúk ěstiv p̃an prósfaton úpò tòv ĥllov*, nada nuevo pues el tribunal nacional debe comprobar sólo y exclusivamente que la materia objeto del proceso es una «materia delictual» y que existe una vinculación con el Estado del foro en razón al lugar donde se ha producido o pudiera producirse el daño. Ese foro se aplica a todo tipo de acciones y resulta irrelevante que la acción sea positiva o negativa, declarativa, de condena o ejecutiva. El art. 5.3 del Reglamento 44/2001 se aplica a todo tipo de acciones, tal y como las configura autónomamente el Derecho Procesal de cada Estado miembro. Y se aplica con independencia de la posición procesal que ocupen el autor del daño –real o potencial y la víctima – actual potencial- del mismo. Por ello es irrelevante también lo que pida o la clase de tutela judicial que reclame el actor.

**33.** En segundo lugar, para aplicar el *forum delicti commissi* a las acciones declarativas negativas, el juez ante el que se presenta la demanda debe atender muy especialmente al objeto del proceso, éste marcará la verificación de los elementos señalados además de determinar una eventual situación de litispendencia, caso que se cumplan los demás requisitos para la misma. Esta atención al objeto de la demanda impone distinguir entre «objeto de proceso y «calificación del objeto del proceso» y, sobre todo, tener muy claro quién califica el objeto del proceso, porque de ello depende la norma de competencia judicial internacional que resulte aplicable. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>38</sup> subrayan que es el tribunal ante el que se presenta demanda quien debe proceder a la calificación de la acción, la tutela judicial reclamada o, si se prefiere, la pretensión del actor. En el proceso civil, inspirado en el principio dispositivo, el demandante fija el objeto del proceso, que se limitará a decidir sobre lo que ha solicitado al tribunal y, en su caso, sobre lo que el demandado solicite mediante reconvencción. Pero se trata de una delimitación fáctica y fática, pues la calificación jurídica de la pretensión ejercida corresponde al tribunal que será quien decida si la pretensión del actor se encuadra en una categoría jurídica u otra y establezca si, en atención a ello, se cumplen o no los requisitos de los diferentes foros de competencia judicial internacional. Dicho de otro modo, la competencia judicial internacional no la funda el tribunal en lo alegado por el demandante, si no en la calificación de la pretensión procesal que en este momento es, siempre, meramente instrumental, a los exclusivos efectos de determinar la norma de competencia judicial internacional aplicable. A estos efectos, el juez aplicará las normas y categorías de su propio Ordenamiento. Obviamente, cuando el juez deba aplicar las normas de competencia judicial internacional europeas, la calificación de la pretensión del actor se hará, exclusivamente, con arreglo al Derecho europeo. Y debemos recordar que la noción de materia extracontractual ha sido perfilada por la jurisprudencia del TJUE incluyendo todos los supuestos en que la demanda se dirija a exigir la responsabilidad de del demandado que no resulte de una relación contractual.

**34.** En tercer lugar, la singularidad derivada de la inversión de roles que se produce en las *negative Feststellungsklagen*, carece de trascendencia. La finalidad del *forum delicti commissi* como reiteradamente ha subrayado la jurisprudencia del TJUE reside en garantizar la proximidad entre el tribunal que conoce del litigio y los hechos enjuiciados en aras de una buena administración de justicia y de sustanciación adecuada del proceso. Objetivos que no se ven cuestionados por el hecho de que sea el potencial causante del daño quien ejercite la acción ante un tribunal que indubitadamente resultaría internacionalmente competente caso de que fuese la víctima quien plantease la demanda. En estas acciones, cuando se solicita del juez que declare que no existe el daño o que no es atribuible a la conducta del actor, el objeto del proceso se funda en una responsabilidad extracontractual. La interpretación literal del art. 5. 3 del Reglamento 44/2001 resulta reforzada, como señala F. GARAU SOBRINO<sup>39</sup> porque cuando el Reglamento ha querido excluir una acción declarativa negativa lo ha hecho de manera explícita, como se desprende de la regulación del reconocimiento y la declaración de ejecutividad .

<sup>38</sup> *Derecho internacional privado*, cit. vol. I, pp. 151-153

<sup>39</sup> Vid. F. GARAU SOBRINO, *Lecciones de Derecho Procesal Civil internacional*, Palma de Mallorca, 2008, pp. 115 y ss.

**35.** En cuarto lugar, la intención fraudulenta es un elemento subjetivo, cuya constatación no es una cuestión relativa a la competencia judicial sino a la fundamentación de la demanda, a la admisibilidad de la acción, para cuya respuesta está especialmente habilitado el tribunal del lugar de la potencial acción causante de responsabilidad. La admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela requisito de la acción meramente declarativa que sólo podrá enjuiciarse tras la apreciación de la competencia judicial internacional.