CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. G. FEDERICO MANCINI, presentadas el 11 de abril de 1984 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. En el presente asunto prejudicial, se requiere que el Tribunal de Justicia interprete el artículo 21 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este Tribunal deberá establecer los criterios según los cuales debe determinarse el Tribunal ante el que se ha formulado la primera demanda cuando las partes sometan el mismo litigio a dos órganos jurisdiccionales correspondientes a Estados miembros diferentes. Más, en particular, se pide que el Tribunal de Justicia defina el concepto de litispendencia recogido por el Convenio y, por consiguiente, escoja entre dos interpretaciones posibles de su artículo 21: la que otorga a dicha disposición el carácter de norma uniforme para definir la litispendencia y la que considera que se trata de una norma de conflicto, es decir, de una disposición que remite al ordenamiento jurídico de uno u otro órgano jurisdiccional para establecer cada vez el concepto de litispendencia aplicable en cada uno de los procedimientos. Resulta evidente que la segunda tesis implica que haya tantos conceptos de litispendencia como ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes.

El Sr. Siegfried Zelger, comerciante, propietario de la empresa del mismo nombre, con domicilio en München (República Federal de Alemania) formuló ante el Landgericht München I una demanda contra el Sr. Sebastiano Salinitri, también comerciante y domiciliado en Mascali, Italia. Mediante dicha demanda, el demandante reclamó que el Sr. Salinitri fuera condenado a reembolsarle el saldo de un préstamo que databa de los años 1975 y 1976, y, para justificar la competencia internacional del órgano jurisdiccional alemán, el demandante alegó que, mediante una cláusula estipulada verbalmente, las partes contratantes habían elegido München como lugar de cumplimiento de la obligación de restitución. Por su parte, el demandado negó tanto la obligación como la existencia de dicha cláusula. El Landgericht rechazó la tesis del demandante y declaró carecer de competencia: la cláusula –afirmó el Landgericht– fue estipulada, pero, al no estar consignada por escrito como exige el artículo 17 del Convenio, no puede prevalecer sobre los criterios genera-

* Lengua original: italiano.

les en materia de jurisdicción. Posteriormente, no obstante, el Bundesgerichtshof (al cual se dirigió el demandante tras resultar infructuoso el recurso de apelación ante el Oberlandesgericht München) suspendió el procedimiento y solicitó al Tribunal de Justicia que determinara si, con arreglo al número 1 del artículo 5 y al artículo 17 de dicho Convenio, un acuerdo sobre el lugar de cumplimiento de una obligación, celebrado sin observar las formas exigidas por el artículo 17, es suficiente para conferir la competencia territorial al órgano jurisdiccional de dicho lugar.

Mediante sentencia de 17 de enero de 1980, Zelger (56/79, ↔ Rec. p. 89), el Tribunal de Justicia respondió que el problema consiste en dilucidar si la cláusula mediante la cual las partes designaron el lugar de cumplimiento de una obligación contractual es «válida conforme al Derecho nacional aplicable al contrato»; si lo es, «el Tribunal de dicho lugar será competente para conocer de los litigios relativos a esta misma obligación, en virtud del número 1 del artículo 5 [...], con independencia de que se hayan observado los requisitos de forma previstos por el artículo 17». Puesto que, según el Derecho alemán, la cláusula controvertida era válida, la citada resolución judicial implicaba que el Landgericht München era competente para conocer del litigio principal. En efecto, el Bundesgerichtshof anuló las mencionadas resoluciones de falta de competencia y devolvió el asunto al Landgericht para que resolviera de nuevo.

No obstante, la historia no se termina aquí. Después de haber admitido nuevas pruebas y de haber pedido un dictamen al Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de München, el Landgericht declaró de nuevo carecer de competencia. Pero esta vez, se basó en el hecho de que ante el Tribunal de Catania, Tribunal de la parte demandada, una demanda se había presentado (y estaba aún pendiente) con el mismo objeto. En efecto, según el criterio del orden de prioridad de los órganos jurisdiccionales ante los que se ha entablado un litigio, debe reconocerse la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se formulare la primera demanda, y no cabe duda de que, cuando el litigio fue sometido al Landgericht, el órgano jurisdiccional italiano ya conocía del mismo, dado que las respectivas notificaciones de las demandas tuvieron lugar el 13 de enero de 1977 y el 23 de septiembre de 1976.

El demandante no quedó satisfecho con esta última resolución desfavorable e interpuso un recurso de apelación, alegando que, para determinar el órgano jurisdiccional competente, el momento decisivo no es el de la notificación al demandado del escrito de demanda, sino aquél en que se interpone la demanda ante el Juez. El Oberlandesgericht decidió entonces suspender el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Para zanjar la cuestión de cuál ha sido el órgano jurisdiccional de un Estado contratante ante quien se ha formulado primero una demanda (artículo 21 del Convenio de Bruselas), ¿se debe considerar decisivo el momento en que se somete la demanda al órgano jurisdiccional ("Anhängigkeit") o el

momento en que se produce la litispendencia, –tras la notificación de la demanda al demandado– ("Rechtshängigkeit")?

2. Al prever una pluralidad de órganos jurisdiccionales (generales y especiales), el Convenio de Bruselas permite que «concurran varias competencias internacionales» y, como se afirma en el informe Jenard (DO 1979, C 59, p. 41), dicha circunstancia hace «necesario regular la litispendencia. En virtud del artículo 21, los Tribunales de un Estado contratante deberán, incluso de oficio, inhibirse ante un litigio interpuesto ante ellos cuando dicho litigio esté ya pendiente ante un Tribunal de otro Estado». El texto de la norma resulta claro: «Cuando se formulen demandas que tengan el mismo objeto [...] entre las mismas partes, ante Tribunales de Estados contratantes distintos, el Tribunal ante el que se formulare la segunda demanda deberá [...] inhibirse [...]»

La cuestión planteada por el Juez *a quo* se refiere a la expresión «el Tribunal ante el que se formulare la segunda demanda». Se trata de establecer si la prioridad a la cual hace alusión dicha expresión está vinculada a la presentación en la Secretaría del Tribunal del escrito de demanda o a la notificación a la parte demandada del escrito de demanda. La duda surge debido a que la versión alemana del artículo 21 habla de «Anhängigkeit». En efecto, según la terminología de la doctrina procesal y de la jurisprudencia alemanas, el mencionado término designa la litispendencia derivada de la presentación del escrito de demanda (la cual puede producir determinados efectos: así, la interrupción particular de la prescripción establecida por el párrafo tercero del apartado 270 de la Zivilprozeßordnung); mientras que la litispendencia que resulta de la notificación del escrito de interposición de la demanda y que retira la competencia al Juez ante el que se presenta la demanda con posterioridad se define como «Rechtshängigkeit». De lo expuesto se podría deducir –como sugiere el Juez *a quo*– que el artículo 21 pretende hacer depender el orden de prioridad de los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto de la simple presentación del escrito de demanda.

Al parecer, esta interpretación –que, como es evidente, considera que la expresión «el Tribunal ante el que se formulare la segunda demanda» constituye un concepto de Derecho uniforme– es confirmada a continuación por el párrafo primero del artículo 22, que regula la suspensión del procedimiento pendiente ante el Juez ante el que se formuló la segunda demanda cuando existe un asunto conexo, entablado ante un Juez de otro Estado. En efecto, en el texto alemán correspondiente a la citada norma, el término «introduit» que aparece en el texto francés ha sido traducido por «erhoben» el cual, según la terminología procesal alemana, significa entablar un litigio mediante notificación del escrito de demanda («Zustellung»). El empleo de dos términos diferentes –resalta el Oberlandesgericht– hace pensar que, al modificar conceptos consustanciales al Derecho alemán, los autores del Convenio admitieron dos modelos diferentes de litispendencia: uno con arreglo al artículo 21, basado en la presentación del escrito de demanda, y otro regulado por el artículo 22, basado en la notifica-

ción a la parte contraria del mismo escrito procesal.

3. Procede señalar inmediatamente que, en mi opinión, el artículo 21 no puede interpretarse como propone el Juez de remisión. En particular, excluyo que la mencionada norma defina un concepto de litispendencia válido para los sistemas jurídicos de los seis Estados contratantes y, con mayor motivo, habida cuenta de que dicha noción se basa en un concepto de inicio del proceso que coincide con la presentación del escrito de demanda. Dejemos a un lado, por un momento, el argumento obviamente marginal derivado del texto alemán del Convenio. Un problema como el que nos ocupa no puede solucionarse sino es: a) aclarando lo que el artículo 21 entiende por litispendencia; b) examinando los seis ordenamientos jurídicos para comprobar si contienen una normativa uniforme de la institución controvertida y si es posible, por consiguiente, considerar el artículo 21 como norma de Derecho uniforme.

Comencemos pues por analizar la letra a). El concepto de litispendencia supone, por una parte, que se someta un mismo litigio a órganos jurisdiccionales diferentes y, por otra parte, que exista un criterio para establecer cual de los dos órganos jurisdiccionales debe seguir siendo *dominus* del litigio. Pues bien, tales criterios son muy variados. Así, por ejemplo, «los Tribunales [del Reino Unido] tienen la facultad [...] de no tener en cuenta la litispendencia de un procedimiento ante Tribunales de países extranjeros» e incluso, «excepcionalmente, también pueden negarse a entablar un procedimiento o a pronunciarse sobre el fondo si consideran preferible que el asunto se presente ante un órgano jurisdiccional también competente en otro Estado [...] debido a que [...] dicho órgano jurisdiccional estaría en mejores condiciones de conocer del asunto y, en particular, de garantizar mejor la igualdad de trato de las partes afectadas» (véase informe Schlosser; DO 1979, C 59, p. 97). No obstante, como vimos, el Convenio de Bruselas adopta el criterio de prioridad del «Tribunal ante el que se formulare la primera demanda», es decir que soluciona el conflicto *de quo* en detrimento del «Tribunal ante el que se formulare la segunda demanda». Tal es pues la norma a la que deben atenerse los órganos jurisdiccionales nacionales.

Pero, ¿qué significa «el Tribunal ante el que se formulare la segunda demanda»? Tal cuestión requiere que se defina el momento inicial del procedimiento y, para efectuar esta tarea, en teoría es posible seguir dos vías: definir dicho momento sin tener en cuenta los numerosos efectos procesales y sobre el fondo que los distintos ordenamientos jurídicos hacen depender de él o determinar tal momento a efectos de litispendencia, es decir, para sustraer el litigio al Juez al que le fuere sometido con posterioridad.

En mi opinión, seguir la primera vía no lleva a nada. Tiene por objeto instituir un concepto autónomo y neutro del inicio del procedimiento; pero, la búsqueda en el Convenio de elementos útiles a tal efecto resulta vana. Por el contrario, del concepto que recoge el artículo 21 al referirse al «Tribunal ante el que se formulare la segunda

demanda», variable y susceptible de ser descompuesto en función de los efectos que se quieran obtener, los Derechos nacionales nos ofrecen numerosos ejemplos. Así, tomemos por ejemplo, el Derecho alemán. Cuando se trata de interrumpir la prescripción, el ordenamiento jurídico alemán se refiere a la simple presentación del escrito de demanda; cuando se trata de resolver la litispendencia, es decir, de determinar qué órgano jurisdiccional sigue siendo *dominus* del litigio, el Derecho alemán recurre a la notificación del mencionado escrito procesal. Dos efectos, dos maneras de definir el inicio del procedimiento.

Como ya he señalado, en opinión del Oberlandesgericht, se puede inferir otra conclusión del texto alemán del artículo 21 del Convenio de Bruselas. Al definir el término «anhängig» (es decir, pendiente por haberse efectuado la presentación del escrito de demanda), lo que el artículo 22 denomina «erhoben» podría constituir un concepto autónomo de inicio del procedimiento. Por mi parte, no comparto esta opinión. Considero que los autores del Convenio no adoptaron los citados dos términos para referirse a realidades diferentes; no utilizaron el término «anhängig» para abonar la idea de que, para que se produzca la litispendencia, debe considerarse siempre y en cualquier caso que el procedimiento se inicia con la presentación del escrito de demanda. En efecto, tres observaciones militan contra las dudas del Juez *a quo*. La primera es que la distinción alemana no tiene equivalente en las versiones francesa, italiana y neerlandesa del Convenio. La segunda es que, en los otros cinco países, la litispendencia no está nunca vinculada a un momento previo a la iniciación del procedimiento contradictorio. La tercera es, como acabo de decir, que el Derecho alemán hace depender la litispendencia de la notificación del escrito de demanda y se basa en la anterioridad de la presentación del escrito de demanda con vistas a alcanzar objetivos diferentes (así, en algunos casos, para interrumpir la prescripción).

4. Así pues, he examinado lo que entiende el artículo 21 del Convenio por litispendencia. Al abordar el segundo punto de mi esquema de razonamiento, debemos preguntarnos a continuación si la norma que contiene dicho artículo es de Derecho uniforme, es decir, común a todos los Estados contratantes, o remite a la normativa establecida por los respectivos legisladores en materia de litispendencia. Como es sabido, ambas posibilidades están abiertas (véase en este sentido, para todos los conceptos jurídicos del Convenio, la sentencia de 6 de octubre de 1976, Industrie tessili italiana, 12/76, Rec. p. 1473), y para escoger una u otra posibilidad, basta con examinar los seis ordenamientos jurídicos. ¿Puede afirmarse que contienen un concepto común de litispendencia? Es más, ¿puede decirse que definen de la misma manera el momento decisivo del procedimiento a los efectos de determinar el Juez competente, cuando la demanda ha sido interpuesta en diversas fechas y ante órganos jurisdiccionales diferentes?

Al final del punto 3 de las presentes conclusiones he resaltado que dichos ordenamientos jurídicos tienen algo en común: ninguno sitúa dicho momento decisivo en la fase que

precede a la notificación a la parte demandada del escrito de demanda. Con arreglo al artículo 29 del code de procédure belga, el Juez ante el que se formula la primera demanda se define haciendo referencia a la fecha de inscripción del asunto en el registro de la Secretaría del órgano jurisdiccional (acto que es posterior y que implica la iniciación del procedimiento contradictorio). Varias veces ya me he referido al ejemplo de Alemania (véanse, en todo caso, párrafo primero del apartado 253 y el párrafo primero del apartado 261 de la Zivilprozeßordnung). En Francia, el artículo 100 del nuevo code de procédure civile establece que «si el mismo litigio está pendiente ante dos órganos jurisdiccionales [...] ambos competentes [...], el Tribunal ante el que se formulare la segunda demanda deberá inhibirse en favor del otro». Además, con arreglo al artículo 54, la demanda inicial (que, en virtud del artículo 53 «inicia el proceso»), se formula mediante notificación de la demanda al demandado o mediante presentación ante la Secretaría del órgano jurisdiccional de un escrito de demanda común. Pero la presentación, simple y unilateral, en la Secretaría del escrito de demanda no produce litispendencia; con arreglo a la interpretación del artículo 100 efectuada por la Cour de cassation, para que exista litispendencia es indispensable notificar a la parte contraria el escrito de demanda (sentencia de 24 de abril de 1981, Bull. Civ. II, n° 104).

El Derecho italiano es más claro. Con arreglo al párrafo tercero del artículo 39 del Código de Procedimiento civil italiano, «el orden de prioridad de los órganos jurisdiccionales que conocen de un mismo asunto está determinado por la notificación de la demanda»; por el contrario, la inscripción del asunto en el Registro de la Secretaría del órgano jurisdiccional, que tiene lugar después de la notificación del escrito de demanda y por iniciativa de las partes, no tiene incidencia ninguna en materia de litispendencia. Igualmente en Luxemburgo: la litispendencia se produce a raíz de la notificación (artículos 61 a 171 del code de procédure civile) y, como resaltan el tribunal d'arrondissement de Luxembourg y la Cour supérieure de justice, la inscripción del asunto en el Registro de la Secretaría del órgano jurisdiccional no influye en absoluto en la litispendencia (sentencias de 21 de noviembre de 1957 y de 9 noviembre de 1964, Pas. Lux, vol. 17, p. 207 y vol. 19, p. 426). La normativa neerlandesa es similar. Según la jurisprudencia dominante relativa al apartado 1 del artículo 158 del Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, la litispendencia se produce cuando se notifica al demandado el escrito de interposición de la demanda. Carece, sin embargo, de relevancia la inscripción del asunto en el Registro de la Secretaría, la cual debe tener lugar a más tardar el día anterior a la audiencia para la que se efectúa el emplazamiento (apartado 1 del artículo 135).

5. Se observan por consiguiente tendencias similares pero no, sin embargo, un régimen idéntico. Considero que del análisis comparativo que he efectuado se desprende que –debido sobre todo a la normativa belga y a la ambigüedad de las normas francesas– no existe coincidencia entre los diferentes ordenamientos jurídicos.

Y si es así, resulta imposible construir un concepto de litispendencia que sea común y válido para todos los ordenamientos jurídicos. Cabe resaltar además que el informe Jenard abunda en el mismo sentido. Según reza dicho informe, el Comité de expertos que elaboró el proyecto «decidió que no había que precisar en el texto (del artículo 21) el momento a partir del cual un proceso debe ser considerado como pendiente y, por consiguiente, dejó esta cuestión a cada uno de los Derechos nacionales».

Pero el resultado al que ha llegado no agota la respuesta que conviene dar al Juez de remisión. Después de haber aclarado que el precepto es una norma de conflicto, se trata de comprobar si, desde el punto de vista comunitario, *cualquier* normativa nacional en materia de litispendencia puede ser legítima y, por consiguiente, capaz de hacer efectiva la remisión prevista por el artículo 21. Pues bien, me cabe la duda: por ejemplo, considero que no sería legítimo un régimen que pudiera poner en peligro el derecho de defensa. En efecto, el Convenio otorga una importancia particular a este derecho cuando enumera, entre las circunstancias que impiden el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras dictadas en rebeldía del demandado, el hecho de que el escrito de demanda no haya sido notificado, de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse (apartado 2 del artículo 27).

Ahora bien, estimo que vincular la litispendencia con un acto procesal previo a la notificación del escrito de demanda puede debilitar las posibilidades de defensa del demandado desde dos puntos de vista : en primer lugar porque, al ignorar que ha sido presentada contra él una demanda ante otro órgano jurisdiccional, el demandado no podría proponer a su debido tiempo la excepción de litispendencia, y por consiguiente, no podría actuar rápidamente de manera que el Juez ante el que fuere formulada la primera demanda conociere definitivamente del litigio; a continuación, porque la simple presentación por el demandante del escrito de demanda podría impedir, incluso antes de que se iniciara el procedimiento contradictorio, que el demandado sometiera el litigio a otro Juez igualmente competente. Por consiguiente, el artículo 21 sólo autoriza soluciones en las que el momento del inicio de la litispendencia no tenga lugar antes de la notificación de la demanda. Resulta evidente, sin embargo, que dicha disposición no prohíbe que se desplace el mencionado momento hasta una fase posterior (por ejemplo, hasta la inscripción del asunto en el registro de la Secretaría del órgano jurisdiccional: artículo 29 del Code de procédure belga).

Esto no es todo. En mi opinión, los únicos ordenamientos jurídicos que se ajustan a los objetivos del Convenio son aquellos que adoptan un criterio automático para resolver el conflicto entre dos órganos jurisdiccionales que conozcan del mismo asunto. En efecto, confiar tal decisión a la discreción de los órganos jurisdiccionales o de las propias partes daría lugar a un estado de incertidumbre y de conflicto entre varias autoridades (*¿quid iuris*, por ejemplo, si dos órganos jurisdiccionales de Estados

diferentes se declaran ambos competentes o carentes de competencia?); ésta es precisamente la situación que aborda la institución de la litispendencia y a la que el Convenio intenta poner remedio. Por consiguiente, dudo que, una vez ratificado dicho Convenio, los ingleses puedan mantener en vigor la solución que he descrito en el punto 3 de las presentes conclusiones.

6. A la luz de las consideraciones antes expuestas, propongo que el Tribunal de Justicia responda de la manera siguiente a la cuestión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht München, mediante resolución del 22 de junio de 1983, en el asunto interpuesto por el Sr. Siegfried Zelger contra el Sr. Sebastiano Salinitri:

El artículo 21 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil debe interpretarse en el sentido que el momento a partir del cual se produce la litispendencia con arreglo a la ley del órgano jurisdiccional que conociere del asunto es determinante para establecer el orden de prioridad entre dos o más demandas que tengan el mismo objeto y la misma causa, entre las mismas partes y ante órganos jurisdiccionales de Estados contratantes diferentes. No obstante, este momento debe poder determinarse en función de criterios objetivos y no puede preceder a la notificación al demandado del escrito de demanda.