CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. CARL OTTO LENZ

presentadas el 8 de marzo de 1994 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

A. Introducción

1. Con la presente petición de decisión prejudicial, el Bundesgerichtshof plantea diversas cuestiones sobre la interpretación de dos importantes disposiciones del Convenio de Bruselas, en particular, del número 1 del artículo 5, que atribuye competencia al Tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación y (en su caso) del artículo 17, sobre convenios atributivos de competencia. Según lo indicado por el Bundesgerichtshof, ambas disposiciones son aplicables, bien en la redacción de 1978, bien en la redacción (idéntica) de 1982.

2. Estas cuestiones se suscitaron en relación con una demanda interpuesta por Stawa Metallbau GmbH ante un Tribunal del lugar de su domicilio social, Bielefeld, mediante la que exigía a su socio comercial Custom Made Commercial Ltd, con domicilio en Londres, el pago (parcial) del precio debido por las ventanas y puertas por él fabricadas.

3. Estos objetos estaban destinados a un complejo inmobiliario en Londres y su precio se acordó en libras esterlinas. El contrato en el que se basaba dicha pretensión era el primero de los celebrados entre las partes. Tras negociaciones llevadas a cabo en inglés, fue celebrado verbalmente en Londres el 6 de mayo de 1988.

4. La demandante confirmó la celebración del contrato mediante un escrito, redactado en inglés, de 9 de mayo de 1988. En este escrito se indica, entre otros extremos:

«We refer to our meeting on May 6th and confirm your order for the manufacturing of windows and doors for the Project "Cranbrook Estate", subject to our terms of sale and supply.

[...]»

5. Este escrito se acompañaba, por primera vez, de las condiciones generales de la contratación de la demandante, redactadas en

* Lengua original: alemán.

alemán. Conforme a la cláusula 8.ª de estas condiciones:

«8.ª. Fuero

Siempre que el comprador sea una empresa mercantil, una persona jurídica de Derecho público o un patrimonio específico de Derecho público, para cualquier controversia entre las partes derivada de la relación contractual, el lugar de cumplimiento y el fuero jurisdiccional serán Bielefeld.»

6. La demandada no expresó ninguna objeción a estas condiciones generales de la contratación.

7. Según comprobaciones del Bundesgerichtshof, el contrato entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Bienes Muebles (en lo sucesivo, «Ley Uniforme sobre la Compraventa»), cuyo texto acompaña al Convenio de La Haya de 1 de julio de 1964. [1] Según la primera frase del apartado 1 del artículo 59 de esta Ley, aplicable al presente caso, el lugar de cumplimiento de la obligación consistente en el pago del precio de la compraventa será el lugar en el que el vendedor esté establecido o, a falta de establecimiento, el de su residencia habitual.

8. Respecto al procedimiento ante los Tribunales nacionales, debe señalarse que la demandante obtuvo en primer lugar una sentencia dictada en rebeldía por el Landgericht Bielefeld, en la que se estimaba la pretensión objeto del litigio. Tras formular la demandada oposición contra esta sentencia, el Landgericht declaró la admisibilidad de la demanda mediante resolución interlocutoria. El Oberlandesgericht Hamm desestimó la apelación interpuesta contra esta sentencia. Para afirmar la competencia internacional de los Tribunales alemanes, se basó en el número 1 del artículo 5 del Convenio de Bruselas, que, al igual que el artículo 59 de la Ley Uniforme sobre la Compraventa, establece como lugar de cumplimiento el del domicilio de la demandante.

9. Al conocer del recurso de casación («Revision» alemana) interpuesto contra la sentencia del Oberlandesgericht Hamm, el Bundesgerichtshof planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) a) El lugar de cumplimiento, a efectos del número 1 del artículo 5 del Convenio de Bruselas, ¿debe determinarse también según el Derecho material aplicable a la obligación controvertida conforme a las normas de conflicto del Tribunal que conoce del litigio, cuando se trata de una demanda interpuesta por un proveedor contra un comprador, por la que reclama el pago del precio, basada en un contrato de suministro, si, conforme a las normas de conflicto del Tribunal que conoce del litigio, resulta aplicable a dicho contrato el Derecho uniforme sobre compraventa internacional, y, por consiguiente, el lugar de cumplimiento de la obligación de pagar el precio del suministro es el establecimiento del proveedor demandante?

1 — *Recueil des traités des Nations Unies*, tomo 834, pp. 107 y ss.

b) En el caso de que el Tribunal de Justicia responda en sentido negativo:

¿Cómo debe determinarse, en tal caso, el lugar de cumplimiento a efectos del número 1 del artículo 5 del Convenio de Bruselas?

2) En el caso de que, conforme a las respuestas a las cuestiones contenidas en las letras a) y b) de la primera pregunta, la competencia internacional de los Tribunales alemanes no pueda basarse en el número 1 del artículo 5 del Convenio de Bruselas:

a) ¿Puede considerarse válidamente acordado un convenio atributivo de competencia, conforme al tercer supuesto de la segunda frase del párrafo primero del artículo 17 del Convenio de Bruselas, en su versión de 1978, cuando el proveedor confirma por escrito al comprador un contrato verbal previamente celebrado, adjuntando, por vez primera, sus condiciones generales de la contratación que contienen una cláusula atributiva de competencia, si el comprador no impugna esta cláusula, en el lugar del domicilio del comprador no existe ningún uso mercantil por el que el silencio frente a tal escrito deba considerarse como aceptación de la cláusula atributiva de competencia, el comprador tampoco conoce tal uso mercantil y se trata del primer contacto comercial entre las partes?

b) En el caso de que el Tribunal de Justicia responda en sentido afirmativo a la letra a) de la segunda pregunta:

¿Es también aplicable dicha respuesta cuando las condiciones generales de la contratación, que contienen la cláusula atributiva de competencia, están redactadas en un idioma desconocido para el comprador, distinto del de las negociaciones y del contrato, y cuando en el escrito confirmatorio del contrato, redactado en el idioma de las negociaciones y del contrato, se hace referencia global a las condiciones generales de la contratación adjuntadas, pero no se hace ninguna indicación específica a la cláusula atributiva de competencia?

3) En el caso de que el Tribunal de Justicia responda afirmativamente a las cuestiones contenidas en las letras a) y b) de la segunda pregunta:

¿Prohíbe el artículo 17 del Convenio de Bruselas, en el caso de una cláusula atributiva de competencia contenida en condiciones generales de la contratación que cumple los requisitos establecidos en dicho precepto para la validez de los convenios atributivos de competencia, someter dicha cláusula a un examen complementario, según el Derecho

material nacional aplicable conforme a las normas de conflicto del Tribunal que conoce del litigio, a fin de determinar si ha pasado a constituir válidamente parte integrante del contrato?»

B. Análisis

Sobre la primera cuestión prejudicial

10. *I.* El número 1 del artículo 5 del Convenio, al que se refiere la primera cuestión planteada por el Bundesgerichtshof, establece lo siguiente:

«Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante:

1. en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; [...]»

11. De las consideraciones de la resolución de remisión resulta que, en el marco de esta disposición, el Bundesgerichtshof desea que se determine el concepto de «lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda»; en particular, desea saber si el significado de este concepto —al que designa, de forma abreviada, como «lugar de cumplimiento»— «debe determinarse también según el Derecho material aplicable a la obligación controvertida conforme a las normas de conflicto del Tribunal que conoce del litigio» en un caso como el presente. En caso negativo, desea saber de qué (otra) forma debe determinarse, en tal supuesto, el lugar del cumplimiento.

12. *II.* Para resolver este problema, considero necesario profundizar en el contexto, en particular, en el objetivo del número 1 del artículo 5 del Convenio, el origen de dicho concepto y su localización en el Convenio, así como la jurisprudencia en la materia del Tribunal de Justicia.

13. *1.* Sobre el objetivo del número 1 del artículo 5, del informe Jenard [2] resulta que la adopción de reglas de competencia especiales se justificaba por el motivo de que

«existe un estrecho vínculo de referencia entre el litigio y el tribunal que deberá conocerlo».

2 — DO 1979, C 59, pp. 1 y ss., especialmente p. 22, columna derecha, penúltimo párrafo; traducción al español el DO 1990 C 189, pp. 122 y ss., especialmente, p. 142, columna derecha, párrafo segundo.

14. En particular sobre el número 1 del artículo 5, el informe Jenard enuncia una serie de supuestos que justifican, a modo de ejemplo, tal interés en la competencia del Tribunal del lugar de ejecución:

«El fuero del lugar en que la obligación ha sido o debe ser ejecutada presenta interés para las demandas de restitución de honorarios: el acreedor podrá elegir entre los Tribunales del Estado del domicilio del demandado y el Tribunal de otro Estado a quien competa la realización de la prestación, en particular cuando, con arreglo a la ley aplicable, la obligación de pagar deba ser ejecutada en el lugar de la prestación de los servicios. Dicho fuero será igualmente útil cuando sean necesarias medidas de peritaje o de investigación.» [3]

15. El Tribunal de Justicia ha suscrito expresamente esta interpretación del objetivo del número 1 del artículo 5. En la sentencia Tessili, [4] en relación con la posibilidad de elegir entre las competencias especiales del artículo 5, indicó al respecto:

«Esta libertad de elección se estableció por considerarse que, en determinados supuestos, existe una conexión particularmente estrecha entre el litigio y el órgano jurisdiccional que puede conocer de él, con el fin de permitir una sustanciación adecuada del proceso.» [5]

16. En otros términos, los del Abogado General Sr. Mancini, según esta interpretación, el Tribunal del lugar de cumplimiento «se encuentra, por su proximidad física a la relación controvertida, en mejor situación de apreciarla con el mayor conocimiento de las circunstancias del asunto». [6]

17. Algunos autores han interpretado de modo diferente el objetivo del número 1 del artículo 5.

18. Así, se ha considerado, apoyándose en diversos fundamentos, la competencia del Tribunal del lugar de cumplimiento como un elemento de un sistema en el que las ventajas y los riesgos en el ámbito de la competencia judicial se reparten equitativamente entre el demandante y el demandado. [7] Los defensores de esta opinión pretenden configurar según dicha interpretación —con resultados desiguales— el número 1 del artículo 5 del Convenio como contrapeso a la regla del artículo 2. [8]

19. A este respecto, considero que tal reparto equitativo constituye un objetivo completamente legítimo. Es evidente que también los autores del Convenio tuvieron

3 — Pp. 23 y 24 del informe Jenard; p. 143 de la traducción española (véase la nota precedente).

4 — Sentencia de 6 de octubre de 1976, Tessili/Dunlop (12/76, Rec. p. 1473).

5 — Apartado 13 de la sentencia.

6 — Conclusiones de 1 de febrero de 1983, Peters (34/82, Rec. pp. 1005 y ss., especialmente p. 1010).

7 — En este sentido, Schack: *Der Erfüllungsort im deutschen, ausländischen und internationalen Privat- und Zivilprozeßrecht*, Fráncfort, 1985, apartados 144 y ss., 207 y 218; Spellenberg: *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1981, pp. 75, 76 y ss.

8 — Véase también Geimer: *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1986, pp. 85, 87.

en cuenta tales consideraciones. [9] Ahora bien, como muestran los citados párrafos del informe Jenard, partieron de la consideración de que el número 1 del artículo 5 precisamente satisfacía el principio del «reparto equitativo» porque está justificado por motivos *objetivos,* relativos al «litigio» de que se trate. [10]

20. No es seguro que tal planteamiento superase un examen crítico en relación con la totalidad del ámbito de aplicación de esta disposición. [11] No obstante, se trata de un decisión política fundamental que el Tribunal de Justicia está obligado a respetar. Por consiguiente, no sería correcto que éste definiera el objetivo del número 1 del artículo 5 de forma sistemática conforme a su propio concepto de la «equidad». El Tribunal de Justicia es especialmente prudente a este respecto. Sólo en el ámbito de los litigios derivados de un contrato de trabajo, marcado por la especial relevancia social de las relaciones laborales, se ha permitido reflexionar sobre la protección de la parte más débil, y ello, únicamente para *completar* sus reflexiones sobre la proximidad material. [12]

21. Tampoco comparto la opinión según la cual el número 1 del artículo 5 encuentra su justificación en la idea de que el deudor debe ser emplazado ante el Tribunal del lugar en el que debe cumplir su prestación, según las normas del Derecho material aplicable. [13] Esta teoría parece basarse en la comprobación de que el potencial demandado se ha comprometido mediante contrato a una prestación en un lugar determinado y, por consiguiente, también debe aceptar ser emplazado ante el Tribunal de este lugar. En su contra debe señalarse que el lugar en que la prestación debe realizarse, tal como lo define la Ley aplicable, no permite llegar a esta conclusión. Por otra parte, la citada solución es especialmente problemática en supuestos como el presente. En Derecho material, el lugar de cumplimiento de las obligaciones de pago determina la mayoría de las veces [14] únicamente el reparto de los riesgos y de las cargas ligadas a la transmisión de las cantidades de dinero, cuya disponibilidad no depende del lugar de cumplimiento de la prestación. No puedo entender qué relación existe entre este reparto de los riesgos puramente económico y la cuestión de si el deudor debe aceptar que el acreedor le demande ante uno u otro Tribunal.

22. 2. Examinemos ahora el concepto de lugar de cumplimiento, lugar que, según la intención de los redactores del Convenio, debe permitir, en el ámbito de aplicación del número 1 del artículo 5, designar un Tribunal próximo a los hechos.

9 — Véanse las consideraciones del informe Jenard (nota 2) sobre la competencia del Tribunal del lugar en que se origina la obligación, p. 23, penúltimo párrafo.

10 — Véase la sentencia de 17 de junio de 1992, Handte (C-26/91, Rec. p. I-3967), apartados 11 a 13.

11 — Véase Schack, *loc. cit.,* apartados 146 y 353.

12 — Véanse las siguientes sentencias, relativas todas a hechos anteriores a la modificación del Convenio mediante el Convenio de San Sebastián (DO 1989, L 285): sentencias de 26 de mayo de 1982, Ivenel (133/81, Rec. p. 1891), apartado 16; de 15 de febrero de 1989, Six Constructions (32/88, Rec. p. 341), apartado 14 en relación con el apartado 13, y de 13 de julio de 1993, Mulox (C-125/92, Rec. p. I-4075), apartado 18.

13 — Geimer/Schütze: *Internationale Urteilsanerkennung,* tomo I, volumen 1, Múnich, 1983, p. 553.

14 — El Derecho alemán, que distingue entre las cuestiones del lugar de cumplimiento y las del reparto de los riesgos de la transmisión, constituye una excepción a este respecto: véase el artículo 270 del *Bürgerliches Gesetzbuch,* en particular su apartado 4.

23. El concepto de lugar de cumplimiento procede del *Derecho material.*

24. En este ámbito, el *cumplimiento* representa una acción mediante la cual se proporciona la prestación debida al acreedor, cuya pretensión queda así liquidada. Si esta pretensión se basaba en un contrato —sólo en este supuesto le es aplicable el número 1 del artículo 5—, el término «cumplimiento» significa, además, que se ha logrado uno de los objetivos del contrato definido por las partes, al menos cuando se trata de una pretensión relativa a una de las dos prestaciones principales (intercambiadas).

25. Por consiguiente, podría decirse que el *lugar de cumplimiento* como dimensión espacial del cumplimiento es el lugar en el que la pretensión del acreedor se extingue por el hecho de que el deudor ha realizado la prestación debida y, por lo que se refiere a la prestación principal, el lugar en el que el objeto del contrato se consigue en todo o en parte.

26. No obstante, esta conclusión debe ser sometida a una doble reserva. En primer lugar, no da una imagen exacta del objetivo de las disposiciones materiales relativas al lugar de cumplimiento. A falta de un acuerdo, estas disposiciones no solo deben concretar las obligaciones de las partes, sino que también deben delimitar los ámbitos de responsabilidad recíproca de las partes, en el caso de que surgieran irregularidades en el cumplimiento del contrato. [15] Según las obligaciones contractuales de que se trate, el acento recae bien sobre uno o bien sobre otro de los citados objetivos. Cuando se trate de la obligación de pagar un precio contractual, la determinación del lugar de cumplimiento sirve, como ya he indicado, ante todo para repartir determinados riesgos. Lo mismo ocurre con la norma aplicable en el presente caso, recogida en el apartado 1 del artículo 59 de la Ley Uniforme sobre la Compraventa, que configura la obligación de pago del comprador como una obligación de dar. Esta norma se basa en la idea de que corresponde al deudor de una cantidad de dinero soportar los riesgos de las operaciones de pago. [16]

27. Debe señalarse, en segundo lugar, que, en el marco de la delimitación de responsabilidades de las partes, el lugar de la *acción* dirigida al cumplimiento y el lugar de *perfección* de éste pueden ser distintos. Así, basta con remitirse al apartado 2 del artículo 19 de la Ley Uniforme sobre la Compraventa. Según este artículo, en el caso de que el contrato implique el transporte de la cosa y si no se ha convenido ningún otro lugar para su suministro, éste se realizará mediante la entrega de la cosa al transportista para su transmisión al comprador. El objetivo del contrato, que consiste en poner al comprador en posesión de la cosa, sólo se consigue cuando éste recibe la mercancía. Sin embargo, la responsabilidad del vendedor termina desde el momento en que entrega la mercancía al transportista en los términos previstos (véanse, asimismo, el apartado 1 del artículo 97 y el artículo 96 de la Ley Uniforme sobre la Compraventa).

15 — Schack: *loc. cit.* (nota 7), apartado 10.

16 — Dölle: *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Múnich, 1976, artículo 59, número 7.

28. Debe añadirse que, según el Derecho material, cada obligación contractual puede tener su propio lugar de cumplimiento. Por consiguiente, no queda excluido que dos obligaciones resultantes de un mismo contrato tengan diferentes lugares de cumplimiento, aun cuando desde el punto de vista económico estén estrechamente relacionadas.

29. *3.* Como resultado de todas estas reflexiones debe señalarse, al respecto, que un fuero determinado según un concepto extraído del *Derecho material* se justifica por *razones de procedimiento*, en particular, la *proximidad* a los hechos.

30. En el presente asunto, este desfase es particularmente evidente. Baste con indicar que, como ya se ha visto, el apartado 1 del artículo 59 de la Ley Uniforme sobre la Compraventa, al menos en las actuales condiciones de las operaciones de pago, se refiere ante todo al reparto de los riesgos.

31. Antes de analizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, deseo aprovechar la observación que acabo de hacer para evitar un malentendido que podría resultar de una rápida lectura de la resolución de remisión.

32. En particular, considero problemático entremezclar el número 1 del artículo 5 del Convenio con el apartado 1 del artículo 59 de la Ley Uniforme sobre la Compraventa, y no sólo porque ésta determina la competencia del Tribunal del domicilio o del establecimiento del demandante. Tal reserva sólo estaría fundada si del Convenio se dedujera una cierta «antipatía» general por la competencia del fuero del demandado y aquélla se tomara como criterio para, en su caso, corregir el resultado de una interpretación. Debe admitirse, en este sentido, que, en su artículo 2, el Convenio recoge como regla general la competencia del Tribunal del domicilio del demandado, descartando en su artículo 3 la aplicación de las disposiciones nacionales que prevén tales fueros de competencia. [17] Tampoco puede negarse que, a la vista de los citados artículos, el Convenio «resulta ser claramente contrario a admitir la competencia de los Tribunales del domicilio del demandante aparte de los casos expresamente previstos». [18] No obstante, entre los requisitos contemplados en los artículos 5 y siguientes, tales «excepciones» no son raras. Los artículos 13 y 14, sobre competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores, lo muestran claramente. El Tribunal competente conforme al número 3 del artículo 5 (lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso, en materia delictual o cuasidelictual), también puede tener como consecuencia, según los casos, que sea competente el Tribunal del domicilio del demandante. Por consiguiente, no está justificado deducir de la mayor o menor «antipatía» del Convenio hacia el Tribunal del domicilio del demandante conclusiones en favor de una determinada interpretación.

33. La única conclusión convincente que resulta del sistema previsto por los

17 — Véase la sentencia de 11 de enero de 1990, Dumez France y Tracoba (C-220/88, Rec. p. I-49), apartado 16.

18 — Sentencia de 19 de enero de 1993, Shearson Lehman Hutton (C-89/91, Rec. p. I-139), apartado 17.

artículos 2, 3, 5 y siguientes parece ser aquélla de la que el Tribunal de Justicia partió en las sentencias Shearson Lehman Hutton [19] y Dumez France y Tracoba. [20] Consiste en señalar que, en el caso de que la interpretación de los artículos 5 y siguientes tenga como resultado que es competente el Tribunal del domicilio del demandante, debe examinarse con una atención particular si esta interpretación es conforme con el objetivo de dicha disposición. [21] Por consiguiente, el Bundesgerichtshof pone el dedo en la llaga cuando basa sus dudas en el hecho de que de entremezclar el número 1 del artículo 5 del Convenio y el apartado 1 del artículo 59 de la Ley Uniforme sobre la Compraventa «resulta una competencia *general* del domicilio del demandante». [22]

34. *4.* ¿Cómo ha reaccionado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la estructura del número 1 del artículo 5 antes definida?

35. *a)* En las dos primeras sentencias que dedicó al Convenio, el 6 de octubre de 1976, el Tribunal de Justicia tuvo que definir las reglas por las que se determina el lugar de cumplimiento, por una parte, por lo que respecta a la elección de las obligaciones que deben tomarse en consideración [23] y, por otra parte, por lo que respecta a la elección de las disposiciones o de los principios aplicables de los que se deduce el lugar de cumplimiento de tales obligaciones. [24]

19 — Véase la nota 18.

20 — Véase la nota 17.

21 — Véanse asimismo las sentencias de 27 de septiembre de 1988, Kalfelis (189/87, Rec. p. 5565), apartados 8 y 9, y Six Constructions, antes citada (nota 12), apartado 18.

22 — Resolución de remisión del Bundesgerichtshof; el subrayado es mío.

23 — De Bloos (14/76, Rec. p. 1497).

24 — Sentencia Tessili, antes citada (nota 4).

36. Por lo que se refiere a ambos aspectos, el Tribunal de Justicia se pronunció en favor de una interpretación desde el punto de vista material del precepto objeto del presente procedimiento.

37. Según las reflexiones ya expuestas, es decir, que, conforme al Derecho material, las obligaciones derivadas de una relación contractual no necesariamente tienen que ser cumplidas en el mismo lugar, el Tribunal de Justicia declaró en el asunto de Bloos, en relación con las acciones ejercitadas por un concesionario frente a sus proveedores derivadas de un contrato de distribución en exclusiva, lo siguiente:

«[...] para determinar el lugar de cumplimiento en el sentido del citado artículo 5, la obligación que debe considerarse es la correspondiente al derecho contractual que sirve de fundamento a la acción del demandante». [25]

38. Según los términos empleados por el Tribunal de Justicia, esta solución se basa, por una parte, en la necesidad de evitar, en la medida de lo posible, la multiplicidad de los criterios de competencia judicial en relación con un mismo contrato; por consiguiente, el Tribunal de Justicia se negó a interpretar esta artículo «en el sentido de que se refiere a cualquier obligación derivada del contrato de que se trata». [26] Por otra parte, se basa en las versiones alemana e italiana de este artículo, aplicable entonces en la redacción de 1968.

25 — Apartado 13 de la sentencia de Bloos.

26 — Apartado 10 de la sentencia de Bloos.

39. No obstante, el Tribunal de Justicia limitó el citado principio a los supuestos en los que las obligaciones que son objeto de litigio ocupan el lugar de obligaciones contractuales que no han sido cumplidas. En estos casos, la obligación a que se refiere el número 1 del artículo 5 continúa siendo la obligación cuyo incumplimiento se invoca para justificar tales demandas. [27] Como muestra claramente, en el citado asunto, la comparación entre la sentencia y las conclusiones, [28] también este principio debe evitar una fragmentación de los Tribunales competentes y, en particular, debe favorecer que el mismo Tribunal conozca de las cuestiones conexas.

40. En la citada sentencia Tessili, también basándose en el Derecho material, el Tribunal de Justicia fijó los criterios que determinan la elección de las disposiciones y principios aplicables de los que resulta, en cada caso, el lugar de cumplimiento de la obligación.

41. En esta sentencia, el «lugar en que haya sido o deba ser cumplida la obligación», en el sentido del número 1 del artículo 5 del Convenio

«se determina con arreglo a la ley aplicable a la obligación controvertida, según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del asunto». [29]

27 — Apartados 14 y 15.

28 — Conclusiones del Abogado General Sr. Reischl de 15 de septiembre de 1976 (Rec. 1976, pp. 1511 y ss., especialmente p. 1518).

29 — Fallo de la sentencia Tessili.

42. Tres aspectos de los fundamentos de la sentencia merecen ser destacados.

43. El primero se refiere al criterio según el cual debe determinarse si un concepto contenido en el Convenio debe interpretarse de forma autónoma —y, por tanto, común a todos los Estados miembros— o como una remisión al Derecho material aplicable según las normas de conflicto del primer Tribunal que conoce del litigio. A este respecto, el Tribunal de Justicia declaró que

«[...] ninguna de estas dos opciones se impone con exclusión de la otra, puesto que sólo puede adoptarse una decisión adecuada respecto a cada una de las disposiciones del Convenio por separado, asegurando sin embargo su plena eficacia en la perspectiva de los objetivos del artículo 220 del Tratado». [30]

44. El Tribunal de Justicia expresa al respecto otra reserva en relación con el alcance limitado del Convenio:

«[...] en cualquier caso, cabe subrayar que la interpretación de dichas expresiones y conceptos a efectos del Convenio no prejuzga la cuestión de la norma material aplicable a la situación controvertida». [31]

30 — Apartado 11 de la sentencia Tessili.

31 — Véase la nota precedente.

45. Al elegir entre una interpretación autónoma y la remisión a las normas de conflicto del foro, el Tribunal de Justicia se decidió, en primer lugar, por un criterio pragmático: debe lograrse una «decisión adecuada». Es preciso tener en cuenta, a este respecto, el hecho de que, como tal, el Convenio persigue objetivos muy diferentes: [32] fortalecer la protección jurídica de las personas establecidas en la Comunidad, con el fin de suprimir los obstáculos en las relaciones jurídicas y en la solución de los litigios; [33] conceder los mismos derechos e imponer las mismas obligaciones a los Estados contratantes y las personas interesadas; [34] evitar la multiplicidad de los órganos jurisdiccionales competentes; [35] hacer previsible la aplicación de las reglas sobre determinación de la competencia. [36] Por lo demás, cualquier disposición, cualquier concepto que figura en el Convenio, tiene su función propia que puede presentar una relación más o menos estrecha con los citados objetivos. De acuerdo con lo anterior, aun cuando en sus decisiones más recientes haya mostrado una preferencia general hacia una interpretación autónoma, [37] el Tribunal de Justicia ha declarado que, en definitiva, la elección de la interpretación adecuada debe dejarse al caso concreto. [38]

46. El segundo punto importante de los fundamentos de la citada sentencia Tessili es, como ya he indicado, que ésta se refiere a los objetivos de las competencias especiales previstas por el Convenio. [39] Al parecer, el Tribunal de Justicia no considera que sea cuestionable que mediante la remisión a la *lex causae* se cumplen los objetivos de dicho precepto. Tampoco esto debe extrañar, ya que ninguna de las partes que han presentado observaciones lo ha puesto en tela de juicio. Si bien se ha discutido la oportunidad de dar una interpretación autónoma al Convenio, ello ha sido, no obstante, en unas circunstancias totalmente diferentes. En particular, la discusión se ha reducido esencialmente a ponderar las ventajas de tal interpretación a efectos de una interpretación uniforme del Convenio frente a determinados inconvenientes, en concreto, las consiguientes dificultades en materia de Derecho comparado y sus efectos (no deseados) sobre el Derecho material de los Estados miembros.

47. Por su parte, el Abogado General Sr. Mayras [40] centró el núcleo principal de su examen en la cuestión de cuál de las obligaciones contractuales debe tenerse en consideración a efectos del número 1 del artículo 5 cuando el objeto del litigio no lo constituye la obligación principal del

32 — Véase un resumen en la sentencia Mulox (nota 12), apartado 11.

33 — Véase el Preámbulo del Convenio y el apartado 9 de la sentencia Tessili (nota 4).

34 — Sentencias de 14 de octubre de 1976, Eurocontrol (29/76, Rec. p. 1541), apartado 3; de 22 de marzo de 1983, Peters (34/82, Rec. p. 987), apartado 9; de 8 de marzo de 1988, Arcado (9/87, Rec. p. 1539), apartado 10, y de 27 de septiembre de 1988, Kalfelis, antes citada (nota 21), apartado 15; *en el mismo sentido:* sentencias de 21 de junio de 1978, Bertrand (150/77, Rec. p. 1431), apartados 14 a 16; de 17 de junio de 1992, Handte, antes citada (nota 10), apartado 10, y de 19 de enero de 1993, Shearson Lehman Hutton, antes citada (nota 18), apartado 13.

35 — Por lo que se refiere al número 1 del artículo 5, véanse el punto 38 y la nota 24, *supra*, así como las sentencias Ivenel, antes citada, apartados 18 y 19; de 4 de marzo de 1982, Effer (38/81, Rec. p. 825), apartado 6, y de 15 de enero de 1987, Shenavai (266/85, Rec. p. 239), apartado 8. Véanse, además, las sentencias de 9 de noviembre de 1978, Meeth (23/78, Rec. p. 2133), apartado 8, y de 7 de marzo de 1985, Spitzley (48/84, Rec. p. 787), apartados 16 a 21.

36 — Véase la sentencia Handte (nota 10), apartado 18. Véase asimismo la sentencia de 20 de enero de 1994, Owens Bank (C-129/92, Rec. p. I-117), apartado 32, que alude, en este contexto, al principio de *seguridad jurídica*.

37 — Por ejemplo, véase una preferencia muy marcada en el apartado 13 de la sentencia Shearson Lehman Hutton (nota 18).

38 — Véase el apartado 10 de la sentencia Mulox (nota 12), en el que se señala que el Tribunal se inclina, *en la medida de lo posible*, por una interpretación autónoma de los conceptos utilizados en el Convenio.

39 — Véase el punto 15, *supra*.

40 — Conclusiones de 15 de septiembre de 1976 en el asunto Tessili, antes citado (Rec. p. 1487).

vendedor de suministrar la mercancía, sino una pretensión derivada del supuesto carácter defectuoso del cumplimiento de tal obligación. [41] Después de señalar que, en tal caso, debe tomarse en consideración la llamada obligación principal, el Abogado General examinó de forma relativamente breve la aplicación de la *lex causae*. Para ello, únicamente entró a analizar el problema de la uniformización (insuficiente) de las normas de conflicto y del Derecho material, conforme a lo declarado ante el Tribunal de Justicia. [42]

48. Se llega, así, al tercer punto de los fundamentos de la sentencia Tessili que es pertinente para el presente asunto. El Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la cuestión de si, en interés de la uniformización del concepto de lugar de cumplimiento, es posible ir más allá de la simple remisión a la *lex causae*. En su opinión, «en esta fase de la evolución jurídica, [ello] parece imposible» y, en particular, «debido a las divergencias que subsisten entre las legislaciones nacionales en materia de contratos y habida cuenta de la falta de unificación del Derecho material aplicable [...], [lo cual] queda corroborado por el hecho de que la determinación del lugar de cumplimiento depende del contenido de la relación contractual de la que se deducen estas obligaciones». [43]

49. Haciendo balance de las sentencias de Bloos y Tessili, a la vista de todas estas consideraciones, se comprueba que, en ninguna de estas sentencias el Tribunal de Justicia ha tomado la proximidad al litigio como criterio para examinar si, en la interpretación del número 1 del artículo 5, debía apartarse del Derecho material (del contrato). Las reflexiones del Tribunal de Justicia a raíz de las cuales examinó tal aspecto fueron de otro tipo: al optar, en la sentencia de Bloos, para las obligaciones derivadas de las obligaciones principales, por la competencia del mismo foro que respecto a estas últimas, el Tribunal de Justicia intentó evitar la multiplicidad de Tribunales que pueden conocer de cuestiones conexas. [44] Y la cuestión de si se podía ir más allá de una remisión a la *lex causae*, analizada en la sentencia Tessili, se suscitó en relación con el objetivo de, en su caso, uniformizar el concepto de lugar de cumplimiento. [45]

50. *b)* En jurisprudencia posterior, el Tribunal de Justicia estableció paulatinamente un régimen especial para los litigios derivados de relaciones laborales, pero, en general, ha permanecido en la línea descrita. Examinémoslo en detalle.

51. En la citada sentencia Ivenel, [46] dictada en respuesta a una cuestión prejudicial de la Cour de cassation francesa, se trataba de distintas pretensiones de un representante de comercio derivadas de la supuesta resolución de su contrato de representación, que el Tribunal de apelación había calificado de contrato laboral. En su resolución de remisión, la Cour de cassation preguntó cuál de las

41 — Véanse, en particular, las páginas 1490, punto IV, y 1491, párrafo segundo, en el que las Abogado General expone su análisis del verdadero problema del asunto.

42 — Véase la p. 1495.

43 — Apartado 14 de la sentencia Tessili.

44 — Véase el punto 39, *supra*.

45 — Véase el punto 48, *supra*.

46 — Véase la nota 12.

obligaciones controvertidas en tal supuesto era la obligación relevante para aplicar el criterio establecido en la sentencia Tessili. [47] Por consiguiente, el Tribunal de Justicia hubo de analizar si, en ese supuesto, debían aplicarse los principios de la sentencia de Bloos, o bien era preciso apartarse de ellos. Se inclinó por lo segundo y declaró:

«Cuando una demanda se base en diferentes obligaciones derivadas de un contrato de representación que vincula a un trabajador independiente a una empresa, la obligación que debe tomarse en consideración para aplicar el número 1 del artículo 5 del Convenio [...] es aquella que caracterice este contrato.»

52. El Tribunal de Justicia dio tres motivos diferentes para fundamentar esta solución. *En primer lugar,* tomó en consideración el *objetivo* del número 1 del artículo 5, de determinar la competencia del Tribunal que tenga una *estrecha conexión con el litigio*. En el caso de un contrato laboral, vio esta conexión «en particular en la Ley aplicable al contrato», [48] que, «por lo general, incluye disposiciones que protegen al trabajador». [49] Esta Ley se determina, según la evolución de las normas de conflicto aplicables, [50] por la obligación que es característica del contrato de que se trate y que, normalmente, es la de realizar el trabajo. Se trata, por lo general, del Derecho del lugar en el que se desempeña el trabajo.

53. En *segundo lugar,* el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta consideraciones relativas a la protección de la parte más débil desde el punto de vista social. [51]

54. Por último, remitiéndose al análisis que efectuó en la sentencia de Bloos, [52] se pronunció en favor de interpretar el Convenio «de tal manera que el órgano jurisdiccional que conozca del litigio no se vea obligado a declararse competente para pronunciarse sobre determinadas pretensiones pero incompetente para conocer de otras». [53]

55. En la sentencia Shenavai [54] —aunque el litigio no pertenecía al Derecho del trabajo, sino que se refería a una demanda de reclamación de honorarios por parte de un arquitecto—, el Tribunal de Justicia tuvo que completar desde el punto de vista de la proximidad al litigio lo declarado en la sentencia Ivenel, según la cual los litigios en materia laboral deben someterse, en la medida de lo posible, a un Tribunal del lugar de trabajo, ya que, por lo general, es aplicable su Derecho material. [55] En opinión del Tribunal de Justicia, en favor de la solución aplicada en la sentencia Ivenel debe considerarse, además, que los contratos de trabajo y similares «crean una relación duradera que inserta al trabajador en el marco de cierta

47 — Véase el punto 41, *supra.*

48 — Apartado 15.

49 — Apartado 19.

50 — El Tribunal de Justicia se refiere, al respecto, al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DO 1980, L 266, p. 1; texto en español en DO 1992, L 333, p. 1).

51 — Apartado 16; véase el punto 20, *supra.*

52 — Véanse los puntos 38 y 39, *supra.*

53 — Apartado 18 de la sentencia Ivenel.

54 — Antes citada en la nota 35.

55 — Véanse al respecto las críticas del Abogado General Sr. Mancini (conclusiones de 4 de noviembre de 1986 en el asunto Shenavai, Rec. 1987, pp. 246 y ss., especialmente p. 249), y del Abogado General Sr. Jacobs [conclusiones de 26 de mayo de 1993 en el asunto Mulox (nota 12), puntos 26 a 29].

organización de los asuntos de la empresa o del empresario». [56]

56. Después de confirmar en su sentencia Six Constructions [57] la jurisprudencia Ivenel así precisada, el Tribunal de Justicia conoció del asunto Mulox, que asimismo se refería a un litigio derivado de una relación laboral. No obstante, a diferencia de los asuntos que hasta ahora se han expuesto, en este caso no se trataba de elegir la obligación relevante, sino de determinar el lugar de cumplimiento respecto a tal obligación.

57. El Tribunal de Justicia dedujo que, en el ámbito de los contratos de trabajo, el concepto de lugar de cumplimiento no tenía que determinarse según la *lex causae,* sino —de forma autónoma— conforme a criterios uniformes que corresponde al propio Tribunal de Justicia definir en atención al sistema y a los objetivos del Convenio. En particular, consideró que en el ámbito de los contratos de trabajo no se producen las dificultades derivadas de las diferentes concepciones existentes en relación con el lugar de cumplimiento de la obligación relevante, dificultades en las que el Tribunal de Justicia fundó, en la sentencia Tessili, su elección en favor de determinar el lugar de cumplimiento según la *lex causae.* En este ámbito, la obligación del trabajador de realizar la actividad acordada es, como obligación característica del contrato de trabajo, la obligación relevante a efectos del número 1 del artículo 5. Al respecto, el Tribunal de Justicia se remite a las particularidades de estos contratos expresadas en jurisprudencia anterior: crean una relación duradera que integra al trabajador dentro de la empresa del empleador y se localizan en el lugar de ejercicio de la actividad, que es el que determina la aplicación del Derecho imperativo y de los Convenios Colectivos.

58. A la cuestión de dónde debe establecerse el lugar de cumplimiento (determinado de forma autónoma) en aquel caso en concreto, el Tribunal responde que se trata del lugar en el que el trabajador realiza efectivamente la actividad pactada con el empresario. Al respecto, se remite a los criterios de la proximidad al litigio y de protección de la parte más débil, desarrollados en su jurisprudencia anterior sobre contratos de trabajo.

59. Llegados a este punto, permítaseme hacer balance de la jurisprudencia sentada desde la sentencia Ivenel hasta la sentencia Mulox.

60. A primera vista resulta evidente que los criterios establecidos en la sentencia Mulox para determinar el *lugar de cumplimiento* ya estaban predeterminados en la *elección* que el Tribunal de Justicia venía haciendo desde la sentencia Ivenel en relación con la *obligación que debe tomarse en consideración.* Para fundamentar su solución, el Tribunal de Justicia se basó en la sentencia Mulox exclusivamente en los argumentos que ya había expuesto en su jurisprudencia Ivenel (y que precisó en posteriores). [58] Por consiguiente, a partir de la sentencia Ivenel la decisión en favor de

56 — Apartado 16 de la sentencia Shenavai.
57 — Nota 12.
58 — Véanse asimismo las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en este asunto, punto 21, final.

una interpretación autónoma del concepto de lugar de cumplimiento ya había recaído. [59]

61. Examinando los fundamentos de la sentencia Ivenel, se pone de manifiesto que, ya por aquel entonces, el Tribunal de Justicia consideraba que la determinación del lugar de cumplimiento según el Derecho material del contrato —en todo caso, en el ámbito de los contratos de trabajo— no correspondía a los objetivos del número 1 del artículo 5.

62. Lo anterior me lleva a una doble conclusión.

63. En primer lugar, la jurisprudencia aquí debatida muestra que, si bien el Tribunal de Justicia desea continuar determinando el lugar de cumplimiento según el Derecho material del contrato, se separa, no obstante, de este principio cuando su aplicación *en el caso concreto manifiestamente no corresponde a los objetivos del número 1 del artículo 5*. Se trata, en mi opinión, de un acertado punto intermedio entre dos extremos (que deben rechazarse): por una parte, la aplicación de dicho precepto de una forma rígida, limitada al tenor literal de éste, [60] pero extraña a su objetivo; por otra parte, una interpretación orientada puramente desde el punto de vista de la proximidad material, que podría socavar el concepto de lugar de cumplimiento y convertir el número 1 del artículo 5 en una vaga regla de *forum conveniens*. [61] Por lo demás, si se examina con detenimiento, en su sentencia Tessili el Tribunal de Justicia ya dejó abierta la puerta a tal diferenciación excepcional entre el lugar del cumplimiento material y el lugar de cumplimiento procesal (véase el punto 44, *supra*).

64. En segundo lugar, se pone de manifiesto que el problema de elegir la obligación que debe tomarse en consideración y el del criterio para determinar el lugar de cumplimiento están estrechamente ligados entre sí. Cualquier interpretación por la que se prescinda del Derecho material aplicable al contrato (así como del tenor literal de algunas versiones lingüísticas de la disposición) y se tenga en cuenta una obligación distinta de la que es objeto del litigio es, con diferencia, una interpretación autónoma. Se quiera o no, influye sobre la relación entre el objetivo del número 1 del artículo 5 y el resultado de su aplicación. Al contrario, tal corrección —como uno de los medios posibles— puede configurarse deliberadamente de forma que, al aplicar el número 1 del artículo 5, se tenga en cuenta el objetivo de éste. Tal proceder puede constituir, como muestra la jurisprudencia comentada, una mejor alternativa a la determinación del lugar de cumplimiento mediante el Derecho comparado, máxime si se tiene en cuenta que éste no necesariamente garantiza que, al determinar el Tribunal más próximo al litigio, se sustituyan criterios no apropiados por otros que sí lo sean. Por

59 — En este sentido, es significativo que la resolución de *1982* de la cour d'appel de Metz (Bull. Civ. 1982, V, p. 304), dictada a raíz de la sentencia Ivenel, coincidiera exactamente con los criterios que, en *1993*, en la sentencia Mulox, estableció el Tribunal de Justicia.

60 — Véanse los puntos 22 y ss., *supra*.

61 — En contra de la última alternativa, véase Gothot-Holleaux: *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, París, 1985, p. 41. Véase, asimismo, Droz: *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, París, 1972, pp. 128 y ss. (nº 206).

el contrario, la aplicación del Derecho comparado para determinar el lugar de cumplimiento más bien puede servir para reforzar los efectos uniformizadores del número 1 del artículo 5: si bien el criterio de la *lex causae* es uniforme, [62] no obstante, por su naturaleza, está relativamente alejado de la determinación concreta del lugar de cumplimiento.

65. En este contexto, deseo precisar además que el concepto de «interpretación autónoma» no puede inducir a suponer que, en un caso concreto, sólo se dispone de dos posibilidades: o bien se determina el lugar de cumplimiento *totalmente conforme* al Derecho material o bien de forma *totalmente independiente* de éste. Por el contrario, puede imaginarse una diversidad de soluciones intermedias —siempre en interés de una interpretación adecuada a su objetivo—. Como ejemplo, basta con señalar la sentencia de Bloos, ya comentada. En ésta, recordémoslo, en materia de pretensiones de indemnización por daños y perjuicios o por resolución de un contrato, el Tribunal de Justicia consideró que la obligación relevante era aquella cuyo incumplimiento servía de fundamento a tales pretensiones. Sin embargo, este paso hacia una interpretación autónoma del número 1 del artículo 5 se acompaña nuevamente de una referencia a la *lex causae:* «Por lo que respecta a demandas de indemnizaciones compensatorias, incumbe al órgano jurisdiccional nacional verificar si, *según el Derecho aplicable al contrato,* se trata de una obligación contractual autónoma o de una obligación que sustituye a la obligación contractual incumplida». [63]

66. Analicemos a continuación la jurisprudencia en ámbitos distintos del de los contratos de trabajo.

67. En la citada sentencia Shenavai, [64] el Tribunal de Justicia declaró que en el supuesto de un litigio relativo a una demanda de reclamación de honorarios de un arquitecto encargado de un proyecto de construcción, para determinar el lugar de cumplimiento debía tomarse en consideración la obligación contractual que era, en particular, objeto de la demanda. Como fundamento de esta solución, en relación con la elección diferente adoptada en la sentencia Ivenel, el Tribunal de Justicia recordó, en primer lugar, los argumentos relativos a la integración del trabajador en la empresa del empleador y a la circunstancia de que el punto de referencia espacial para la aplicación de disposiciones de Derecho imperativo y de los Convenios Colectivos es el lugar en el que desempeña su actividad. [65] A continuación, el Tribunal de Justicia declaró:

«En ausencia de estas particularidades específicas, ni son necesarias ni están indicadas la identificación de la obligación que caracteriza al contrato y la centralización de la competencia judicial en su lugar de cumplimiento, a título de lugar de cumplimiento para los litigios relativos a todas las obligaciones contractuales. En efecto, la variedad y la multiplicidad de los contratos, en su

62 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Mayras en el asunto Tessili (nota 40), Rec. p. 1495.

63 — Apartado 17 (final) de la sentencia de Bloos (nota 23); el subrayado es mío.

64 — Nota 54.

65 — Apartado 16 de la sentencia Shenavai.

conjunto, son tales que tal criterio podría ocasionar incertidumbres acerca de la competencia judicial en dichos otros casos, incertidumbres cuya reducción ha sido precisamente el objeto del Convenio.

Semejante incertidumbre no existe, en cambio, por lo general, en los contratos cuando únicamente se toma en consideración la obligación estipulada en el contrato a cuyo cumplimiento se dirige la acción judicial. En efecto, el lugar en el que ésta ha de ejecutarse constituye normalmente el nexo de unión más estrecho entre la reclamación y el órgano jurisdiccional competente, unión ésta que ha motivado el fuero del lugar de cumplimiento de la obligación en materia contractual.»

68. Estas consideraciones muestran, en primer lugar, que el Tribunal de Justicia claramente ha reconocido el carácter imperfecto del número 1 del artículo 5, [66] pero que admite que el lugar de cumplimiento de la obligación controvertida es (sólo) «normalmente» el lugar que representa la conexión más estrecha entre el litigio y el Tribunal competente. Además, se observa que las consideraciones del Tribunal de Justicia sólo afectan a una parte limitada de los problemas. En primer lugar, no se examinó la cuestión de si las reglas sobre el lugar de cumplimiento de la obligación de pagar la retribución permiten que conozca del litigio un Tribunal próximo a éste desde el punto de vista material. Si bien el Gobierno federal alemán había indicado que era más adecuado a los fines del número 1 del artículo 5 tener en cuenta la obligación característica del contrato y no la obligación de pagar (que era la controvertida), ni él ni ninguna otra parte, como tampoco el Tribunal de Justicia, plantearon la cuestión de que el número 1 del artículo 5 manifiestamente había malogrado su objetivo. Por otra parte, como resulta claramente del apartado 17 de la sentencia, como alternativa a la solución adoptada sólo se expuso la «*centralización*» en el lugar de cumplimiento de la «*obligación que caracteriza al contrato* [...] de la competencia judicial [...] para los litigios relativos a todas las obligaciones contractuales». [67] El Tribunal de Justicia desechó esta solución debido a las «incertidumbres» que, al parecer, ésta supone. Por consiguiente, puede considerarse que continúa sin resolverse la cuestión de si es posible aplicarle correcciones estrictamente limitadas y de efectos previsibles.

69. Fuera del ámbito de los contratos de trabajo, debe citarse, junto a la sentencia Shenavai, también la sentencia Zelger, [68] relativa a una cláusula sobre el lugar de cumplimiento para la devolución de un préstamo. En su sentencia, el Tribunal de Justicia confirmó implícitamente su jurisprudencia Tessili, ya que consideró como lugar de cumplimiento, en el sentido del número 1 del artículo 5, el lugar «designado por las partes en una cláusula válida según el Derecho nacional aplicable al contrato». La cuestión de si esta solución en particular «se justifica por la existencia de un vínculo directo entre el litigio y el tribunal llamado a conocer de éste» [69] no se suscitó. El tema central de esta sentencia fue, más bien, la relación entre el número 1 del artículo 5 y el artículo 17.

66 — Señalaré, entre paréntesis, que algunos autores incluso exigen que se derogue el número 1 del artículo 5 del Convenio: por ejemplo, Lasok/Stone: *Conflicts of Laws in the European Community*, 1987, pp. 220 y ss.

67 — El subrayado es mío.

68 — Sentencia de 17 de enero de 1980, Zelger/Salitrini (56/79, Rec. p. 89).

69 — Apartado 3, *in fine*, de la sentencia.

70. *III.* Debe responderse a la primera cuestión prejudicial teniendo en cuenta todas estas consideraciones.

71. *1.* El problema planteado en la letra a) de esta cuestión, referente a *si* debe excluirse la aplicación de la *lex causae,* ha de analizarse según el criterio desarrollado hasta ahora por la jurisprudencia: [70] debe examinarse si su aplicación al caso presente claramente no responde al objetivo del número 1 del artículo 5.

72. A este respecto debe señalarse que, en el caso de litigios relativos al pago del precio —cuando el objeto del litigio no es la propia celebración del contrato—, [71] se trata, en su mayoría, de establecer si la contraprestación (del vendedor) se ha realizado correctamente. [72] En este sentido, de todos los Tribunales que presentan una proximidad a los actos de cumplimiento del contrato, responde a los objetivos del número 1 del artículo 5 aquél que esté en mejor situación para valorar la corrección de la prestación material.

73. Sin embargo, la primera frase del apartado 1 del artículo 59 conduce sistemáticamente a designar el Tribunal del lugar en el que el acreedor tiene su domicilio, ya que éste deberá resultar aventajado en el marco del reparto de riesgos en las operaciones internacionales de pago. En mi opinión, basta esta comprobación para confirmar la necesidad de dar una definición autónoma del lugar de cumplimiento. A este respecto, debe tenerse en cuenta el hecho de que, para la primera frase del apartado 1 del artículo 59 de la Ley Uniforme sobre la Compraventa, el lugar de cumplimiento de la obligación de pagar el precio de compra es, por definición, independiente del lugar de ejecución de la prestación material (contraprestación), cuyo cumplimiento defectuoso alegado es, por lo general, la causa de un litigio sobre reclamación del precio de compra. Sólo en el caso mencionado en la segunda frase de dicha disposición coinciden los lugares de cumplimiento.

74. Así pues, queda demostrado que el criterio de la primera frase del apartado 1 del artículo 59 claramente no permite determinar la atribución de un litigio a un Tribunal próximo a los hechos. Por consiguiente, procede responder a la letra a) de la primera cuestión en sentido negativo.

75. *2.* Para responder a la letra b) de la primera cuestión, es decir, *cómo* procede determinar, en tal caso, el lugar de cumplimiento, podemos conectar directamente con lo que se acaba de señalar.

76. En mi opinión, no procede tomar en consideración aquí la obligación de pagar el

70 — Véase el punto 63, *supra.*

71 — Spellenberg: *Zeitschrift für Zivilprozeß 91,* 1978, pp. 38 y 56, *in fine.* Este autor señala, acertadamente, que, en este caso, lo más adecuado sería atribuir la competencia al Tribunal del lugar de celebración del contrato, fuero éste que, sin embargo, el Convenio no contempla.

72 — Véanse las observaciones del Gobierno federal alemán en el asunto Shenavai (véase el punto 68, *supra);* Spellenberg, *loc. cit.* (nota precedente).

precio, sino la obligación del vendedor de proporcionar la prestación prevista en el contrato. [73] Como resulta del examen realizado, en el caso de relaciones contractuales entre las partes, constituye aquel «lugar de cumplimiento» que permite establecer la competencia del Tribunal más próximo a los hechos. Esto es tanto más válido en este caso cuanto, según la sentencia del Oberlandesgericht Hamm, [74] a la que el Bundesgerichtshof se remite expresamente, las ventanas suministradas debían serlo conforme a las normas técnicas y de calidad inglesas.

77. Antes de exponer más detalladamente esta solución, deseo precisar brevemente cuáles son las relaciones con las sentencias de Bloos y Tessili, de la que, en realidad, sólo se aparta de una forma muy limitada. Respecto a la sentencia de Bloos, debe señalarse que la solución propuesta no se refiere en modo alguno a «cualquier» obligación contractual, sino a la que claramente pueda permitir determinar mejor que la obligación controvertida la competencia de un Tribunal próximo a los hechos. Además, esta solución continúa siendo conforme al principio enunciado en la sentencia de Bloos y confirmado en la sentencia Shenavai, calificado por algunos autores como «principio del aislamiento», según el cual, por lo general, para cada obligación del contrato se determina un lugar de cumplimiento. Sólo el método para determinar el lugar de cumplimiento difiere del previsto por la sentencia de Bloos.

78. Por lo que se refiere a la sentencia Tessili, debe observarse que la *lex causae* continúa siendo aplicable, aunque no se aplica a la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación controvertida, sino a la contraprestación de la otra parte.

79. No obstante, debe formularse una reserva respecto a esta última comprobación, precisando más detalladamente la solución que propongo. A este respecto, desearía, antes de presentar mi propuesta de respuesta, hacer las siguientes reflexiones.

80. La regla de la *lex causae* relativa al lugar de cumplimiento de la obligación del vendedor de entregar la cosa implica, al igual que la relativa al lugar de cumplimiento para el pago del precio de compra, elementos que se deben únicamente al reparto del riesgo —en este caso, el riesgo del transporte— y que no proporcionan indicios fiables sobre el *objetivo* económico de las obligaciones del vendedor. [75] Ahora bien, si nos hemos servido de los citados elementos al examinar las reglas relativas al lugar de cumplimiento de la obligación de pago para apartarnos del Derecho material del contrato, debido a que estas reglas no podían servir para determinar la competencia de un Tribunal próximo a los hechos del litigio, parecería ilógico, al examinar las reglas relativas al lugar de cumplimiento de la obligación de suministrar del vendedor, utilizar otro método. A este respecto, es preciso señalar que, para los litigios relativos al pago del precio debido derivados del carácter defectuoso, alegado por el

73 — Véase el punto 64, *supra*.

74 — Publicada en la revista *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1992, p. 78.

75 — Véase el punto 27, *supra*.

comprador, de la cosa suministrada por el vendedor —que hemos considerado como el caso típico—, el Tribunal del lugar de destino del suministro está, por lo general, más próximo a los hechos que el del lugar de expedición. Ello es válido independientemente de cuál de ambos lugares sea el «lugar de cumplimiento» en el sentido del Derecho material y, por lo tanto, independientemente de cuál de los contratantes soporte el riesgo del transporte.

81. Por consiguiente, parece oportuno precisar en el sentido que acabo de indicar la respuesta a la cuestión planteada por el Bundesgerichtshof. Precisamente, de la sentencia dictada por el Oberlandesgericht Hamm resulta que este Tribunal interpretó la cláusula «free site in London» como una mera cláusula relativa a las condiciones en las que el suministro debía realizarse. Parece, por consiguiente, que no consideró que Londres fuera el lugar de cumplimiento de la prestación (de la demandante) y que precisamente por este motivo *no* se aplicó la *segunda frase,* sino la *primera frase* del apartado 1 del artículo 59.

82. *IV.* Habida cuenta de todo lo anterior, propongo que se responda a las letras a) y b) de la primera cuestión, planteada por el Bundesgerichtshof, en los siguientes términos:

Cuando un proveedor presenta contra un comprador una demanda de reclamación del precio debido en virtud de un contrato de suministro y a este pago le es aplicable según el Derecho material la primera frase del apartado 1 del artículo 59 de la Ley Uniforme sobre la Compraventa, el lugar de cumplimiento a efectos del número 1 del artículo 5 del Convenio de Bruselas es el lugar de destino del suministro, previsto en el contrato, independientemente de cuál de las partes deba soportar el riesgo del transporte de las mercancías hasta este lugar.

Sobre la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente

— *Consideraciones de carácter general*

83. El Bundesgerichtshof sólo ha planteado su segunda cuestión para el caso de que, habida cuenta de la respuesta a la primera cuestión, la «competencia internacional de los Tribunales alemanes no pueda basarse en el número 1 del artículo 5 del Convenio». Puesto que el lugar de cumplimiento en el sentido del citado artículo, tal como se acaba de interpretar, no estaría, en el presente caso, en Alemania, procede responder a la segunda cuestión.

84. Mediante esta cuestión, el Bundesgerichtshof desea saber si, en las condiciones del presente caso, que detalla en su cuestión, un convenio atributivo de competencia «puede considerarse válidamente acordado» conforme al artículo 17 del

Convenio. Puesto que el Bundesgerichtshof considera que tal convenio no se celebró ni «por escrito» (primer supuesto de la segunda frase del apartado 1 del citado artículo) ni «verbalmente con confirmación escrita» (*loc. cit.* segundo supuesto), se trata del *tercer supuesto* mencionado en este artículo. Esta disposición, añadida con ocasión de la adhesión de 1978, permite que un convenio atributivo de competencia se celebre

«en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos en ese ámbito y que las partes conocieren o debieren conocer».

85. Del informe Schlosser [76] resulta que, para los otros dos supuestos previstos en el artículo 17, la interpretación dada por el Tribunal de Justicia «no responde ni a los usos ni a las exigencias del comercio internacional». Para los autores de la modificación, se trataba, en particular, de atenuar las consecuencias que resultaban de la sentencia Segoura. [77] En el caso de un contrato de venta celebrado verbalmente, que sin embargo no incluía un convenio atributivo de competencia a efectos del artículo 17, el Tribunal de Justicia había denegado cualquier efecto a una carta de confirmación enviada por el vendedor a la que éste había adjuntado sus condiciones generales de la contratación, que incluían una cláusula atributiva de competencia. Según el Tribunal de Justicia, tal cláusula sólo pasa a formar parte del contrato cuando el comprador acepta las condiciones generales de la contratación por escrito. [78] El hecho de que el comprador no haya opuesto objeciones a una confirmación hecha unilateralmente por la otra parte no equivale a una aceptación por lo que a la cláusula atributiva de competencia se refiere, salvo que el acuerdo verbal se sitúe en el marco de relaciones comerciales corrientes entre las partes, establecidas en función de condiciones generales de la contratación de una de ellas, las cuales incluyen una cláusula atributiva de competencia. [79] En el informe Schlosser se señala, al respecto, que «en la práctica mercantil internacional no es razonable exigir que el cocontratante del usuario de condiciones generales de venta confirme por escrito la inclusión de éstas».

86. El siguiente análisis de los problemas planteados por el Bundesgerichtshof permitirá hacer reflexiones más detalladas sobre el alcance de dicho texto.

— *Sobre la letra a) de la segunda cuestión*

87. *I.* En esta parte de la cuestión, el Bundesgerichtshof indica, en primer lugar, el *comportamiento de las partes* que, en su caso, podría servir de fundamento para la validez

76 — DO 1979, C 59, pp. 71 y ss., especialmente p. 124 y ss. (punto 179); traducción al español en DO 1990, C 189, pp. 184 y ss., especialmente p. 232 y ss.

77 — Sentencia de 14 de diciembre de 1976, Segoura (25/76, Rec. p. 1851).

78 — Apartados 8 y 10 de la sentencia Segoura, antes citada.

79 — Apartado 2 del fallo.

de una cláusula atributiva de competencia (por lo que se refiere a los requisitos del tercer supuesto):

— se trata del primer contacto comercial entre las partes.

— después de celebrar verbalmente el contrato, el proveedor confirma por escrito al comprador la celebración del contrato;

— acompaña a esta carta de confirmación, por primera vez, sus condiciones generales de la contratación, que incluyen una cláusula atributiva de competencia, y

— el adquirente no opone ninguna objeción a esta cláusula.

89. Puesto que aún no se le ha planteado al Tribunal de Justicia un problema relativo al tercer supuesto contemplado en el artículo 17 (en su versión de 1978), el Bundesgerichtshof no ha referido su cuestión a los diferentes requisitos para aplicar dicho artículo, sino a éste en su conjunto. Según el Bundesgerichtshof, es posible plantearse si este precepto, más allá de su redacción, se refiere no sólo a la forma, sino asimismo a los requisitos materiales para celebrar un convenio atributivo de competencia. En su opinión, es posible preguntarse, además, cómo deben interpretarse los conceptos de intercambios comerciales internacionales y de usos internacionales, cuyo contenido concreto debe precisarse, así como los elementos subjetivos de esta disposición. [80]

88. El Bundesgerichtshof indica a continuación algunas *circunstancias de hecho o de Derecho* que podrían ser importantes para apreciar el asunto:

90. Parece indicado, en estas circunstancias, exponer sucesivamente los requisitos fijados por la disposición controvertida, teniendo en cuenta los elementos de hecho y de Derecho comunicados por el Bundesgerichtshof.

— en el lugar del domicilio del comprador «no existe ningún uso mercantil» según el cual el silencio frente a tal escrito deba considerarse como aceptación de la cláusula atributiva de competencia;

— el comprador tampoco conoce tal uso mercantil, y

91. *II. 1.* Debe verificarse, en primer lugar, si el presente caso se refiere al «comercio internacional» a efectos del artículo 17. A esta cuestión, que no ha sido detallada ante el Tribunal de Justicia, debe responderse afirmativamente. Es preciso, sin duda, considerar que la operación contemplada por la cláusula

80 — Resolución de remisión del Bundesgerichtshof.

atributiva de competencia, como contrato de venta relativo al suministro de una mercancía de un Estado contratante del Convenio a otro y cuyas partes están constituidas como sociedades mercantiles en estos Estados, presenta un carácter *internacional.* Ciertamente, podría entenderse este requisito en el sentido de que debe limitar la aplicación de la disposición de que ahora se trata a ciertas ramas comerciales que pueden determinarse claramente. El Select Committee on the European Communities de la House of Lords parece haber tenido presente esta situación cuando propuso la introducción de un tercer supuesto en el artículo 17. [81] El objetivo del artículo 17 —que consiste en impedir que las cláusulas atributivas de competencia pasen desapercibidas en los contratos— [82] no permite apoyar tal interpretación. Sin limitar así, *a priori,* el ámbito de aplicación del artículo controvertido, parece, más bien, oportuno tomar en consideración, al interpretar los conceptos de uso mercantil y los requisitos subjetivos del tercer supuesto previsto, las posibles diferencias existentes entre el comercio institucionalizado (en el sector de las materias primas, por ejemplo) y otras operaciones comerciales internacionales. [83]

92. Puesto que los cocontratantes son dos sociedades mercantiles y actuaron, una y otra, en su propio sector comercial, tampoco tengo ninguna duda sobre que las operaciones que nos ocupan correspondan al *comercio* (internacional).

93. 2. A continuación, debe examinarse qué indicaciones pueden darse al Bundesgerichtshof en materia de interpretación, habida cuenta de la obligación de que la cláusula atributiva de competencia se haya celebrado *«en una forma conforme con los usos en este ámbito».*

94. *a)* Como hemos visto, el tercer supuesto previsto en el artículo 17 fue introducido con el fin de permitir otros modos de celebrar válidamente un convenio atributivo de competencia distintos de la celebración por escrito o verbalmente con confirmación escrita. Habida cuenta de la estructura de este artículo, está claro que deben admitirse, como un tipo de convenios válidos, los que correspondan a los «usos mercantiles» en el ámbito de que se trate.

95. Ahora bien, este criterio no tiene un alcance totalmente claro. Como acertadamente ha señalado el Bundesgerichtshof, se refiere, conforme a los términos del citado artículo, únicamente a la «forma» del convenio de que se trate; ahora bien, podemos

81 — Véase Session 1976-1977, 45th report, par. 20.

82 — Véase el informe Jenard (nota 2), p. 37; p. 156 de la traducción al español.

83 — El Convenio de Lugano (DO 1988, L 319, p. 1) y el Convenio de Bruselas en su versión de San Sebastián (DO 1989, L 285, p. 4), que no son aplicables al presente asunto, parecen pronunciarse en este sentido. En ambos Convenios, el criterio «en el comercio internacional» ha sido mantenido, pero se ha incluido un nuevo requisito por el que el uso de que se trate debe ser «un uso que las partes conocieren o debieren conocer y que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el sector comercial considerado».

preguntarnos si no debería referirse también al propio convenio, es decir, a la determinación de una voluntad común.

96. En mi opinión, se trata de esto último. Es cierto que la Comisión llama la atención, acertadamente, sobre el hecho de que el informe Schlosser «sólo» considera el último supuesto del artículo 17 como una «flexibilización de las exigencias de forma» y plantea la cuestión de «si los problemas de acuerdo de voluntades distintos de la cuestión de la forma deben considerarse en función del Derecho nacional aplicable o de principios comunitarios uniformes». [84] No obstante, el objetivo de la reforma de 1978 no se lograría si sólo se tratara de una mera disposición de forma. En la sentencia Segoura, el Tribunal de Justicia negó que existiera una cláusula atributiva de competencia válida, precisamente debido a que faltaba la prueba de un acuerdo efectivo entre las partes, exigido por el artículo 17: [85] el hecho de que el comprador no hubiera opuesto objeciones frente a una carta de confirmación no debe «considerarse como aceptación». [86] Si esta nueva versión sólo se refiriera a la forma, la necesidad de que exista un acuerdo de voluntades efectivo debería examinarse como hasta ahora, *según esta jurisprudencia,* sin que se produzca una flexibilización adaptada a las necesidades del comercio internacional. De forma más general, debe señalarse que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, en la que se integra la sentencia Segoura, las exigencias de forma del artículo 17 no tienen, en sí mismas, un objetivo, [87] sino que tienen como función «garantizar que exista efectivamente el consentimiento entre las partes». [88]

97. El Tribunal de Justicia confirmó esta apreciación más recientemente en el asunto Powell Duffryn, [89] en relación con una cláusula atributiva de competencia incluida en los Estatutos de una sociedad. Después de comprobar que los *Estatutos de las sociedades* revisten forma escrita en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados contratantes y que constituyen el instrumento de base que regula las relaciones entre accionista y sociedad, el Tribunal de Justicia señaló que

«*independientemente del modo de adquirir las acciones,* cualquier persona que adquiera la cualidad de accionista de una sociedad *sabe, o debe saber,* que queda vinculada por los Estatutos de tal sociedad [...]». [90]

98. Por lo que se refiere al presente asunto, debe añadirse que resulta difícil, si no imposible, imaginarse usos mercantiles que, en el citado sector, sólo se refieran a exigencias *puramente formales.* Precisamente, tales exigencias pertenecen al Derecho procesal, cuyas normas imperativas pueden ser

84 — *Loc. cit.* (nota 76), p. 125 (punto 179); pp. 232 y 233 de la traducción al español.

85 — Véase el apartado 6 de la sentencia Segoura.

86 — Véase la segunda parte del fallo de la citada sentencia.

87 — Véase la nota 82, *supra,* y el correspondiente texto.

88 — Sentencias de 14 de diciembre de 1976, Estatis Salotti (24/76, Rec. 1831), apartado 7, y Segoura, antes citada, apartado 6; de 6 de mayo de 1980, Porta-Leasing (784/79, Rec. p. 1517), apartado 5; de 14 de julio de 1983, Gerling (201/82, Rec. p. 2503), apartado 13; de 19 de junio de 1984, Tilly Russ (71/83, Rec. p. 2417), apartado 14; de 11 de julio de 1985, Berghoefer (221/84, Rec. p. 2699), apartado 13, y de 11 de noviembre de 1986, Iveco Fiat (73/85, Rec. p. 3337), apartado 5.

89 — Sentencia de 10 de marzo de 1992, Powell Duffryn (C-214/89, Rec. p. 1745).

90 — Apartado 27; el subrayado es mío.

establecidas en términos diferentes por los Estados miembros y que éstos pueden modificar en cualquier momento. [91] Por el contrario, como muestra el informe Schlosser, es muy posible que, para determinar el Tribunal competente, existan usos mercantiles sobre el modo de formarse el *acuerdo de voluntades*, puesto que este problema corresponde al Derecho *material*. Estos usos, como los relativos al silencio frente a una carta de confirmación de carácter comercial, pueden tener entremezclados elementos de forma y del acuerdo de voluntades material. En otros términos, pueden referirse a una cierta *forma*, entendida como la *manera* en que se establece el acuerdo de voluntades. El tercer supuesto contemplado por el artículo 17 se refiere, por consiguiente, a una situación en la que la conformidad del comportamiento de las partes con los usos comerciales, junto con determinados requisitos subjetivos, garantiza lo que, fuera de su ámbito de aplicación, sólo se garantiza por escrito o mediante la forma denominada «semiescrito»: las cláusulas atributivas de competencia no deben pasar desapercibidas en un contrato. [92]

99. *b)* No es casual que, con vistas a la interpretación del artículo 17, el Bundesgerichtshof haya dado indicaciones sobre el comportamiento de las partes y sobre la situación jurídica en el Reino Unido. Que estas circunstancias sean pertinentes dependerá de cómo se entienda el concepto de «usos mercantiles», en particular en el caso de silencio frente a una carta de confirmación comercial. La doctrina discrepa al respecto, pudiéndose encontrar, básicamente, *tres diferentes puntos de vista*, que se exponen a continuación:

— En relación con un determinado modo de establecerse el acuerdo de voluntades, el uso comercial significa la existencia de un uso de hecho seguido de manera general y continua y observado de forma regular en los correspondientes círculos comerciales en operaciones comerciales que corresponden, tanto desde el punto de vista material como de localización, a la operación comercial controvertida y que permite concluir que el comportamiento de que se trate implica un acuerdo (o un consentimiento de la parte afectada). El artículo 17 confiere a este uso un efecto jurídico. [93] Desde este punto de vista debe *probarse* la existencia de un uso mercantil pertinente. [94]

— El artículo 17 admite que el silencio frente a una carta de confirmación comercial fundamenta, conforme a los usos mercantiles, un acuerdo sobre la cláusula atributiva de competencia incluida en dicha carta (en todo caso cuando las partes conocen este uso o deben conocerlo). Tal uso no precisa una prueba específica. [95]

91 — En este sentido se pronuncia, correctamente, Kohler: *Diritto del Commercio Internazionale*, 1990, pp. 611, 622.

92 — Véase la nota 82, *supra*, y el correspondiente texto.

93 — Véase, en particular, con una motivación detallada, Stöve: *Gerichtsstandsvereinbarungen nach Handelsbrauch, Art. 17 EuGVÜ und § 38 ZPO*, Heidelberg 1993, pp. 20 a 23 y 56 y ss; en el mismo sentido, Geimer/Schütze: *loc. cit.* (nota 13), p. 478; Schütze: *Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht*, Berlín, 1985, p. 56; Gothot-Holleaux (nota 61), nº 175; incluso Kaye: *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*, Abingdon, 1987, pp. 1662 y ss.

94 — Huet: *Journal de droit international*, 1990, pp. 153, 159.

95 — Véase, en particular, Schmidt: *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1992, pp. 173, 177.

— En relación con un determinado tipo de acuerdo, existe un uso mercantil cuando un ordenamiento jurídico (o varios) reconocen que el comportamiento de las partes constituye un acuerdo (o un consentimiento) en virtud de un uso. El criterio según el cual debe determinarse este ordenamiento jurídico (o estos ordenamientos jurídicos) debe fijarse mediante la interpretación del artículo 17. [96]

100. Propongo al Tribunal de Justicia que suscriba el *primer* punto de vista expuesto, debido a las siguientes razones.

101. La conclusión que resulta del segundo punto de vista expuesto, es decir, que el propio Convenio admite que la práctica de la carta de confirmación comercial constituye un uso mercantil, claramente carece de justificación. Ciertamente, del informe Schlosser puede deducirse que la citada sentencia Segoura, relativa a esta práctica, *motivó* la reforma del artículo 17. No obstante, no es posible determinar el contenido exacto del uso mercantil supuestamente reconocido. Basta, a este respecto, con señalar que, en los Estados firmantes del Convenio, existen planteamientos completamente diferentes sobre la importancia jurídica de la citada práctica [97] y que no están excluidas posibles diferencias según la rama comercial.

102. El último punto de vista expuesto, que reconoce al artículo 17 el carácter de una norma de conflicto o, incluso, de una remisión a las normas de conflicto nacionales, parte directamente de esta reflexión. Frente a este planteamiento, debe admitirse que puede ser difícil determinar concretamente los usos mercantiles por lo que a los intercambios internacionales se refiere (salvo en los ámbitos que, por su naturaleza, tienen un carácter internacional). No obstante, esta circunstancia no proporciona ningún argumento que permita interpretar el artículo 17 según dicho punto de vista.

103. En primer lugar, de la estructura del artículo 17, en particular en sus versiones francesa e inglesa, resulta que los usos mercantiles aplicables deben referirse al «comercio internacional». La versión alemana habla, si bien de forma algo equívoca, de «internationale Handeslbräuche» (usos internacionales). La introducción en el artículo 17, a través de las normas de conflicto, de usos locales de los que no consta que puedan imponerse en el ámbito del comercio internacional de que se trate facilitaría la incorporación de cláusulas atributivas de competencia en un contrato más allá de lo pretendido por la reforma. A este respecto, debe observarse la redacción de los

96 — Jung: *Vereinbarungen über die Internationale Zuständigkeit nach dem EWG-Gerichtstands- und Vollstreckungsübereinkommen und nach § 38 Abs. 2 ZPO*, Bochum, 1980, pp. 172 y ss; Lindacher: *AGB-Gesetz, Kommentar*, en Wolf/Horn/Lindacher, 2.ª ed., Múnich, 1989, Anexo al § 2, nºs 90 y 92; Rauscher, *Zeitschrift für Zivilprozeß 104* (1991), pp. 272, 292 y ss.; *idem, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1992, pp. 143, 145; Ulmer: *AGB-Gesetz, Kommentar*, en Ulmer/Brandner/Hensen, 5.ª ed., Colonia, 1987, Anexo a §2, nº 33; incluso Hausmann: *Internationales Vertragsrecht*, en Reithmann/Martiny, 4.ª ed., Colonia, 1988, nº 1203.

97 — Para un estudio exhaustivo, véase Stöve (nota 93), pp. 129 y ss.

Convenios de Lugano y San Sebastián, [98] que, aparte de los requisitos fijados en la versión de 1978, exigen que estos usos sean «ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado». Según el informe Jenard/Möller, [99] relativo al Convenio de Lugano, «habida cuenta en particular de las palabras "internationale Handelsbräuche" y "usages", que se utilizan en las versiones alemana y francesa del artículo 17 del Convenio de Bruselas, parece que no hay diferencias importantes de fondo entre las disposiciones de que se trata en ambos Convenios». En mi opinión, este comentario sería difícilmente compatible con la nueva redacción si el artículo 17 de la redacción de 1978 tuviera el carácter de mera norma de conflicto o de remisión a las normas de conflicto nacionales.

104. En segundo lugar, como ya he indicado, el Tribunal de Justicia consideró las exigencias de forma previstas en los dos primeros supuestos citados como garantía de la existencia de un acuerdo de voluntades efectivo y, por consiguiente, impuso determinadas *exigencias autónomas por lo que se refiere al propio acuerdo de voluntades*. En este sentido, evitó introducir en esta disposición problemas de conflicto de normas complejos y muy discutidos. [100] Por lo demás, desde el principio se lamentó que, habida cuenta de determinadas cuestiones previas al acuerdo de voluntades (en particular, las relativas a la capacidad para contratar y la representación), no se hubiera introducido en el artículo 17 una norma de conflicto expresa. [101] La interpretación del tercer supuesto previsto en dicho artículo 17 debería, a mi parecer, permanecer en esta línea y, por consiguiente, al igual que la de los demás supuestos, realizarse de forma autónoma. [102]

105. *c)* La aplicación de la solución que propongo en el presente caso da lugar a las siguientes observaciones.

106. aa) En primer lugar, debe señalarse que la situación jurídica en el Reino Unido, tal como la describe el Bundesgerichtshof, no es en sí misma decisiva, como tampoco lo es la existente en Alemania: el artículo 17 no es una norma de conflicto. En seguida volveré sobre la importancia —limitada— de los Derechos nacionales a efectos de la prueba de la existencia de un uso mercantil y por lo que se refiere a los requisitos subjetivos para aplicar el artículo 17.

107. bb) Desearía, a continuación, con el fin de dar una respuesta útil a la cuestión del Bundesgerichtshof, explicar además la importancia, desde dos puntos de vista, del criterio que acabo de proponer. El primero se refiere a la necesidad de que un uso esté suficientemente extendido, considerando las características de la operación controvertida. Para que, aplicando dicho criterio, el objetivo del artículo 17 pueda alcanzarse, sólo

98 — Véase la nota 83.

99 — DO 1990, C 189, pp. 57, 77 (fin del número 58).

100 — Véase Roth: *Zeitschrift für Zivilprozeß 93*, 1980, pp. 156 y ss.

101 — Véase Droz (nota 61), p. 134 (número 215).

102 — Véase asimismo O'Malley/Layton: *European civil practice*, Londres, 1989, nos 21.37 y 21.70.

pueden tomarse en consideración los usos del comercio internacional que afectan geográfica y materialmente a las operaciones del tipo de la controvertida. [103] Para evitar que, en contra de la finalidad del artículo 17, una cláusula atributiva de competencia pase desapercibida en los contratos, no bastaría con referirse, en un caso como el presente, por ejemplo, a usos en vigor en el sector del automóvil o de los intercambios comerciales franco-alemanes.

108. El segundo aspecto se refiere al valor que un uso mercantil debe haber adquirido en el sector de que se trate. A efectos del artículo 17, debe estar demostrado que el uso es regularmente observado en los ámbitos de que se trate respecto a los intercambios comerciales controvertidos. Sólo en estas condiciones, que también se han incluido en los Convenios de Lugano y San Sebastián siguiendo el apartado 2 del artículo 9 de la Convención de Viena sobre la compraventa, [104] el uso despliega el efecto práctico que le permite ser reconocido también jurídicamente a través del artículo 17. Respecto a la práctica de la carta de confirmación comercial, cuando ésta pretende incluir *a posteriori* cláusulas generales en el contrato, los requisitos del tercer supuesto sólo se cumplen si los operadores de la rama comercial de que se trate consideran vinculantes las condiciones así introducidas.

109. Entre paréntesis, me gustaría indicar aquí que tengo la impresión de que tales requisitos no se cumplen en absoluto en todas las operaciones incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio. En los ámbitos que están marcados por una repetición frecuente de operaciones idénticas en un círculo de operadores económicos fundamentalmente cerrado, estos usos encuentran un suelo más fértil que en otros ámbitos.

110. cc) Sea como fuere, corresponde al Juez que conoce del fondo del litigio realizar las comprobaciones necesarias en relación con las circunstancias que son determinantes según el criterio antes expuesto, haciéndose asistir por la Cámara de Comercio Internacional o por una Cámara de Comercio bilateral. [105]

111. En el marco de la apreciación de las circunstancias en favor de la existencia de un uso mercantil o contra la existencia de éste,

103 — Aparentemente en contra, Kropholler: *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 4.ª ed., Heidelberg, 1993, nº 42, sobre el artículo 17 del Convenio: basta con que en el comercio internacional exista un uso mercantil, sin que tenga que determinarse exactamente en qué Estados es aplicable. Se encuentra una idea análoga en Kropholler/Pfeifer: *Festschrift für Heinrich Nagel*, Münster, 1988, pp. 157, 163.

104 — Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, celebrada en Viena el 11 de abril de 1980.

105 — En todo caso, debe señalarse que la cuestión dirigida por el Bundesgerichtshof no plantea ningún problema por lo que se refiere al carácter habitual de la introducción de una cláusula atributiva de competencia en las condiciones generales adjuntas a la carta de confirmación o respecto al carácter habitual del contenido de dicha cláusula. Ello puede ser debido al tipo de las operaciones objeto del litigio y quizá también al hecho de que el Juez que conoce del fondo aún no haya efectuado las comprobaciones necesarias. A este respecto, en un procedimiento futuro quizá deba precisarse el criterio que ahora propongo.

es posible, según el caso, tomar en consideración también —con toda la prudencia requerida— los ordenamientos jurídicos nacionales afectados. La *formación* y el *mantenimiento* de usos en el comercio internacional dependen, en efecto, entre otros factores, de en qué medida estos usos son admitidos por los Tribunales de los Estados miembros. Así, en el comercio entre dos Estados miembros cuyos Tribunales no atribuyen ninguna importancia a la práctica de la carta de confirmación comercial como forma de marcar el posible acuerdo de voluntades, prácticamente no podrá formarse nunca un uso que sea oponible. Lo contrario ocurre cuando los Tribunales de los dos Estados miembros están dispuestos a tal reconocimiento jurídico. En la fase actual del procedimiento, estas indicaciones —necesariamente muy generales— deberían ser suficientes.

112. dd) Todo ello nos lleva al último problema que debe analizarse en este contexto. Como hemos visto, según el Convenio en su redacción de 1968, la inclusión de cláusulas atributivas de competencia sólo podía hacerse en las formas previstas para los dos primeros supuestos del artículo 17. Por consiguiente, en el ámbito de aplicación de este artículo, los usos diferentes, relativos a la inclusión de cláusulas en los contratos, no pueden referirse a las cláusulas atributivas de competencia, aunque estos usos existan debido a otras normas. El artículo 17, en su antigua redacción, impidió *a priori* que estos usos se extendieran a las cláusulas atributivas de competencia. [106] Por estas razones, es preciso, al examinar los usos en vigor, dejar aparte los efectos de la antigua redacción del artículo 17 sobre la inclusión de cláusulas atributivas de competencia. Si la reforma de 1978 debe surtir un efecto práctico, resultan decisivos los usos relativos a las demás disposiciones del Convenio. En otros términos, el tercer supuesto previsto por el artículo 17 debe interpretarse en el sentido de que debe atribuir a los usos generales en el ámbito de las cláusulas atributivas de competencia aquellos efectos jurídicos que la antigua redacción de dicho artículo les negaba.

113. *3.* Pasemos ahora a los requisitos subjetivos de la disposición controvertida, que prevé que las *«partes conocen o deben conocer los usos mercantiles»*.

114. Estos requisitos deben impedir que, independientemente de los usos dentro de una rama comercial determinada, una cláusula atributiva de competencia pueda surtir efectos sobre personas que no conocían ni debían conocer dichos usos y que, por consiguiente, no conocían ni debían conocer las formas de introducir cláusulas en un contrato, formas a las que se refieren dichos usos.

115. Si el criterio de «usos mercantiles» es, básicamente, un criterio fáctico, lo mismo debe ser válido también para los citados requisitos subjetivos. Por consiguiente, pue-

106 — Véanse el punto 98 y la nota 91, *supra*.

den tenerse en cuenta todas las circunstancias pertinentes.

116. Por lo que se refiere al presente asunto, de la resolución de remisión resulta que el comprador no conocía el uso mercantil invocado, según el cual el silencio frente a una carta de confirmación como la descrita por el Bundesgerichtshof debe considerarse como un acuerdo sobre la cláusula atributiva de competencia. Esta circunstancia es en cualquier caso importante cuando la parte afectada no tenía conocimiento alguno, en términos generales —independientemente del problema de la cláusula de atribución de competencia—, [107] del pretendido uso mercantil.

117. Al responder a la cuestión de si esta parte *debía conocer* dicho uso, pueden tenerse en cuenta dos de las circunstancias comunicadas por el Bundesgerichtshof: que en el lugar de domicilio del comprador no existe el uso alegado, y que se trata del primer contacto comercial entre las partes. Respecto al primer aspecto, la doctrina citada por el Bundesgerichtshof pone de manifiesto que, en el Reino Unido, por lo general —es decir, no sólo en el ámbito de las cláusulas atributivas de competencia—, no se considera que el silencio frente a una carta de confirmación comercial a la que se adjuntan por primera vez las condiciones generales de la contratación equivalga a la conformidad con el contenido de dichas condiciones. [108] En tal caso, no puede considerarse que el comprador conozca el uso, salvo que se alegue y, en su caso, se pruebe la concurrencia de otras circunstancias (por ejemplo, contactos comerciales con otros operadores económicos del mismo sector) que justifiquen suficientemente la hipótesis contraria. Asimismo, corresponde al Juez que conozca del fondo realizar este examen.

118. *III.* Por todos estos motivos, debe responderse a la letra a) de la segunda cuestión en los siguientes términos:

En las circunstancias indicadas por el Bundesgerichtshof, un convenio atributivo de competencia sólo puede considerarse válidamente acordado, conforme al tercer supuesto de la segunda frase del párrafo primero del artículo 17, cuando existe un uso mercantil, seguido de manera general y continua y observado de forma regular por los círculos de que se trate en operaciones comerciales que corresponden desde el punto de vista material y espacial a la operación comercial controvertida, y que permita concluir que el comportamiento de que se trate implica un acuerdo sobre el contenido de la carta de confirmación y sobre las condicio-

107 — Véase el punto 112, *supra*.

108 — Véase, por ejemplo, Ebenroth: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 77, 1978, pp. 161, 164 y ss.

nes generales de la contratación adjuntas a esta carta.

Cuando, debido a que una de las partes ignora tal uso —suponiendo que exista—, la solución del litigio dependa de si esta parte debe conocer dicho uso, procede responder negativamente si tal uso no existe en el lugar de domicilio de dicha parte y se trata del primer contacto comercial con una parte que actúa según dicho uso. No ocurre así cuando se invoca y, en su caso, se prueba la concurrencia de otras circunstancias que demuestran suficientemente que la parte afectada debía conocer dicho uso mercantil.

— *Sobre la letra b) de la segunda cuestión*

119. El Bundesgerichtshof ha planteado esta cuestión para el caso de que pueda acordarse válidamente una cláusula atributiva de competencia en las circunstancias enumeradas en la letra a) de la cuestión. Si, por lo que se refiere a los requisitos subjetivos del artículo controvertido, faltaran otros requisitos distintos de los enumerados en la resolución de remisión, debería responderse a la letra a) en sentido negativo y no sería preciso responder a la letra b). Me parecería legítimo que el Tribunal de Justicia, en el caso de que suscriba mi opinión, se conformara con la respuesta a la letra a).

120. Sea como fuere, el problema del «riesgo lingüístico», [109] suscitado en la parte de la cuestión que se comenta ahora, no me parece que sea particularmente complejo.

121. A este respecto, hay que remitirse, con carácter preliminar, a la sentencia Elefanten Schuh, [110] según la cual, en el ámbito de aplicación del artículo 17 no deben tomarse en consideración disposiciones del Derecho nacional que exigen el uso de una determinada lengua en las relaciones entre particulares. Lo mismo debe ocurrir respecto a la normativa, de origen jurisprudencial, de un Estado miembro relativa al «riesgo lingüístico», ya que esta normativa, al igual que las citadas disposiciones, tiene una consecuencia sobre las exigencias relativas a la manera en que el convenio es celebrado (forma y requisitos materiales). [111]

109 — Resolución de remisión del Bunsdesgerichtshof.

110 — Sentencia de 24 de junio de 1981, Elefanten Schuh (150/80, Rec. p. 1671).

111 — Kohler: *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1991, pp. 299 y 300 (nota 7).

122. Ante esta situación, el Bundesgerichtshof pregunta si la cláusula atributiva de competencia ha sido válidamente celebrada e indica, al respecto, los siguientes hechos:

— Las condiciones generales de venta adjuntas a la carta de confirmación están redactadas en una lengua distinta de la lengua en la que se redactó el contrato y en la que se celebraron las negociaciones.

— El comprador no conoce esta lengua.

— La carta de confirmación, redactada en la lengua en la que se celebraron las negociaciones y en la que está redactado el contrato, se remite, de manera global, a las condiciones generales de la contratación, pero no específicamente a la cláusula atributiva de competencia.

123. Por otra parte, nos consta que es el primer contacto comercial entre las partes.

124. En estas circunstancias —y en especial a falta de una alusión específica a la cláusula atributiva de competencia en la lengua en la que está redactado el contrato y en la que se celebraron las negociaciones—, no puede pretenderse normalmente que la parte afectada pudo tener conocimiento de la cláusula atributiva de competencia. Por consiguiente, falta un requisito básico para la existencia de un acuerdo efectivo. En este caso, aplicando el tercer supuesto del artículo 17, sólo podría haberse celebrado un acuerdo de voluntades si el propio uso mercantil vigente permitiera apartarse de la lengua en la que esta redactado el contrato y en la que se celebraron las negociaciones. En este sentido debe responderse a la letra b) de la segunda cuestión.

Sobre la tercera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente

125. Permítaseme, para ser exhaustivo, volver brevemente sobre los problemas suscitados por esta cuestión, es decir, si, en el caso de una cláusula atributiva de competencia celebrada válidamente conforme al artículo 17, «[es preciso] someter dicha cláusula a un examen complementario, según el Derecho material nacional aplicable conforme a las normas de conflicto del Tribunal que conoce del litigio, a fin de determinar si ha pasado a constituir válidamente parte integrante del contrato».

126. En el contexto en el que se ha planteado la cuestión, exige una respuesta negativa. El artículo 17 debe crear, en su ámbito de aplicación, un Derecho autónomo y, por tanto, uniforme. [112] El artículo 17 define de manera exhaustiva las exigencias sobre acuerdo material de voluntades y las formas necesarias para garantizar esta exigencias. No pueden utilizarse paralelamente disposiciones de Derecho interno que cumplan la misma función. En este sentido debe responderse a la tercera cuestión.

C. Conclusión

127. Por los motivos anteriormente expuestos, propongo responder a las cuestiones planteadas por el Bundesgerichtshof en los siguientes términos:

A las letras a) y b) de la primera cuestión:

«1) Cuando un proveedor presenta contra un comprador una demanda de reclamación del precio debido en virtud de un contrato de suministro, y a este pago le es aplicable, según el Derecho material, la primera frase del apartado 1 del artículo 59 de la Ley Uniforme sobre la Compraventa, el lugar de cumplimiento a efectos del número 1 del artículo 5 del Convenio de Bruselas es el lugar de destino del suministro, previsto en el contrato, independientemente de cuál de las partes deba soportar el riesgo del transporte de las mercancías hasta este lugar.»

A las demás cuestiones, en caso de que sea necesario:

«2) a) En las circunstancias indicadas por el Bundesgerichtshof, un convenio atributivo de competencia sólo puede considerarse válidamente acordado, conforme al tercer supuesto de la segunda frase del párrafo primero del artículo 17, cuando existe un uso mercantil, seguido de manera general y continua

112 — Véanse las sentencias Estatis Salotti (nota 88) y Segoura (nota 77), antes citadas, así como el punto 104 de estas conclusiones.

y observado de forma regular por los círculos de que se trate, en operaciones comerciales que corresponden desde el punto de vista material y espacial a la operación comercial controvertida, y que permita concluir que el comportamiento de que se trate implica un acuerdo sobre el contenido de la carta de confirmación y sobre las condiciones generales de la contratación adjuntas a esta carta.

Cuando, debido a que una de las partes ignora tal uso —suponiendo que exista—, la solución del litigio dependa de si esta parte debe conocer dicho uso, procede responder negativamente si tal uso no existe en el lugar de domicilio de dicha parte y se trata del primer contacto comercial con una parte que actúa según dicho uso. No ocurre así cuando se invoca y, en su caso, se prueba la concurrencia de otras circunstancias que demuestran suficientemente que la parte afectada debía conocer dicho uso mercantil.

b) Una cláusula atributiva de competencia no puede celebrarse válidamente, conforme a la citada disposición, mediante el silencio frente a una carta de confirmación comercial si las condiciones generales adjuntas a la carta de confirmación y que contienen dicha cláusula están redactadas en una lengua distinta de aquélla en la que se celebró el contrato y en la que tuvieron lugar las negociaciones, el destinatario de la carta no conoce dicha lengua, no se hace ninguna alusión específica a esta cláusula en la lengua en la que se desarrollaron las negociaciones y en la que se celebró el contrato, y se trata del primer contacto comercial entre las partes. Sería diferente si el uso comercial en vigor autorizara el empleo de una lengua distinta de la del contrato y las negociaciones.

3) Las normas de Derecho nacional que regulan, desde el punto de vista del acuerdo de voluntades efectivo y de su forma, la inclusión en el contrato de disposiciones, en particular, de condiciones generales de la contratación, no son aplicables junto con el artículo 17 del Convenio de Bruselas. Por consiguiente, tales normas del Derecho material nacional que, según las normas de conflicto del Tribunal que conoce del litigio, son aplicables no pueden ser utilizadas para verificar si una cláusula atributiva de competencia que cumple los requisitos del artículo 17 ha sido válidamente incluida en el contrato celebrado entre las partes.»