

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. HENRI MAYRAS
presentadas el 11 de octubre de 1978 *

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

I. La empresa Somafer, de Uckange, en Lorena, tomó parte en una licitación del Ministerio del Interior del Land de Sarre con vistas a la adjudicación de determinados trabajos de demolición en el perímetro de las fábricas Röchling-Burbach.

Como las garantías de seguridad prestadas por el contratista francés le parecían insuficientes, la sociedad alemana Saar-Ferngas, cuyas canalizaciones pasaban en las inmediaciones de la obra a demoler, consideró que debía tomar, por sí misma, medidas suplementarias de protección, que notificó a Somafer el 16 de enero de 1974.

Tras haber advertido debidamente al Gewerbeaufsichtsamt del Land de Sarre, cuyas funciones corresponden a este respecto a las del Ponts et Chaussées y del Service des Mines en Francia, Somafer obtuvo, el 29 de enero de 1974, la autorización de los trabajos por parte del Alcalde de Völklingen.

Para resarcirse de los gastos que había realizado, la sociedad alemana remitió su factura a Somafer el 29 de octubre de 1974. El representante (Vertretung) para la República Federal de la casa matriz (Hauptverwaltung) de Uckange, en Beckingen, Sarre, rechazó sus pretensiones. Saar-Ferngas ejercitó entonces una acción contra Somafer ante el Tribunal del lugar de su «representación» en la República Federal: el Landgericht Saarbrücken. Señalemos de pasada que en Francia los litigios en materia de contratos administrativos y de daños ocasionados por obras públicas recaen bajo el ámbito de competencia de los Tribunales administrativos.

El papel desempeñado por la representación de Beckingen en las discusiones mantenidas entre el Ministerio del Interior y la Inspección de trabajo, por una parte, y las empresas Somafer, por otra, es objeto de afirmaciones contradictorias de las partes y, para resolver este problema, el Tribunal de apelación (Oberlandesgericht) de Saarbrücken sometió el asunto al Tribunal de Justicia.

* Lengua original: francés.

Antes de abordar el examen de las cuestiones sometidas a este Tribunal de Justicia, he de recordar que Saar-Ferngas alegó en primera instancia la competencia del Landgericht Saarbrücken, basándose en el hecho de que Somafer poseía en Beckingen una sucursal en el sentido del Derecho alemán (artículo 21 de la Zivilprozessordnung – Ley de Enjuiciamiento civil alemana) y, asimismo, en el hecho de que aquel Tribunal sería el del «lugar donde haya sido o deba ser cumplida la obligación», en el sentido del apartado 1 del artículo 5 del Convenio de Bruselas de 1968.

El Tribunal de primera instancia no estimó ninguno de estos dos argumentos y se declaró competente en virtud del número 5 del artículo 5 de este Convenio ya que, en su opinión, esta norma va más allá que el Derecho interno alemán: admite que una relación con la explotación de una simple sucursal o agencia basta para fundamentar la competencia del Tribunal del lugar donde dicha sucursal o agencia se halle situada. Este Tribunal estimó que Somafer poseía en Beckingen al menos una agencia, en el sentido del número 5 del artículo 5 del Convenio; efectivamente, ésta se sirvió de sus oficinas en dicha localidad para tratar con terceros o, en cualquier caso, dio a Saar-Ferngas la impresión de que dichas oficinas constituían tal agencia. Al actuar de este modo, el Tribunal hizo referencia a criterios de Derecho alemán, pero consideró que éstos podían servir igualmente para la aplicación del número 5 del artículo 5 del Convenio.

La empresa de Sarre retomó, a su vez, este argumento en apelación. Renunció también, por tanto, al motivo que invocó subsidiariamente en primera instancia, extraído del artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana. Esta norma, que constituye un criterio de competencia exorbitante de Derecho nacional, establece que, a falta de cualquier otro Tribunal competente en el territorio alemán, las acciones *reales* entabladas contra una persona no domiciliada en el territorio nacional, recaen bajo la competencia del Tribunal en cuya jurisdicción se hallen los bienes o el objeto litigioso; sin embargo, esta norma ya no puede ser invocada en virtud del propio artículo 3 del Convenio de 1968.

II. Mediante la primera cuestión, se pregunta fundamentalmente al Tribunal de Justicia si los conceptos de «agencia», de «sucursal» o de «otros establecimientos» deben interpretarse mediante remisión al Derecho nacional o, por el contrario, deben ser objeto de una interpretación autónoma.

1) En favor de la remisión al Derecho nacional, con el fin de determinar el lugar de situación del órgano jurisdiccional competente, se puede decir que, en general, aplicar la ley del Estado a cuyos Tribunales se ha sometido el asunto o el Derecho aplicable al litigio principal, posee todas las ventajas: efectivamente, es importante que las cuestiones de competencia puedan ser resueltas con rapidez. Siempre será más fácil para un Tribunal aplicar su propia ley; además, casi todos los criterios de compe-

tencia recogidos por el Convenio están ligados a conceptos que ya han sido utilizados por el Derecho interno de los Estados miembros con fines distintos de la determinación de competencia.

Ahora bien, en cuanto a los conceptos de domicilio de las personas físicas o de domicilio social de las empresas o de las personas jurídicas que no constituyen, en relación con todos los conceptos del número 5 del artículo 5, más que un fraccionamiento o una subcategoría, el Convenio se refiere expresamente a la aplicación de la ley interna del Juez al que se ha sometido el asunto (párrafo primero del artículo 52) o a las normas de Derecho internacional privado de dicho Juez (artículo 53).

Una interpretación autónoma de los conceptos recogidos en el número 5 del artículo 5, no tendría, a decir verdad, nada que ver con la «simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales» que constituye el objetivo asignado por el artículo 220 al Convenio; por el contrario, hubiera sido más fácil que Saar-Ferngas ejercitara directamente contra Somafer una acción ante el Tribunal del lugar donde se halla el domicilio social de esta empresa para obtener una resolución condenatoria de la misma, que habría sido directamente ejecutable en Francia.

Por otra parte, puede dudarse que los autores del Convenio hayan pretendido dar una definición uniforme y autónoma de sucursal, agencia o establecimiento. Tal definición

podría ser superada por la evolución de los ordenamientos jurídicos y de las jurisprudencias nacionales. El hecho mismo de que hayan empleado la expresión «cualesquiera otros», que es una especie de término «residual», para cubrir el resto de los supuestos, confirmaría que renunciaron a dotar de un contenido preciso, al menos, al concepto de establecimiento. Tal objetivo, que entraría dentro del ámbito de la *legislación uniforme*, sería extraño al Convenio.

Finalmente, el Tribunal de Justicia resolvió, en su sentencia de 6 de octubre de 1976, Tessili (12/76, → Rec. p. 1473), en relación con la interpretación del Convenio *en general* que, en determinados supuestos, debe interpretarse que las expresiones y conceptos utilizados por el mismo (se trataba precisamente, en aquel caso, del concepto empleado en el artículo 5 de «lugar donde haya sido o deba ser cumplida la obligación») remiten a las normas materiales del Derecho aplicable, según las normas de conflicto del Juez a quien se sometió el asunto en primer lugar.

2) A favor del carácter autónomo de los términos del número 5 del artículo 5 se pueden, por el contrario, aducir las siguientes consideraciones.

Incluso si la ley interna del Juez que conoce del asunto, o si el Derecho internacional privado aplicable al litigio principal, someten la atribución de competencia a criterios más o menos idénticos a los contemplados por el número 5 del artículo 5 del Convenio, es poco probable que el significado que el

Juez nacional normalmente atribuye a estos criterios se adapte a los asuntos a los que se aplica el Convenio.

En su sentencia de 6 de octubre de 1976, De Bloos (14/77, ↔ Rec. p. 1497), el mismo Tribunal de Justicia inició una interpretación uniforme y autónoma de los conceptos contenidos en el número 5 del artículo 5, buscando la delimitación del contenido del concepto de «sucursal». Sin embargo, este precedente no me parece por sí solo totalmente decisivo, ya que el comienzo de la definición dada en esta sentencia es puramente negativo y fue elaborado a propósito de las relaciones *internas* entre el concesionario de una exclusiva de venta y su cedente.

Un poco después, el Tribunal de Justicia afirmó, en la sentencia de 14 de octubre de 1976, LTU (29/76, ↔ Rec. p. 1541), que el concepto de «materia civil y mercantil», utilizado en el artículo 1 del Convenio, no podía interpretarse únicamente en función del reparto de competencias entre las diferentes jurisdicciones existentes en determinados Estados y que, por tanto, tal concepto debía reputarse *autónomo*, debiendo ser interpretado, por un lado, en relación con los objetivos y con la sistemática del Convenio y, por otro, en relación con los principios generales que se derivan del conjunto de los sistemas de Derecho nacionales.

En la sentencia de 14 de julio de 1977, Fluggesellschaft y Germanair (asuntos acumulados 9/77 y 10/77, ↔ Rec. p. 1517),

el Tribunal de Justicia declaró que su método interpretativo se derivaba de la preocupación por garantizar, en el ámbito del Derecho comunitario, la igualdad y uniformidad de los derechos y obligaciones que para los Estados contratantes y las personas interesadas surgen del Convenio, y que el principio de seguridad jurídica en el ordenamiento comunitario y los objetivos perseguidos por el Convenio, de acuerdo con el artículo 220 del Tratado en el cual se basa, requieren una aplicación uniforme, en todos los Estados miembros, de los conceptos y categorías jurídicas desarrollados por el Tribunal de Justicia en el marco del Convenio.

En la sentencia de 22 de noviembre de 1977, Industrial Diamond Supplies (43/77, ↔ Rec. p. 2175), el Tribunal de Justicia afirmó que una interpretación del concepto de «recurso ordinario» mediante remisión a un ordenamiento jurídico nacional —ya se tratase del Estado de origen o del Estado de reconocimiento o ejecución— acarrearía, en algunos casos, la imposibilidad de calificar un determinado recurso con el suficiente grado de precisión, en relación con los artículos 30 y 38 del Convenio y que la interpretación del concepto de «recurso ordinario» sólo podía buscarse adecuadamente en el ámbito del Convenio mismo.

Por último, el Tribunal de Justicia prosiguió en la misma línea en su sentencia de 21 de junio de 1978, Bertrand (150/77, ↔ Rec. p. 1431), relativa a la «venta a plazos de bienes muebles corporales».

Con arreglo a estos precedentes, considero, pues, que la competencia en los litigios «relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualesquiera otros establecimientos» debería determinarse de manera autónoma, es decir, en función de los objetivos y de la sistemática del Convenio de 1968, así como en función de los principios generales que se desprenden de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Esta interpretación «autónoma» debería inspirarse en los Derechos y jurisprudencias de los Estados miembros partes en el Convenio, en cuanto a las consecuencias, desde el punto de vista del foro, de los conceptos de sucursal, agencia o establecimiento, así como en las jurisprudencias nacionales relativas al foro de los establecimientos secundarios de las personas jurídicas, previsto en determinados convenios bilaterales celebrados entre los Estados miembros con anterioridad al Convenio de Bruselas.

Estos convenios bilaterales admiten dicho criterio de conexión, ya sea a título de competencia directa o indirecta, mediante una elección de domicilio. El Convenio de Bruselas, por así decir, habría «codificado» y multinacionalizado las normas bilaterales, sin por ello unificar las distintas jurisprudencias relativas a su aplicación.

El antecedente directo del número 5 del artículo 5 del Convenio de Bruselas parece, así, ser la letra d) del apartado 1 del artículo 4 del Convenio germano-neerlandés, de 30 de agosto de 1962, que dispone:

«Serán competentes, a efectos del presente Convenio, los Tribunales del Estado donde se haya dictado la resolución:

[...] si, en el Estado donde se haya dictado la resolución, el demandado ha sido citado en el lugar de emplazamiento de su establecimiento mercantil o de una sucursal, en los litigios relativos a la explotación de dicho establecimiento o sucursal.»

Pero hay que hacer constar que el Convenio de Bruselas establece, en el número 5 de su artículo 5, un criterio de conexión a título de competencia *directa*, a partir de lo que no era sino un criterio de competencia *indirecta* a efectos de reconocimiento y ejecución y de una presunción de elección de domicilio.

Siguiendo esta línea argumental, también propongo que se dé una respuesta negativa a la letra b) de la primera cuestión, ya que acudir, en el litigio planteado ante el Tribunal nacional, a una calificación según el Derecho aplicable al procedimiento principal conduciría, en definitiva, a remitirse a leyes nacionales probablemente distintas.

III. En caso de que la competencia relativa a la explotación de sucursales, agencias o cualesquiera otros establecimientos debiera determinarse de modo autónomo, el Juez nacional querría saber, mediante la segunda cuestión, qué criterios interpretativos han de aplicarse a los conceptos de «sucursal» y de «agencia», habida cuenta de la autonomía de decisión (especialmente en la celebración

de negocios) y de la importancia de las instalaciones materiales. Hay que resaltar que la cuestión no hace referencia al *establecimiento*, pero me parece necesario incluir tal concepto en mi análisis.

Dos observaciones me guiarán en esta tarea. En primer lugar, cualquiera que sea el punto de conexión elegido, los conceptos contenidos en la Sección Segunda del Convenio («Competencias *especiales*») y, en concreto, en el número 5 de su artículo 5, deben ser objeto de una interpretación restrictiva ya que no hay que perder de vista que existe otro criterio *general* de competencia: el del domicilio del demandado (artículo 2). Esta regla se desprende de la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de noviembre de 1976, Bier (21/76, — Rec. p. 1735).

En segundo lugar, es difícil, de modo general, precisar las características de un establecimiento o de una agencia a los que se aplica la norma de competencia del número 5 del artículo 5. Si el concepto de sucursal posee perfiles relativamente claros, los conceptos de agencia o establecimiento se hallan la mayoría de las veces impregnados en gran medida por cuestiones de hecho que, en las jurisprudencias nacionales, se dejan normalmente a la apreciación discrecional del Juez que conoce del fondo. Incluso si se decide que los conceptos del número 5 del artículo 5 poseen un contenido autónomo, es inevitable que, para delimitar su contenido, haya, por tanto, que clarificar cuestiones de hecho y que esta tarea revierta al Juez nacional.

1) La cuestión se refiere tanto, si no más, al concepto de *explotación*, como al de sucursal, agencia o establecimiento. Por consiguiente, es necesario que se trate de un litigio relativo a la explotación de una de estas entidades y no de un litigio derivado simplemente de la actividad de la casa matriz o que se confunda con ésta. En otras palabras, es importante que la sociedad mercantil extranjera *explota* su objeto en la República Federal y es preciso que dicha entidad pueda desarrollar allí una actividad *normal*, distinta de la de la casa matriz, sin gozar, no obstante, de personalidad jurídica.

El Convenio adolece de una falta considerable de formalismo: habla no solamente de sucursal o agencia, que siempre carecen de personalidad jurídica, aunque posean un estatuto jurídico relativamente claro, al menos la sucursal, sino también de «cualesquiera otros» establecimientos. La característica común de los conceptos a que se refiere el número 5 del artículo 5 consiste, por tanto, en que se trata de entidades que no poseen personalidad jurídica; en concreto, hay que destacar que no se incluye la *filial* de una empresa, por la simple razón de que tal filial está dotada de personalidad jurídica y, por tanto, puede ser demandada en el lugar donde se halle establecida.

Por consiguiente, es necesario que la sociedad disponga en el extranjero de instalaciones materiales, industriales o mercantiles con consistencia *suficiente* para llevar a cabo la explotación. Podrían aplicarse por analogía, con las adaptaciones necesarias, determinados criterios consagrados por el Convenio sobre reconocimiento mutuo de

sociedades y personas jurídicas de 29 de febrero de 1968, a pesar de que este Convenio tenga un objeto diferente y no haya aún entrado en vigor: para poder obtener el reconocimiento, es necesario (artículo 3) que la sociedad o la persona estén *seriamente vinculados* con la economía de uno de los territorios en los que se aplica este Convenio; dicha sociedad o persona jurídica debe demostrar que *ha ejercido efectivamente su actividad durante un tiempo razonable* en el Estado contratante, con arreglo a cuyo Derecho se haya constituido (artículo 4).

2) Si la entidad contemplada en el número 5 del artículo 5 debe disfrutar de cierta autonomía de decisión y si, en concreto, debe estar habilitada para celebrar operaciones por cuenta de la casa matriz, vinculantes para ésta, es necesario, no obstante, que se halle *sometida a su control y dirección*.

El Tribunal de Justicia ya sentó este principio en su sentencia De Bloos, antes citada:

«uno de los elementos esenciales que caracterizan los conceptos de sucursal y de agencia es el sometimiento a la dirección y al control de la empresa matriz» (apartado 20).

El Tribunal de Justicia extendió este criterio al establecimiento:

«por lo que respecta al concepto de “establecimiento” que figura en dicho artículo, tanto de la finalidad como de la letra de esta disposición se deduce que dicho concepto

se funda, según el espíritu del Convenio, en los mismos elementos esenciales que los de sucursal o agencia» (apartado 21).

Sin embargo, no podría deducirse automáticamente *a contrario* que, en sus relaciones con terceros, toda «representación» sujeta a las instrucciones dictadas por la casa matriz, pueda calificarse de sucursal o agencia.

Aquí se plantea una delicada cuestión sobre la carga de la prueba: ¿a quién correspondería demostrar la existencia de este control y de esta dirección de la casa matriz? ¿Hay que exigir que tal control y dirección se derive de los estatutos internos de la casa matriz y de la entidad subordinada y que, por tanto, esta última tenga capacidad *legal* para vincularla? o, ¿es suficiente que, a los ojos de terceros, la competencia de la sucursal, agencia o establecimiento se deduzca de su comportamiento, incluso si, jurídicamente, se han excedido en su mandato? La respuesta a esta cuestión coincide, así, con el examen de la tercera cuestión planteada por el Juez nacional.

IV. Pienso que, habida cuenta del carácter especial de la competencia del número 5 del artículo 5, es necesario buscar la realidad de las cosas más allá de las apariencias, y que correspondería a los terceros que pretendan acogerse a esta excepción aportar la prueba de que la entidad que quieren llevar ante los Tribunales se hallaba ciertamente sometida al control y a la dirección de la casa matriz y que, en concreto, la operación en relación con la cual surgió el litigio, era de la incum-

bencia de la sucursal o de la agencia y presentaba un vínculo suficiente con su explotación.

En el presente caso, correspondería a la sociedad de Sarre demostrar que el gerente del Sarre de la oficina de la sociedad de Lorena no era un simple ejecutante o agente técnico, sino que tenía las facultades necesarias para realizar la operación y que la negociación fue llevada a cabo por este representante, y no por la oficina principal.

A este respecto, conviene recordar una disposición del Tratado franco-alemán sobre el Sarre, de 26 de octubre de 1956, a pesar de que dicha disposición únicamente establece una competencia indirecta y ya no está en vigor. Se trata del artículo 46 de este Tratado, que dispone:

«Cuando un francés posea en el Sarre, o cuando un natural del Sarre posea en Francia un establecimiento o una sucursal de naturaleza industrial, mercantil o de otro tipo, podrán ser demandados, a causa de contratos *directamente* celebrados por

dicho establecimiento o sucursal, ante los Tribunales del país donde estos últimos se hallen.»

Por ello estimo que hay que descartar la tesis de la apariencia a que se refiere el Juez en su última cuestión. Ignoro exactamente en qué medida se admite tal teoría en Derecho alemán para los simples establecimientos, y aun admitiendo que el problema de los «efectos prácticos» de las apariencias no sea una característica peculiar de este Derecho, me parece dudoso que forme parte del ordenamiento jurídico de todos los Estados miembros partes en el Convenio. Sobre todo, recurrir a tal criterio dejaría abierta la puerta a todas las interpretaciones y renacionalizaría, por así decir, una calificación que, por hipótesis, se pretende autónoma. También creo ver un indicio en el hecho de que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el comportamiento *revelador* de una de las partes del contrato no podría reemplazar la prórroga expresa de competencia contemplada por el artículo 17 del Convenio (sentencias de 14 de diciembre de 1976, Estasi, 24/76, ⇨ Rec. p. 1831, y Segoura, 25/76, ⇨ Rec. p. 1851).

Propongo al Tribunal de Justicia que declare que, en materia civil y mercantil, en relación con el número 5 del artículo 5 del Convenio de Bruselas de 1968, basta con que la entidad contemplada en esta norma, haya celebrado directamente el contrato que sirve de base a la demanda.