

# ACCIONES NEGATIVAS, DERECHO DE LA COMPETENCIA Y ABUSO DE DERECHO PROCESAL EN LA UNIÓN EUROPEA. CONSIDERACIONES SOBRE EL ASUNTO C-133/11 «FOLIEN FISCHER AG FOFITEC AG C. RITRAMA SPA»\*

ELENA RODRÍGUEZ PINEAU

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado.  
Universidad Autónoma de Madrid

Revista Española de Derecho Europeo 47  
Julio – Septiembre 2013  
págs. 125 a 147

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CASO. III. LA POSICIÓN ENFRENTADA DEL ABOGADO GENERAL Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. *A. La opinión del Abogado General Jääskinen. B. La posición del Tribunal de Justicia. C. Primera valoración de la decisión del Tribunal.* IV. EFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL DERECHO PROCESAL EUROPEO: ¿SANCIONA LA SENTENCIA FOLIEN FISCHER EL «TORPEDO PROCESAL» EN EL ÁMBITO EUROPEO?. V. EL EFECTO DE LA SENTENCIA FOLIEN FISCHER EN EL MARCO DE LAS ACCIONES DE DAÑOS EN DERECHO DE LA COMPETENCIA. VI. ¿UNA SOLUCIÓN ALTERNATIVA?. *A. El fraude de ley. B. El abuso de derecho.* 1. El abuso de derecho en el ordenamiento de la UE. 2. El abuso de derecho en el Derecho procesal civil europeo. 3. ¿La acción negativa constituye un abuso procesal (de derecho)?. VII. CONSIDERACIONES FINALES.

**RESUMEN:** La sentencia del TJUE en el asunto C-133/11 Folien Fischer ha confirmado que una acción declarativa negativa de responsabilidad puede ser ejercitada ante el tribunal del lugar del daño previsto en el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 (RBI). Esta decisión zanja las dudas que se habían planteado hasta la fecha sobre la cuestión de la competencia judicial para acciones negativas. Pero igualmente es una sentencia que deja abiertas otras interrogantes respecto del funcionamiento de las reglas del RBI,

**ABSTRACT:** The ECJ has sanctioned in case C-133/11 Folien Fischer that negative actions (exonerating from non-contractual liability) may be pursued before the court of the place of the damage in terms of Article 5(3) Regulation 44/2001, Brussels I. This relevant decision swipes the doubts cast in academia and certain jurisdictions about the compatibility of those actions with the Brussels I Regulation. On the other hand, this decision casts also some doubts on the functioning of the Brussels I Regulation, in

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER 2009-11702/Subprograma JURI, «Daños internacionales especiales».

en particular el posible uso estratégico que en determinados procedimientos, v. gr. en materia de ilícitos concursionales, podría hacerse de los torpedos procesales. En este contexto cabe preguntarse si existen otros mecanismos alternativos que permitan limitar ese uso estratégico de los foros de competencia judicial internacional, entre los cuales se evoca cada vez con mayor eco el abuso de derecho.

**PALABRAS CLAVE:** Acción negativa; Torpedo procesal; Litispendencia; Abuso procesal; Daños en Derecho de la competencia.

particular as far «as procedural torpedoes» are concerned in relation to specific actions for damages arising out of breach of competition rules. In this context it is not surprising that claims for a limitation of a strategic use of jurisdiction rules have been increasingly raised. In this sense, abuse of right is considered as a possible means of limiting such behavior.

**KEYWORDS:** Negative action; Procedural torpedo; Lis pendens; Abuse of process; Damage for breach of antitrust rules.

Fecha recepción original: 16 de junio de 2013

Fecha aceptación: 10 de julio de 2013

## I. INTRODUCCIÓN

El 25 de octubre de 2012 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó su sentencia en el asunto *Folien Fischer*<sup>1</sup>, en interpretación del artículo 5.3 del Reglamento (CE) N° 44/2001 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Bruselas I, en adelante RBI). La decisión del Tribunal no causó especial impacto al confirmar lo que se había aceptado por buena parte de la doctrina internacional privatista y cierta jurisprudencia, *i. e.* que ante el tribunal del lugar del daño (art. 5.3 RBI) se pueden plantear tanto las acciones declarativas de responsabilidad por daños como las acciones negativas de exoneración de dicha responsabilidad<sup>2</sup>. Esta decisión tiene una proyección en el Derecho procesal civil europeo que va más allá de la estricta interpretación del artículo 5.3 RBI pues el asunto *Folien Fischer* vuelve a poner sobre la mesa el problema de las acciones torpedo y su compatibilidad con un sistema de confianza mutua como el que incorpora el RBI. E igualmente suscita la relación entre el Derecho procesal civil europeo (*i. e.* cuando se discute la existencia de competencia judicial para la acción) y el Derecho procesal nacional (*i. e.* si se cuestiona la admisibilidad de la acción) y la posible incidencia de éste en el efecto útil de aquél.

Pero el caso ofrece otros muchos ángulos de análisis. Así, el supuesto se planteó en el marco de un litigio entre empresas competidoras por un problema de concesión de patentes, con una potencial restricción de acceso al mercado,

1. STJ de 25.10.2012, as. *Folien Fischer AG, Fofitec AG c. Ritrama SpA* (C-133/11).

2. Pueden encontrarse amplias referencias en BLANCO-MORALES LIMONES, P. «Acciones declarativas negativas y *forum delicti commissi*. ¿Galgos o podencos?: La litispendencia (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala primera) de 25 de octubre de 2012, *Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama SpA*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, Vol. 5, n° 1, pp. 240-253, p. 241, en particular véanse las citas en notas 2 y 3; ORÓ, C., «Las acciones declarativas negativas y el artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I», *AEDIPr*, 2011, pp. 185-206; conclusiones del Abogado General N. Jääskinen, as. *Folien Fischer* (C-133/11), presentadas el 19.4.2012, notas 14-16.

lo que inmediatamente ha suscitado la curiosidad por el asunto en el ámbito profesional del Derecho de la competencia en cuanto el objeto del litigio era la concesión de daños por la infracción de dichas normas<sup>3</sup>. Pero también este asunto puede ser de interés desde el punto de vista de los principios estructurales del Derecho de la Unión Europea (UE) en la medida en que toda la actuación de la demandante –siendo perfectamente amparable en las normas de Derecho procesal civil europeo– pueda entenderse abusiva. Aunque el principio del abuso de Derecho no se incluye dentro de los principios reconocidos expresamente por el ordenamiento de la UE, la jurisprudencia del TJUE ha ido puliendo unos perfiles de este principio en el ámbito europeo hasta consolidar una figura cuya apreciación en este supuesto tal vez habría ofrecido una respuesta diferente al caso.

En las páginas que siguen se abordarán los aspectos aquí adelantados con el siguiente esquema: tras la presentación de los elementos del caso (*infra* II), se ofrecerán los argumentos propuestos por el Abogado General y el Tribunal de Justicia para rechazar y admitir, respectivamente, las acciones negativas de responsabilidad en el marco del artículo 5.3 RBI (*infra* III). A continuación se valorarán las consecuencias de la sentencia *Folien Fischer* en el marco de la construcción de un Derecho procesal civil europeo (*infra* IV) y en el ámbito del Derecho de la competencia, en particular respecto de las acciones de daños derivadas de un ilícito concurrencial (*infra* V). Por último se propondrá una solución alternativa a la ofrecida por el Tribunal, *i. e.* la consideración del principio del abuso de Derecho (*infra* VI) para concluir con unas consideraciones finales (*infra* VII).

## II. EL CASO

El litigio enfrentaba a dos empresas con domicilio en Suiza *i. e.* *Folien Fischer AG* (que se dedica al desarrollo, fabricación y venta de productos de papel plastificado y láminas plásticas, comercializándolo, particularmente, en Alemania) y *Fofitec AG* (que pertenece al grupo de empresas de la anterior y es titular de unos derechos de patente vinculados a este negocio) y a una empresa italiana (*Ritrama SpA*) que compiten en el mercado de fabricación de papel plastificado y láminas (*v. gr.* etiquetas).

En marzo de 2007 *Ritrama* denunció como contrarias al Derecho de la competencia la política de distribución de *Folien Fischer* y su negativa a otorgar licencias sobre las patentes que compiten en un mercado de fabricación de etiquetas, tras lo cual *Folien Fischer* y *Fofitec* interpusieron una acción declarativa negativa ante los tribunales alemanes para que se estableciera que no estaban infringiendo normas de Derecho de la competencia y que, por lo tanto, no procedía ninguna de las dos peticiones, es decir ni la posible reclamación de

3. Así, en el Congreso internacional celebrado los días 22 y 23 de noviembre de 2012 en Barcelona sobre *Daños derivados de ilícitos concurrenciales* buena parte de las discusiones en la primera sesión retomaron este asunto.

daños que pretendía la competidora italiana por contrariedad a dichas normas ni el otorgamiento de licencias sobre las patentes. La empresa italiana, a su vez, interpuso junto con una filial suiza (Ritrama AG) una demanda ante los tribunales de Milán solicitando dicha indemnización de daños más una condena a Fofitec a conceder licencias sobre las patentes por vulneración del Derecho de la competencia.

El tribunal alemán se declaró incompetente en instancia y de nuevo en apelación al constatar que no existía una conexión que activara el foro que invocaba la demandante, *i. e.* que la comisión de ilícito (y el correspondiente daño) se hubiera verificado en Alemania. En última instancia, en el recurso de «revisión», el *Bundesgerichtshof* alemán (BGH) se planteó si la acción declarativa negativa podía entenderse incluida en el ámbito de aplicación del artículo 5.3 RBI, planteando la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia: «¿Debe interpretarse el artículo 5, número 3, del Reglamento [...] n° 44/2001 [...] en el sentido de que la competencia judicial en materia delictual también comprende una acción declarativa negativa ["negative Feststellungsklage"] mediante la cual el potencial autor del daño pretende que se declare que al potencial perjudicado en un determinado contexto no le corresponde ninguna acción derivada del acto ilícito (en el caso de autos, infracción del Derecho de la competencia)?».

### III. LA POSICIÓN ENFRENTADA DEL ABOGADO GENERAL Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Como se indicó al inicio, el TJUE responde en sentido afirmativo a la cuestión prejudicial planteada por el BGH pero lo hace en clara ruptura con la posición sostenida por el Abogado General Jääskinen. Analizaremos en primer lugar la opinión del Abogado General (*infra* A) para comprender mejor los argumentos que apoyan la decisión del TJUE (*infra* B) y realizar una primera valoración de la respuesta del Tribunal (*infra* C).

#### A. LA OPINIÓN DEL ABOGADO GENERAL JÄÄSKINEN

La conclusión del Abogado General es clara: «El artículo 5, número 3, del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que la competencia judicial en materia delictual no comprende una acción declarativa negativa mediante la cual el autor de un potencial hecho dañoso pretende que se declare que, de las circunstancias del asunto, no se deriva derecho alguno para la víctima potencial en materia delictual.»

Para llegar a esta conclusión, el Abogado Jääskinen desmonta la premisa de partida de la argumentación inicial planteada por los intervinientes en el procedimiento: las acciones negativas de responsabilidad no son un reflejo de las acciones positivas de indemnización por daños y perjuicios. Y aunque éstas

sí puedan incluirse en el artículo 5.3 RBI, las primeras no deben serlo, quedando entonces sujetas a la regla de competencia general del artículo 2 RBI. El artículo 5.3 no resultaría aplicable, en primer lugar, porque de la jurisprudencia del propio Tribunal se sigue que este artículo cubre las acciones cuyo objeto es «exigir la responsabilidad delictual o cuasi delictual del demandado»<sup>4</sup> y en las acciones negativas lo que se pretende es justamente lo contrario, *i.e.* excluir la responsabilidad del demandante precisamente porque no se ha producido ninguna actuación ilícita<sup>5</sup>. En segundo lugar, el Abogado General Jääskinen considera que el foro del artículo 5.3 RBI es un foro favorable a la víctima y, en consecuencia, no debe extenderse su aplicación a supuestos en los que quien lo invoca es el causante del daño<sup>6</sup>. El tercer argumento se centra en la vinculación del foro con el hecho litigioso: el artículo 5.3 RBI presupone la existencia de un riesgo, real o potencial, pero verificable, de que se produzca un hecho dañoso. Este elemento también está ausente para el Abogado General Jääskinen cuando lo que se solicita es la declaración de que no se va a producir ese hecho dañoso<sup>7</sup>. Por último, considera irrelevante el hecho de que para determinar la competencia de los tribunales alemanes la ley aplicable al supuesto fuera la alemana y reitera que si no hay solicitud de reparación de un perjuicio, no es invocable el artículo 5.3 RBI<sup>8</sup>.

Establecidas las razones por las que considera que el artículo 5.3 RBI no puede cubrir las acciones negativas de responsabilidad, el Abogado General Jääskinen pasa entonces a analizar el artículo desde distintas interpretaciones para confirmar la solidez de su razonamiento. Así desde el punto de vista de la interpretación teleológica, el Abogado General concluye que la finalidad que justifica la regla del artículo 5.3 RBI, *i.e.* otorgar la competencia a los tribunales más cercanos al litigio siempre que se verifique una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el tribunal mediante un criterio que sea previsible para el demandado –al que se «saca» del foro general–, no se satisface permitiendo las acciones negativas pues resulta poco evidente cómo se verifica la proximidad en este supuesto<sup>9</sup>. Desde el punto de vista sistemático, tampoco hay argumentos que sostengan la inclusión de la acción negativa en el ámbito del artículo 5.3 RBI. Para el Abogado General, la jurisprudencia previa del TJ en materia de litispendencia (cuando ante dos tribunales distintos se solicita la condena por daños y la exoneración de responsabilidad) no puede proyectarse a este caso puesto que en litispendencia no se valora la competencia de los tribunales sino cuál de ellos debe conocer del litigio<sup>10</sup>.

Por último, el Abogado General Jääskinen estudia el potencial alcance que

4. Citando la STJ de 1.10.2002, as. *Henkel* (C-167/00), apdo. 41.

5. Conclusiones del Abogado General N. Jääskinen, as. *Folien Fischer* (C-133/11), presentadas el 19.4.2012, apdo. 47.

6. Apdo. 48.

7. Apdos. 49-50.

8. Apdos. 51-52.

9. Apdos. 54-59.

10. Apdos. 60-64.

tendría la inclusión de las acciones negativas de responsabilidad en el artículo 5.3 RBI como elemento que refuerza, precisamente, la interpretación contraria que él sostiene. Así, el Abogado General identifica un riesgo de que se potencien las acciones «torpedo». La jurisprudencia del TJUE en materia de litispendencia combinada con una interpretación extensiva del artículo 5.3 que incluyera las acciones negativas supondría fomentar las demandas de los potenciales infractores solicitando la exoneración de responsabilidad ante tribunales distintos del domicilio del demandado con el solo fin de bloquear otras acciones<sup>11</sup>.

## B. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El Tribunal de Justicia comienza recordando sus líneas básicas sobre la interpretación del RBI relativas a la necesidad de realizar una interpretación autónoma de sus reglas, en línea con la jurisprudencia desarrollada en interpretación del Convenio de Bruselas de 1968 (en adelante CB)<sup>12</sup> y en busca de la seguridad jurídica y buena administración de justicia<sup>13</sup>. Con estas premisas pasa entonces a analizar el ámbito de aplicación del artículo 5.3 RBI.

En primer lugar, y a diferencia de lo sugerido por el Abogado General, el TJUE indica que el ámbito del artículo 5.3 incluye las acciones en materia delictual y cuasi delictual, lo que en sí mismo no excluye las acciones negativas de su ámbito de aplicación<sup>14</sup>. Un rápido repaso a su jurisprudencia en interpretación del artículo 5.3 le permite reiterar que este foro se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y los tribunales del lugar en que se ha producido o pudiera producirse el hecho dañoso –ya sea éste el del lugar de producción o el de manifestación del daño– lo que le hace el tribunal más adecuado para conocer del asunto<sup>15</sup>. Y a partir de aquí, el TJUE analiza si es posible proyectar estas condiciones a los supuestos en los que se solicita una acción negativa cuya particularidad consiste en que (i) no se exige responsabilidad de la que se derivaría una indemnización y (ii) se ha invertido la posición procesal de las partes pues el actor es el potencial infractor.

Para el Tribunal de Justicia esta inversión de las posiciones procesales no es un elemento definitivo para excluir la aplicación del artículo 5.3 RBI ya que la finalidad que persigue la norma, *i. e.* garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad para las partes, no está vinculada a su posición procesal (a diferencia de lo que sucede en otros foros de «protección» del propio RBI). Es por ello que no se puede interpretar –en contra de lo que concluye el Abogado General Jääskinen– que en el foro del artículo 5.3 RBI sólo pueda ejercitar la

11. Apdos. 70-73.

12. El Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil se elaboró al amparo del artículo 220 TCE y fue sustituido por el Reglamento 44/2001 tras la comunitarización del «tercer pilar» resultado del Tratado de Ámsterdam.

13. Apdos. 30-34.

14. Apdo. 36.

15. Apdos. 37-39.

acción la víctima<sup>16</sup>. Más aún, al hilo de su jurisprudencia en el asunto *Tatry*, el Tribunal recuerda que una demanda por la que se solicita que se declare que el demandado es responsable de un perjuicio y que se le condene a pagar una indemnización por daños y perjuicios tiene la misma causa y el mismo objeto que una demanda mediante la que se solicita que se declare que el demandante no es responsable de tal perjuicio<sup>17</sup>.

A continuación el TJUE presenta el elemento clave para la resolución de la cuestión: de lo que se trata es de identificar si existe una conexión entre el tribunal ante el que se plantea la acción y el objeto de esa acción. Y en este sentido, indica el Tribunal, es irrelevante si la demanda es admisible o procedente; el tribunal nacional sólo tiene que comprobar que existe el punto de conexión, *i. e.* si en su territorio se ha verificado bien el lugar de origen bien el de manifestación del hecho dañoso, con independencia de quién sea el demandante en la acción<sup>18</sup>. En consecuencia concluye que, a los efectos de determinar la competencia de los tribunales nacionales, una acción declarativa negativa no está excluida del ámbito de aplicación del artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001<sup>19</sup>.

### C. PRIMERA VALORACIÓN DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

La primera lectura de la sentencia es positiva puesto que con esta decisión el Tribunal de Justicia resuelve con carácter definitivo la duda acerca de la inclusión de las acciones negativas de responsabilidad en el ámbito del artículo 5.3 RBI. Esta decisión aporta claridad para los operadores jurídicos pues, como se indicó *supra*, aunque ésta era ya posición bastante generalizada se trataba de un tema aún discutido.

En segundo lugar también merece aprobación que el Tribunal aclare que los foros especiales, en particular el foro en materia delictual o cuasi delictual, no son foros de protección. En efecto, y a pesar de lo que sostiene el Abogado General Jääskinen, con estos foros no se trata de defender a la víctima sino de ofrecer una solución procesal que contemple adecuadamente los intereses de las partes en un litigio transfronterizo, asignando correctamente el riesgo de internacionalidad<sup>20</sup>. En este sentido, el hecho de que el potencial demandado tome la iniciativa procesal convirtiéndose en demandante al plantear una acción declarativa negativa, se ha visto como un mecanismo que garantiza la igualdad de armas procesales al permitirle escoger un foro que, de otro modo, no podría conseguir<sup>21</sup>.

16. Apdos. 44-47.

17. Apdo. 49.

18. Apdos. 50-53.

19. Apdos. 54-55.

20. VIRGÓS, M. y GARCIMARTÍN, F, *Derecho procesal civil internacional (Litigación internacional)*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 187.

21. VON MEHREN, A., «The Transmogrification of Defendants into Plaintiffs: Herein of Declaratory Judgments, Forum Shopping and Lis Pendens», *Festschrift für Ulrich Drobnig*, Mohr Siebeck, 1998, pp. 409 ss., p. 414.

Una valoración menos clara, sin embargo, merece el hecho de que la sentencia siga las indicaciones del Abogado General respecto de que el Tribunal no está obligado a pronunciarse sobre si las acciones declarativas negativas pueden admitirse en materia de responsabilidad extracontractual, pues de lo que se trata es de saber si, admitidas en un ordenamiento, pueden ser amparadas en el artículo 5.3<sup>22</sup>. Así, el TJUE aclara que lo relevante para la aplicación del artículo 5.3 no es la posibilidad de interponer la acción sino la existencia de un punto de conexión territorial con el litigio. De este modo el Tribunal no restringe la aplicación de particularidades procesales de un Estado miembro en el marco del RBI pero tampoco impone su existencia a los ordenamientos que desconozcan estas acciones. Este silencio sobre la compatibilidad de las acciones negativas con el RBI, sin embargo, puede tener una incidencia directa en el propio funcionamiento de las reglas del RBI, como se verá *infra* IV.B.

Por último, el fallo del Tribunal proporciona una pauta aplicable a cualquier supuesto de acción negativa en el marco del artículo 5.3 RBI, sin vincularla al tipo de litigio concreto en el que la acción se plantea, *i. e.* en el asunto *Folien Fischer*, las de daños derivados de ilícito concurrencial. Esto le permite ofrecer una respuesta de carácter general, si bien la solución del caso concreto puede suscitar consecuencias como las que apuntaba el Abogado General y que el Tribunal no considera. Este silencio no es el único de la sentencia y a ellos se dedican las consideraciones que siguen: ¿qué problemas plantea la respuesta del Tribunal de Justicia desde el punto de vista de la construcción de un Derecho procesal civil europeo? ¿Y para el desarrollo de un mecanismo de Derecho privado de cumplimiento del Derecho de la competencia?

#### IV. EFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL DERECHO PROCESAL EUROPEO: ¿SANCIÓN LA SENTENCIA FOLIEN FISCHER EL «TORPEDO PROCESAL» EN EL ÁMBITO EUROPEO?

Las conclusiones del Abogado General Jääskinen para oponerse a la inclusión de las acciones negativas de responsabilidad en el ámbito del artículo 5.3 RBI se cerraban con una consideración que el Tribunal de Justicia obvia por completo, *i. e.* cuando se da cabida a estas acciones ¿no se está potenciando el recurso al «torpedo procesal»? Esta es una preocupación que se constata en algún comentario a la sentencia *Folien Fischer* y a la que dedicaremos las siguientes reflexiones<sup>23</sup>.

La cuestión de la compatibilidad de las acciones «torpedo» con las reglas del RBI no constituye una novedad pues el propio TJUE ya se enfrentó a éstas en la sentencia *Gasser*<sup>24</sup>, si bien en este asunto concurrían un foro objetivo (el del art. 5.1 RBI en materia contractual) y la autonomía de la voluntad (art. 17

22. Conclusiones del Abogado General N. Jääskinen, as. *Folien Fischer* (C-133/11), presentadas el 19.4.2012, apdo. 35.

23. BLANCO-MORALES LIMONES, P. «Acciones declarativas negativas...», *op. cit.*, pp. 246 ss.

24. STJ de 9.12.2003, as. *Gasser c. Misat* (C-116/02).



CB/art. 23 RBI). Es conocida la respuesta del Tribunal: si existe identidad de partes, objeto y causa, hay litispendencia. En *Gasser* el TJUE confirmó que la litispendencia debe solventarse conforme a la regla del artículo 21 CB/27 RBI, es decir, el primer tribunal –una vez establecida su competencia– debe conocer del asunto y ello aunque la demanda se haya interpuesto ante un tribunal que se caracterice por la excesiva lentitud en la apreciación de su competencia. Establecer excepciones a la regla de la litispendencia por este motivo supondría dinamitar el principio de la confianza mutua entre los Estados miembros y el propio funcionamiento del sistema procesal europeo<sup>25</sup>.

Es bien conocido el recelo que esta interpretación había suscitado, y en este sentido no resultó sorprendente que la propuesta de revisión del RBI tomara como uno de sus elementos centrales la nueva regulación de la litispendencia. En concreto, en el libro verde de la Comisión, se propuso la exclusión expresa de las acciones declarativas negativas para eliminar este tipo de torpedos, iniciativa que no prosperó<sup>26</sup>. El texto de la propuesta incluía dos referencias expresas a los comportamientos litigiosos abusivos que pretenden eludir cláusulas de sumisión o arbitrales<sup>27</sup>, pero no había ninguna referencia asociada a las acciones negativas, línea que se ha seguido en el texto definitivo. Así, a pesar del interesante elemento que introduce el considerando 22 del nuevo Reglamento (UE) N° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (refundición), Bruselas I *bis*<sup>28</sup> (en adelante, RBI *bis*) cuando explica que la reforma de la regla de litispendencia se introduce para evitar prácticas litigiosas abusivas, la pretensión del legislador es limitada pues este abuso se asocia al respeto de las cláusulas de sumisión. De este modo el resultado final, tal como se recoge en los artículos 29 y 33 RBI *bis*, sólo aborda parcialmente el problema del torpedo, revisando la prevalencia del criterio de la prioridad temporal en aquellos casos en que está en juego una cláusula de sumisión (para garantizar que ésta se respete) y ofreciendo una solución novedosa para los supuestos de litispendencia frente a tribunales de terceros Estados. En consecuencia, la revisión del RBI no aporta soluciones concretas para aquellos supuestos como el suscitado en el asunto *Folien Fischer* en los que no esté en juego una cláusula de sumisión, debiendo entonces solventarse la litispendencia conforme a la regla citada de la prioridad temporal<sup>29</sup>.

25. STJ de 9.12.2003, as. *Gasser c. Misat* (C-116/02), apdos. 72-73.

26. Véanse las consideraciones que preceden a la pregunta 3 del Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) N° 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 21.4.2009, COM(2009) 175 final.

27. Considerandos 19 y 20 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Versión refundida), COM(2010) 748.

28. Reglamento (UE) N° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (refundición) (DOUE, n° L 351, de 20.12.2012).

29. Como elemento de comparación puede aportarse la propuesta introducida por el artí-

En este contexto normativo, las consideraciones del TJ relativas a la necesidad de una vinculación entre el foro y el objeto del litigio para poder aplicar la regla especial del artículo 5.3 RBI son indiscutibles desde el punto de vista del funcionamiento formal del RBI, como también lo es que descarte el análisis de la pertinencia (admisibilidad) de la acción en el marco del Reglamento. No cabe duda de que la sentencia *Folien Fischer* se alinea con decisiones anteriores, como el asunto *Tatry*, donde estableció que se verifica la identidad de objeto cuando en un litigio se formula una pretensión por el demandante de forma negativa (exoneración de responsabilidad) y en otro, el demandado, convertido en demandante, la formula de forma positiva (solicitud de daños)<sup>30</sup>, o la ya citada *Gasser*, fuertemente criticadas por su formalismo y las consecuencias que produce respecto de la carrera a los tribunales. En este sentido, *Folien Fischer* confirma que el torpedo procesal sigue siendo una realidad en el ámbito del espacio judicial europeo, aunque con un alcance limitado en el marco de las acciones planteadas al amparo del art. 5.3 RBI pues este foro limita su competencia a los daños sufridos en el territorio del tribunal que conoce de la demanda declarativa negativa. Con todo, lo cierto es que el planteamiento de un torpedo producirá efectos dilatorios en el tiempo respecto del otro procedimiento de afirmación de la responsabilidad. En este sentido puede reprocharse al Tribunal que no haya intentado un análisis más finalístico de las reglas como sí lo ha hecho en otras ocasiones en las que ha considerado que el funcionamiento del RBI podría estar amenazado por determinadas figuras procesales como las medidas antiproceso del Derecho inglés<sup>31</sup>. No deja de ser paradójico que el TJUE considere que las medidas antiproceso vulneran el derecho del demandante a acudir a un tribunal que tendría competencia conforme al RBI y, por lo tanto, no son compatibles con el Derecho procesal civil europeo y, por el contrario, admita la compatibilidad de las acciones negativas que pueden producir el mismo efecto cuando el potencial demandante se ve estratégicamente demandado antes de que pueda plantear su propia demanda.

## V. EL EFECTO DE LA SENTENCIA FOLIEN FISCHER EN EL MARCO DE LAS ACCIONES DE DAÑOS EN DERECHO DE LA COMPETENCIA

Una de las críticas que se ha hecho a la sentencia *Folien Fischer* incide en

---

culo 21.6 del Anteproyecto de Convenio de La Haya sobre competencia judicial y reconocimiento de resoluciones (disponible en <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm11.pdf>), que preveía la suspensión del procedimiento en el que se hubiera planteado la acción declarativa negativa –aunque hubiera sido el primero en el tiempo–. En esta misma línea, véase VON MEHREN, A., «The Transmogrification of Defendants into Plaintiffs...», *op. cit.*, p. 417.

30. STJ de 6.12.1994, as. *Tatry c. Rataj* (C-406/92), apdo. 53.

31. Baste a estos efectos recordar las muy citadas SSTJ de 27.4.2004, as. *Turner* (C-159/02) y de 10.2.2009, as. *Allianz y otros c. West Tankers* (C-185/07), en las que el TJUE rechazó categóricamente la compatibilidad de las medidas antiproceso (*anti-suit injunctions*) del Derecho anglosajón con el modelo del RBI invocando, precisamente, que tienen como resultado privar al justiciable de una forma de tutela judicial a la que tiene derecho, i. e. acudir a los tribunales previstos conforme a las reglas del RBI.

el hecho de que el Tribunal de Justicia obvia la pregunta planteada por el BGH, *i.e.* si las acciones negativas están dentro del ámbito de aplicación material del RBI, para responder en clave de localización del punto de conexión<sup>32</sup>. De este modo, indica el Tribunal, si el órgano nacional puede localizar en su territorio el lugar donde se verifica el objeto de la acción negativa de responsabilidad, podrá declararse competente conforme al artículo 5.3 RBI. Así, lo relevante no es tanto el tipo de acción que se intenta como que se pueda determinar dónde se ha producido el lugar del «no daño»<sup>33</sup>. Y es precisamente este elemento el que matiza el potencial alcance de la acción negativa en el ámbito del Derecho de la competencia o de los ilícitos concurrenciales. En efecto, no es lo mismo intentar una acción declarativa negativa en el ámbito de responsabilidad medioambiental –en la que se solicite que se declare que no se puede incurrir en responsabilidad pues se cumple con los estándares de seguridad exigidos en ese Estado– que en un marco donde la «afectación del mercado» es el criterio relevante y no se puede apreciar sino *ex post*<sup>34</sup>.

Las dificultades para localizar el daño en materia de ilícito concurrencial son evidentes cuando no existe una previa constatación de la vulneración del Derecho de la competencia por autoridad competente, como lo ponen de manifiesto asuntos como *SanDisc Corporation v. Philips*<sup>35</sup>. En este caso una sociedad americana intentó sin éxito iniciar una demanda de daños frente a varios demandados no domiciliados en el Reino Unido por presunta conducta anticompetitiva en la licencia y disfrute de patentes comunitarias vinculadas a la tecno-

32. ORÓ, C., «Comentario a la S. TJUE de 25.10.12», *REDI*, 2013-1, pp. 208-211. Para el autor es evidente que el Tribunal no quería responder a la cuestión planteada por el BGH porque ello le obligaba a revisar su jurisprudencia anterior en el asunto *Kalfelis*, tesis que para el autor resulta corroborada por la nula referencia a dicho asunto en toda la sentencia.
33. En este sentido, la crítica de ORÓ, C. (*ibid.*) es evidente: si el TJUE había definido en su jurisprudencia anterior que el art. 5.3 permitía interponer acciones dirigidas a exigir la responsabilidad del demandado (STJ de 27.9.1988, as. *Kalfelis* –189/87–), una acción declarativa negativa ni persigue la constatación de la responsabilidad (antes bien, justamente lo contrario) ni es referida al demandado, sino al demandante que quiere quedar exonerado de tal responsabilidad.
34. Sobre la determinación del lugar del daño (*i. e.* donde se manifiesta el daño) en el marco de los ilícitos concurrenciales puede verse VILÀ COSTA, B., «How to Apply Articles 5(1) and 5(3) Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law: A Coherent Approach», en BASEDOW, J.; FRANCO, S. e IDOT, L. (eds.) *International Antitrust Litigation (Conflict of Laws and Coordination)*, Hart, Oxford/Portland, 2012, pp. 17-29, p. 27 sugiere que la identificación de lugar del daño se realice conforme a los criterios que se aplican en Derecho de la competencia; por su parte, MANKOWSKI, P., «Der europäische Gerichtsstand des Tatortes aus Art. 5 Nr. 3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten», *WUW*, vol. 62, n° 9, 2012, pp. 797-807, propone identificar el lugar donde se producen los efectos de la conducta anticompetitiva con criterios paralelos a los previstos en el artículo 6.3 Reglamento CCE D n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II, en adelante RRII).
35. *SanDisc Corporation v. Koninklijke Philips Electronics NV and Ors* [2007] EWHC 332 (Ch), consultado en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2007/332.html>.

logía MP3, pues el tribunal inglés no pudo localizar en Reino Unido ni el origen de los daños ni la pérdida económica invocada por la demandante<sup>36</sup>. Cuánto más, entonces, puede resultar compleja la identificación del «no daño» en ausencia de este procedimiento administrativo que constate el ilícito concurrencial, como ocurría en el asunto *Folien Fischer*. En otros términos, la acción negativa como respuesta a una acción *stand alone* podría tener más dificultades de concretarse pues no parece razonable que la competencia del tribunal pueda basarse simplemente en la alegación de la demandante de que la demandada lleva a cabo una actividad comercial en el país ante cuyos tribunales se pretende la acción negativa<sup>37</sup>. Sin embargo, para el BGH, sí podría bastar la alegación de que el mercado alemán es el afectado por la actividad de las partes para que los tribunales de ese país puedan conocer de la acción negativa<sup>38</sup>.

Por el contrario, en el supuesto de las acciones *follow-on*, establecido el daño por la autoridad de la competencia, resultaría mucho más improbable que la jurisdicción civil determinara la imposibilidad de derivar de tal conducta una consecuencia de reparación. Un claro ejemplo en este sentido lo proporciona el

36. En la argumentación del tribunal inglés resultó irrelevante el hecho –del que era consciente el tribunal– de que la empresa americana hubiera iniciado el procedimiento en Inglaterra con vistas a beneficiarse de un *interim relief* del que no podía disponer en otras jurisdicciones europeas.
37. En este sentido, MARINO, S., «Foro dell'illecito e azioni di accertamento negativo: la sentenza Folien Fischer della Corte di giustizia», *aldricus*, <http://aldricus.com/2012/11/09/folien/>.
38. La sentencia del BGH tras la cuestión prejudicial parece pronunciarse en este sentido al alinear el lugar del daño con el mercado afectado (en línea con el artículo 6.3 del Reglamento (CE) N° 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, «Roma II») (para. 16, BGH, 29 enero 2013, KZR 8/10 (consultada en WUW, 5/2013, pp. 514-519). Esta posición del BGH se alinea con una doctrina generalmente aceptada en Alemania sobre los hechos con doble relevancia jurídica, *i.e.* aquellos hechos cuya constatación es el objeto de la demanda al tiempo que con carácter previo han servido como criterio de conexión para determinar la regla de competencia judicial internacional del tribunal. Así, la doctrina mayoritaria considera que basta una razonabilidad en la formulación de la demanda para que el tribunal asuma la competencia, debiendo declarar luego inadmisibles la acción si no se prueba el hecho que fundamentó la dicha competencia en el análisis del fondo del litigio (*vid.* por todos, OST, K., *Doppelrelevante Tatsachen im internationalen Zivilverfahrensrecht (Zur Prüfung der internationalen Zuständigkeit bei den Gerichtsständen des Erfüllungsortes und der unerlaubten Handlung)*, Peter Lang, Frankfurt/ Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Osford/Wien, 2002). Sin embargo conviene tener en cuenta que el propio TJ ha indicado que los requisitos de apreciación del daño y de prueba de la existencia y alcance del perjuicio alegado se rigen por las normas materiales identificadas por la norma de conflicto del tribunal (STJ de 7.3.1995, as. *Fiona Shevill et al. c. Presse Alliance*, C-68/93) y que la mera alegación realizada por el demandante no puede fundamentar la competencia del tribunal (STJ de 4.3.1982, as. *Effer c. Kantner* –38/81–). En este sentido parece razonable, que además de la alegación, el demandante deba presentar algún indicio que pruebe su pretensión (sin que ello condicione, por otra parte, el resultado sustantivo que se alcance por el tribunal). Esta sería la posición más adecuada a las reglas procesales españolas (art. 65.1 LEC) que exigen un «principio de prueba» (VIRGÓS, M. y GARCIMARTÍN, F., *Derecho procesal civil...*, *op. cit.*, pp. 395-396).

asunto *Cooper Tire*: un grupo de empresas fabricantes de neumáticos decidió demandar ante los tribunales ingleses a varias empresas productoras de «goma butadieno» por daños derivados de un cártel de fijación de precios sancionado por la Comisión Europea. Entre dichas empresas se encontraba *Enichem*, empresa italiana que, sin haber cuestionado en ningún momento la decisión de la Comisión Europea, interpuso ante los tribunales de Milán una demanda de exoneración de responsabilidad por los posibles daños causados puesto que no había incurrido en infracción del artículo 101 TFUE. Al haberse adelantado con esta demanda ante los tribunales italianos a la que pretendían plantear las empresas afectadas por el cártel ante los tribunales ingleses, *Enichem* consiguió bloquear su participación en el procedimiento inglés<sup>39</sup>. En primera instancia, el tribunal de Milán desestimó la demanda al resultar contraria a una decisión de la Comisión Europea, sin embargo, la solicitud de que se declarara que las demandadas no habían sufrido daños (*i. e.* una declaración negativa) por la conducta de la demandante, fue declarada insuficientemente precisa (por ausencia de datos que apoyen la demanda) y, en consecuencia, anulada<sup>40</sup>.

Estas sentencias ponen de manifiesto que la posibilidad de que se puedan apreciar efectivamente las condiciones para asumir la competencia judicial internacional en materia de acciones negativas resultará complicada. Con todo, en el caso de que los tribunales pudieran efectivamente establecer dicha competencia judicial internacional, la cuestión que cabe retomar es la que plantea el tribunal inglés en el asunto *SanDisk*, *i. e.* si es posible sancionar la actuación del demandante desde un punto de vista distinto al de la existencia o no de competencia judicial internacional, elemento que pasamos a analizar.

## VI. ¿UNA SOLUCIÓN ALTERNATIVA?

La posibilidad de que el demandante pueda recurrir a distintos foros para plantear su demanda es una consecuencia que se deriva de la propia estructura del RBI. En este sentido, no puede defenderse que el *forum shopping* sea contrario al RBI. Es más, el TJUE ha tenido ocasión de aclarar que esta opción existe pero que, en la medida en que los foros especiales suponen alterar el principio de base del sistema, *i. e.* que el demandado debe serlo ante los tribunales del Estado de su domicilio, la interpretación de aquéllos debe ser restrictiva<sup>41</sup>. Consecuencia de este *forum shopping* es la posibilidad de que las partes utilicen estratégicamente dicha pluralidad de foros forzando situaciones de litispendencia con el solo objetivo de frenar el procedimiento iniciado por la parte contraria, en el referido uso de las acciones «torpedo». Si el TJUE se encuentra

39. Court of Appeal of England and Wales, de 23.7.2010, *Cooper Tire & Rubber Company Europe Ltd & others v. Dow Deutschland Inc and others*: [2010] EWCA Civ 864.

40. Así resulta de lo recogido por la propia Court of Appeal en el párrafo 23 de su sentencia. El procedimiento de apelación en Milán sigue pendiente pues la vista quedó fijada para enero de 2014.

41. Véanse por ejemplo SSJTJ de 22.11.1978, as. *Somafer c. Saar Ferngas* (33/78), apdo. 7; de 17.6.1992, as. *Handte c. TMCS* (C-26/91), apdo. 14.

«atado» por su jurisprudencia en materia de litispendencia y acciones declarativas negativas, ¿no habría otra vía alternativa que permitiera a los tribunales esquivar este *forum shopping malus*?

En otros términos, la concurrencia de foros se admite en la medida en que las posiciones procesales de las partes resultan equilibradas. La actuación del demandante que inicia una acción (negativa) con el solo fin de retardar el proceso de la parte contraria o de atraer hacia la jurisdicción que mejor le conviene el proceso no puede calificarse como ilícita, pues las reglas procesales le permiten hacerlo. Pero cabe preguntarse si es posible evitar su aplicación cuando el uso que se hace de estas reglas no es adecuado, alterando en beneficio de una de las partes el equilibrio procesal inicial. Como solución a este problema se han propuesto dos posibles alternativas, bien considerar que hay un fraude de ley, bien un abuso de derecho.

#### A. EL FRAUDE DE LEY

El fraude de ley presupone una manipulación del criterio de conexión para conseguir la aplicación de una norma de conflicto que, de otro modo, no resultaría aplicable<sup>42</sup>. En sede de competencia judicial internacional, el fraude supondría la manipulación del foro de competencia para conseguir que conozca del litigio un tribunal que, de otro modo, no sería competente<sup>43</sup>. La finalidad de dicho fraude podría perseguir la consecución de ventajas procesales para el demandante o el empeoramiento de la situación procesal del demandado<sup>44</sup>. Aunque el término «fraude» no ha sido utilizado expresamente por el TJUE, la referencia a «una desviación procesal manifiesta» a la que se alude en el asunto 220/84 *As Autoteile*<sup>45</sup> (a la que alude el Tribunal cuando constata que la demandante intentó utilizar el foro del artículo 16 CB/artículo 22 RBI para obtener indirectamente una resolución por los tribunales de un Estado miembro para cuyo examen carecerían de competencia) puede acercarse a este concepto<sup>46</sup>. De manera implícita, en interpretación del artículo 5.1 CB/artículo 5.1 RBI, en el asunto C-106/95 *MSG c. Gravières Rhénanes*, el TJUE alcanza una solución similar a la de la constatación de fraude cuando las partes intentan fijar la competencia de un tribunal mediante la determinación del lugar de cumpli-

42. Arts. 6.4 y 12.4 Cc.

43. CORNUT, E., «Forum shopping et abus du choix de for en Droit international privé», *JDI*, vol. 96, 2007, pp. 27-55, p. 32.

44. NUYTS, A., «Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen», *Global Jurist Advances*, 2003, vol. 3, pp. 4 ss, p. 10.

45. STJ de 4.7.1995, as. *AS-Autoteile Service GmbH c. Pierre Malhé* (220/84), apdo. 18. Aunque en la versión inglesa se hable de «abuso procesal», las demás versiones hacen referencia a la «desviación procesal manifiesta».

46. El concepto de «desviación procesal» no resulta definido por el TJ, pero tampoco hace remisión a las normas procesales de los Estados miembros, lo que lleva a IONESCU, R., *L'abus de droit en Droit de l'Union Européenne*, Bruylant, Bruselas, 2012, p. 253, a sugerir que ya en esa fecha podría considerarse la existencia de una interpretación autónoma de dicho concepto.

miento del contrato sin que éste tuviera una vinculación real con el supuesto, de manera que pudiera eludirse la aplicación de los requisitos exigibles a las cláusulas de sumisión<sup>47</sup>.

¿Podría pues constatarse la existencia de un fraude a la jurisdicción en el caso de las acciones negativas?<sup>48</sup> Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el *forum shopping* no puede asimilarse necesariamente a este fraude de competencia judicial internacional pues en un supuesto internacional (al cual son aplicables distintos foros de competencia) no puede entenderse que hay fraude en el uso de tal pluralidad de foros cuando la situación es realmente transfronteriza. En otros términos, si el fraude es el mecanismo para restituir la situación a la realidad previa, no es posible invocar esta cláusula, pues el supuesto era transfronterizo y seguirá siéndolo<sup>49</sup>. Es por ello que procede considerar si se verifican las condiciones para invocar un abuso de derecho.

## B. EL ABUSO DE DERECHO

El Derecho de la UE no contempla de manera expresa el abuso de derecho como uno de los principios fundamentales de su ordenamiento. Pero la interpretación que el TJ ha ido realizando a través de una amplia jurisprudencia prolongada en el tiempo permite constatar que, aun sin reconocimiento escrito, es posible invocar dicho abuso en el marco de la Unión Europea<sup>50</sup>. A partir de la constatación de este principio sería posible sostener su aplicación a los supuestos de abuso de las reglas del RBI<sup>51</sup>. Es por ello que la primera parte de las consideraciones que siguen se dedicará a la delimitación de los elementos que lo configuran (*infra* 1). La siguiente cuestión de debemos plantearnos entonces es si es posible proyectar este principio también al ámbito procesal (*infra* 2) y, en concreto, al ejercicio de las acciones negativas de responsabilidad (*infra* 3).

### 1. El abuso de derecho en el ordenamiento de la UE

La doctrina del abuso de derecho no se recoge en los tratados de la UE, aunque sí hace una referencia a ella el artículo 54 de la Carta de derechos de la UE<sup>52</sup>. Por el contrario, la elaboración más articulada del abuso de derecho

47. STJ de 20.2.1997, as. *MSG c. Gravières Rhénanes* (C-106/95).

48. En este sentido parece interpretarlo BLANCO-MORALES LIMONES, P. «Acciones declarativas negativas...», *op. cit.*, p. 249.

49. CORNUT, E., «Forum shopping et abus du choix de for...», *op. cit.*, pp. 33-34.

50. Un reciente y completo estudio sobre el abuso de derecho en la UE puede encontrarse en IONESCU, R., *L'abus de droit en Droit de l'Union.....*, *op. cit.*

51. En esta línea argumentativa NUYTS, A., «The Enforcement of Jurisdiction Agreements Further to *Gasser* and the Community Principle of Abuse of Right», en VAREILLES-SOMMIÈRES, P. (ed.), *Forum shopping in the European Judicial Area*, Hart, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Oxford/Portland, 2007, pp. 55-73.

52. «Prohibición del abuso de derecho: Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta».

se encuentra en la jurisprudencia del TJUE. Así, por ejemplo el Tribunal ha establecido que «se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que los justiciables no pueden prevalerse de manera fraudulenta o abusiva de las normas jurídicas del Derecho de la Unión y que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden en cada caso concreto, basándose en elementos objetivos, tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas a fin de denegarles, en su caso, el beneficio de las disposiciones de dicho Derecho. No obstante, al apreciar este comportamiento los mencionados órganos jurisdiccionales deben tomar en consideración igualmente los objetivos perseguidos por las disposiciones del Derecho de la Unión controvertidas»<sup>53</sup>. El camino hasta estas afirmaciones ha sido largo y fruto de una jurisprudencia que ha ido evolucionando desde la negativa a reconocer el principio pasando por una construcción inicial a partir de los elementos comunes de los Estados miembros hasta llegar a la afirmación de su existencia y asentamiento como principio comunitario (o de la UE)<sup>54</sup>.

El abuso de derecho en el Derecho de la UE no tiene un contorno preciso, pues su perfil depende de distintos elementos como del grado de armonización alcanzado en el sector concreto en que se invoca el abuso, frente a quién se invoque (un particular o instituciones europeas), o incluso la materia concreta de que se trate (libertades comunitarias, derecho procesal civil, fiscalidad). Tampoco los elementos constitutivos del abuso de derecho están claramente perfilados por el TJUE, ya que junto a la exigencia de un elemento finalístico, *i. e.* la ignorancia del fin perseguido por la norma de la UE, el TJUE impone la presencia de elementos objetivos de fraude sin descartar la posible exigencia de elementos subjetivos. Para valorar estos elementos objetivos, el Tribunal de Justicia incorpora un test de proporcionalidad. De confirmarse la existencia del abuso de derecho, la sanción consistiría en que el autor del abuso se viera privado del derecho que ha pretendido alcanzar con su comportamiento abusivo<sup>55</sup>.

## 2. *El abuso de derecho en el Derecho procesal civil europeo*

Una vez identificados los elementos que configuran el abuso de derecho

- 
53. STJ de 21.7.2011, as. *Tural Oguz c. Secretary of State for the Home Department* (C-186/10), apdo. 5. Otras referencias al abuso de derecho en SSTJ de 8.9.2011, as. ac. *Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate c Paint Graphos Soc. coop. arl* (C-78/08), *Adige Carni Soc. coop. arl c Agenzia delle Entrate, Ministero dell'Economia e delle Finanze* (C-79/08), y *Ministero delle Finanze c Michele Franchetto* (C-80/08), apdo. 40; STJ de 16.10.2012, as. *Hungría c. República Eslovaca* (C-364/10), apdo. 58.
54. Esta evolución (con hitos en las STJ de 2.5.1996, as. *Paletta*, C-206/94; STJ de 12.5.1998, as. *Kefalas*, C-367/96; STJ de 14.12.2000, as. *Emsland*, C-110/99; STJ de 23.3.2000, as. *Diamantis*, C-373/97) puede verse en NUYTS, A., «The Enforcement of Jurisdiction Agreements...», *op. cit.*, pp. 62-65 y con más detalle aún en IONESCU, R., *L'abus de droit en Droit de l'Union...*, *op. cit.*, pp. 193-241.
55. Apuntaba a esta posibilidad en sus conclusiones el Abogado General G. Tesauro, as. *Tatry* (144/86), presentadas el 13.7.1994, apdos. 21-22. En el ámbito doctrinal, IONESCU, R., *L'abus de droit en Droit de l'Union...*, *op. cit.*, p. 464.



en el ámbito de la UE, la siguiente cuestión que debemos abordar es si es posible proyectar este principio en el ámbito del Derecho procesal civil europeo y, en particular, al supuesto de las acciones negativas de responsabilidad. Aunque el BGH descarta esta posibilidad en su cuestión prejudicial<sup>56</sup>, hay claras voces favorables en este sentido<sup>57</sup>. También suelen apuntarse como corrección al abuso de derecho la solución alcanzada por el TJUE en el asunto 189/87 *Kalfelis* cuando extendió las condiciones del artículo 6.2 CB al artículo 6.1 CB, de manera que el procedimiento no se inicie en otro Estado miembro con el solo fin de sustraer al demandado de la jurisdicción del tribunal que resultaría competente<sup>58</sup>.

La posibilidad de que se verifiquen abusos de derecho procesal en el ámbito del RBI ha generado distintas aportaciones doctrinales a lo largo de la negociación de la reforma del RBI con propuestas que pretenden ofrecer soluciones que eviten este tipo de situaciones. En este sentido, la existencia de un interés legítimo para interponer la acción (la *Rechtschutzbedu-rfnis* alemana) se perfila como un elemento decisivo para valorar la presencia del abuso<sup>59</sup>. Ahora bien, con los instrumentos disponibles en el momento presente, y teniendo en cuenta que en muchos ordenamientos –incluido el español– no existe esta tutela específica del interés legítimo para interponer la acción, parece relevante considerar la aplicación de los criterios identificados por el TJUE con carácter general para identificar un abuso de derecho en la esfera procesal.

Desde este punto de vista, para constatar el abuso de derecho procesal sería necesario que se verificaran dos elementos, *i. e.* una desviación de la finalidad del derecho a acceder a los tribunales y el control del criterio de proporcionali-

- 
56. Vid. párrafo 24 de la cuestión prejudicial completa presentada por el BGH (besch. 1.02.2011, kzr 8/2010), disponible en <http://lexetius.com/2011,637>. En la doctrina, vid. SUJECKI, B., «Deliktsgerichtsstand für negative Feststellungsklage ("Torpedoklagem")», *EuZW*, 2012, pp. 950-953, p. 953.
57. BARIATTI, S., «Forum shopping, abus de droit et droit international privé européen: quelques reflexions», en FORNER, J.; GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS, R. (eds.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, 2013, pp. 161-174; CORNUT, E., «Forum shopping et abus du choix de for...», *op. cit.*; NUYTS, E., «The Enforcement of Jurisdiction Agreements further to Gasser...», *op. cit.*
58. STJ de 27.9.1988, as. *Kalfelis* (189/87), apdo. 9.
59. En este sentido se manifiesta TICHY, L., «Protection against Abuse of Process in the Brussels I Review Proposal», en LEIN, E. (ed.), *The Brussels Review Proposal Uncovered*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2012, pp. 179-191, p. 190, que valora este criterio junto con el principio de la buena fe procesal (lo que no implica, sin embargo, para este autor una consideración de la intención de las partes). Con un alcance más limitado, pues sólo pretendería su aplicación en los supuestos de litispendencia, SODEROW, J., «Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5 nº 1, 2013, pp. 184-198, p. 198, propone la introducción de una obligación en una futura revisión del Reglamento para los tribunales de revisar la intención real de la demanda y el *Rechtschutzbedu-rfnis* antes de suspender o rechazar una demanda en base a las normas de litispendencia.

dad<sup>60</sup>. Respecto del primer elemento, es evidente que el demandante tiene un derecho a que un tribunal conozca del asunto. La existencia de una pluralidad de foros refuerza este derecho al permitirle además ampliar el número de tribunales que pueden hacerlo. Por lo tanto, utilizar el foro de competencia judicial internacional para una finalidad distinta de aquella, *i.e.* para causar un perjuicio al demandado o para dilatar el procedimiento, puede constituir un abuso de derecho. Ahora bien, que esta demanda en un foro le permita obtener un beneficio procesal o material al demandante no es en sí mismo elemento decisivo para probar el abuso puesto que el actor al plantear la demanda obtiene también una decisión sobre el fondo que justifica su elección<sup>61</sup>.

En ausencia de una pauta definitiva atendiendo al primer criterio, conviene valorar entonces si se puede invocar el abuso de derecho de conformidad con el segundo, *i. e.* una vez contrastada la actuación del demandante con el principio de proporcionalidad. En términos del TJ (asunto *Diamantis*) este abuso resulta del recurso a un medio de impugnación que causa un perjuicio tan grave a los intereses legítimos ajenos que resulta manifiestamente desproporcionado. Así pues, habría que retomar el triple parámetro de control del principio de proporcionalidad: (i) que la medida sea adecuada, es decir, que el ejercicio del derecho se realice con la finalidad de perjudicar a la contraparte sin obtener una ventaja propia, (ii) que sea necesaria e indispensable, *i. e.* que no exista otra manera igualmente eficaz de hacer efectivo ese derecho y (iii) que su resultado sea proporcional, *i. e.* que la ventaja obtenida por quien usa de su derecho como demandante sea manifiestamente desproporcionada al perjuicio que causa al demandado<sup>62</sup>. La consideración de la proporcionalidad, en particular en lo relativo al análisis estricto de la proporcionalidad, en el momento de valorar el abuso de derecho resulta fundamental para proteger adecuadamente a las dos partes litigantes. En otros términos, un correcto análisis del principio de proporcionalidad permitiría lograr la ponderación entre la limitación al derecho a la tutela judicial efectiva del demandante que resultaría si se estimara el abuso de derecho y la restricción del derecho del demandado a poder plantear su demanda en otro foro (amparados ambos en el art. 24 CE/art. 47 Carta de derechos de la UE). Procede analizar entonces cómo se proyectan estas reflexiones respecto de las acciones negativas.

### 3. ¿La acción negativa constituye un abuso procesal (de derecho)?

Con los elementos anteriores es posible abordar entonces si la interposición de una acción declarativa negativa puede constituir un abuso de derecho. Retomando los elementos del análisis de proporcionalidad, la primera condición

60. Seguimos de cerca el análisis propuesto por CORNUT, E., «Forum shopping et abus du choix de for...», *op. cit.*, p. 40.

61. CORNUT, E., *ibid.*, p. 41.

62. CORNUT, E., *ibid.*, pp. 42-43, considera que la valoración del principio de proporcionalidad no puede limitarse a los elementos meramente objetivos (como sostiene NUYTS) sino incluir las ventajas procesales y sustantivas que para el demandante tiene plantear la demanda y que suponen el correlativo perjuicio del demandado.

que habría que considerar es la adecuación de la medida, *i. e.* si realmente el demandante está ejercitando un derecho cuando plantea una acción declarativa negativa. La respuesta no puede darse con carácter general sino atendiendo a cada caso concreto. La acción negativa en sí misma no puede calificarse de abusiva si lo que pretende es el reconocimiento judicial de un derecho, *v. gr.* porque el demandante quiere confirmar su derecho ante la pasividad de su contraparte (que no puede o no quiere tomar la iniciativa procesal, que amenaza con iniciar un procedimiento procesal pero no concluye con la presentación de la demanda)<sup>63</sup>. En otros términos, en este primer paso sólo podría descartarse el carácter abusivo de la acción negativa cuando resultara evidente que no corresponde al ejercicio de un derecho de acceso a los tribunales para obtener una decisión sobre el fondo. Por el contrario, si la acción interpuesta no tiene como finalidad el reconocimiento judicial de un derecho (sino por ejemplo dilatar el proceso al generar litispendencia para la otra parte) podría apreciarse con más facilidad el carácter abusivo. Tal vez podría también considerarse el posible carácter abusivo cuando la pretensión se plantea ante una jurisdicción cuyos tribunales no pueden conocer de dichas acciones, pues en este supuesto parecería más evidente que la pretensión de la demandante no es la de obtener una declaración de derecho sino un efecto procesal a su favor<sup>64</sup>.

En segundo lugar, procede analizar la necesidad de la medida, *i. e.* si acudir al tribunal elegido por el demandante se justifica con criterios razonables. En este sentido, no parece que pueda concluirse un evidente abuso en aquellos supuestos en los que el demandante tiene a su disposición una pluralidad de foros (como sucede con el artículo 5.3 RBI) y plantea la demanda declarativa negativa ante uno de ellos. Más difícil de valorar sería el caso de que el demandante planteara la demanda ante un tribunal distinto del elegido por las partes en una cláusula de sumisión, pues aunque esta actuación procesal puede enten-

63. El Abogado General G. Tesaurò en sus conclusiones al asunto *Tatry* en 1994 había ya adelantado la legitimidad de estas acciones negativas cuando corresponden a una necesidad real del demandante (frente a la conducta del demandado). En la misma línea, COLLINS, L., «Negative Declarations and the Brussels Convention», *LQR*, vol. 109, pp. 545-549, p. 548; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «¿Cabén reducciones teleológicas o "abuso de derecho" en las normas sobre competencia judicial internacional? (Nota a R. CARO, "Forum non conveniens y Convenio de Bruselas: Quiebras de un modelo de atribución de competencia judicial internacional")», *REDI*, 1995, pp. 121-135, p. 132; y, VON MEHREN, A., «The Transmogrification of Defendants into Plaintiffs:...», *op. cit.*, p. 410. También el BGH sigue esta posición tras la sentencia del TJUE en el asunto *Folien Fischer*, pues constata que en el caso podía haber existido un interés para iniciar la acción negativa, al haber requerido al demandante a la demandada con prioridad al planteamiento de la demanda sobre su derecho y no haber respondido ésta en un plazo razonable de tiempo a dicho requerimiento (BGH, 29 enero 2013, KZR 8/10, consultada en *WuW*, 5/2013, pp. 514-519).

64. El Derecho procesal francés ofrece un ejemplo clásico de rechazo a estas acciones negativas. Así, en ausencia de un interés presente y actual para plantear la demanda no sería posible plantear una demanda negativa ante los tribunales franceses y, de hacerse, el tribunal la declararía inadmisibile (*vid.* CUNIBERTI, G., «Action déclaratoire et droit judiciaire européen», *JDI*, vol. 93, 2004, p. 77-87).

derse como una revisión de su decisión por sumisión tácita, en este supuesto la necesidad de acudir a dicho foro estaría menos sustentada.

Así pues, parece evidente que el verdadero control del abuso se deberá realizar en el último escalón del análisis, *i. e.* en el de la proporcionalidad en un sentido estricto. Se trata pues de decidir si el ejercicio del derecho del demandante a plantear su demanda declarativa negativa puede prevalecer sobre el derecho del demandado a demandar en otra jurisdicción una tutela declarativa positiva. Retomando la concreción del principio de proporcionalidad en sentido estricto de R. Alexy, para que uno de los derechos pueda prevalecer, la importancia de asegurar este derecho debe ser superior al perjuicio que se causa al otro derecho<sup>65</sup>. Por lo que no podrá considerarse que hay abuso de derecho cuando se pondere que la importancia de garantizar el derecho del demandante al plantear la demanda declarativa negativa es superior al perjuicio que se causa al demandado, impidiendo que plantee la acción declarativa positiva<sup>66</sup>. A la luz de lo expuesto, parece que la posibilidad real de recurrir al abuso de derecho en el marco de las acciones negativas es limitada ya que –salvo que se apreciara la falta de adecuación y necesidad– la última ponderación se realiza respecto del mismo derecho, *i. e.* a plantear una demanda y obtener una resolución en cuanto al fondo respecto de la existencia de un daño y la correspondiente responsabilidad que se derivara de aquel<sup>67</sup>.

En el caso de que el tribunal nacional verificara la existencia del abuso de derecho procesal, aún quedaría una última cuestión por resolver, *i. e.* cómo articular la consecuencia de dicha constatación<sup>68</sup>. Tratándose del abuso de un derecho procesal, la consecuencia debería ser la imposibilidad de alcanzar ese

65. ALEXY, R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, párrafo 54.

66. Para realizar esta ponderación, ALEXY propone una fórmula de la ponderación, por la que determina el valor que se le debe dar al derecho que se quiere restringir, *i. e.* en el caso de las acciones negativas, considerar que se trata de acciones abusivas y que, por lo tanto, no deberían aceptarse. La fórmula puede representarse con un quebrado entre la interferencia que se causa al derecho (del demandante) y la importancia de garantizar el otro derecho (del demandado a plantear una acción declarativa en otro tribunal). Para valorar estas variables, ALEXY propone adoptar una secuencia geométrica, *i. e.* asignar un valor geoméricamente creciente, a cada uno de los grados (leve, moderado o serio) en que se puede ver afectado o asegurado el derecho en cuestión. De este modo, si el resultado del quebrado es superior a 1, deberá prevalecer el derecho que se ve limitado (*i. e.* el del demandante a plantear la demanda declarativa negativa); si el resultado es interior a 1, prevalecerá el derecho del demandado a poder ser demandante de una acción declarativa ante otro tribunal (*i. e.* habría que considerar que sí ha habido abuso de derecho). ALEXY, R., «Discourse Theory and Fundamental Rights», en ERIKSEN, E. O. y MENÉNDEZ, A. J. (eds.), *Arguing fundamental rights*, Springer, 2006, pp. 15-29, pp. 26-27.

67. Con todo, no puede excluirse que el abuso pueda observarse si, por ejemplo, no se trata de dos litigantes en igualdad de posición (*i. e.* en lugar de dos empresarios competidores en el mismo mercado, se tratase de una multinacional que pretendiera la demanda declarativa negativa frente a una pequeña empresa local del mercado en que ambas compiten).

68. IONESCU, R., *L'abus de droit en Droit de l'Union...*, *op. cit.*, p. 263.

derecho procesal. Quienes se han pronunciado sobre este tema consideran que la solución debería articularse en términos de inadmisión o desestimación de la demanda pues, a la postre, el abuso se produciría por una falta de interés para la acción<sup>69</sup>. Pero probablemente, en ausencia de abuso, o incluso cuando éste se constatará, tal vez la solución más efectiva resulte de una imposición de condena en costas que valore la actuación del demandante<sup>70</sup>. A estos efectos no sería pertinente limitar el análisis exclusivamente a un control de las reglas de competencia judicial internacional sino que debería extenderse también al control de la admisibilidad de la acción.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque aún es pronto para valorar su impacto, puede afirmarse que la sentencia *Folien Fischer* presenta elementos positivos y otros más discutibles. En efecto, de lo expuesto en páginas precedentes puede afirmarse que la decisión *Folien Fischer* tiene un efecto aclaratorio al confirmar que las acciones negativas pueden interponerse ante el tribunal del artículo 5.3 RBI y despejar las dudas que se habían observado tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de los distintos Estados miembros. En este sentido, la sentencia aporta seguridad jurídica para los operadores pero al mismo tiempo también suscita reflexiones críticas. El más evidente reproche, sin duda, es que la sentencia sanciona el uso del torpedo procesal, desperdiciando una ocasión para corregir los excesos que su jurisprudencia *Gasser* ha favorecido y que no resultan totalmente anulados con la reforma del RBI en el futuro Reglamento 1215/2012 (RBI *bis*)<sup>71</sup>. Pero también puede resultar criticable que, al centrar su argumentación en la localización del lugar del daño para estas acciones, el TJUE descarta referirse a otros elementos con consecuencias relevantes como el propio objeto de la acción (cuya inclusión en el artículo 5.3 RBI podría resultar dudosa –según su jurisprudencia– atendiendo a que éste cubre acciones cuyo objeto es la exigencia de un responsabilidad).

Ahora bien, a pesar de estos inconvenientes, tampoco parece prudente concluir que con esta decisión se vayan a multiplicar las demandas cuyo objeto sea una declaración negativa de responsabilidad. En este sentido, las dificultades

---

69. CORNUT, E., «Forum shopping et abus du choix de for...», *op. cit.*, pp. 45-46. Con argumentos semejantes SODEROW, J., «Nuevas normas de litispendencia...», *op. cit.*, p. 198 y TICHY, L. «Protection against Abuse of Process...», *op. cit.* p. 190 que prevé como sanción al abuso procesal un «dismissal of the action or the stay of proceedings», alternativa esta última que operaría en supuestos de litispendencia con una acción negativa. En la doctrina española, BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Acciones declarativas negativas...», *op. cit.*, p. 253.

70. En este sentido, en el ámbito civil la LEC (art. 394) prevé que la condena en costas se impondrá a la parte cuyas pretensiones se vean desestimadas en su totalidad, teniendo en cuenta si el caso era jurídicamente dudoso así como la posible temeridad del litigante.

71. Menos negativo respecto de esta consecuencia, SUJECKI, B., «Deliktgerichtsstand für negative...», *op. cit.*, p. 953.

para localizar el «lugar del daño» en el caso de que se invoque la no infracción de normas y la consiguiente ausencia de responsabilidad, sugieren que no parece que vaya a incrementarse exponencialmente el número de demandas en el marco del Derecho de la competencia aunque sí pueda ser más problemática la jurisprudencia respecto de las acciones en materia de derechos de propiedad intelectual –cuya restricción pueda considerarse contraria a las reglas del Derecho de la competencia<sup>72</sup>.

La pregunta que cabe plantearse entonces es si, con este contexto normativo y jurisprudencial, los operadores jurídicos carecen de vías para luchar contra los posibles abusos que podrían ampararse en la sentencia *Folien Fischer* (principalmente en términos dilatorios del proceso al generar una litispendencia con el proceso en el que se dirima la acción positiva de responsabilidad). En otros términos, se trata de considerar si existen otros mecanismos en el sistema para evitar un uso indiscriminado de las acciones negativas como instrumentos de bloqueo del derecho de la contraparte procesal. La decisión *Folien Fischer* podía haber proporcionado al TJUE una ocasión de pronunciarse en este sentido, proyectando con claridad los elementos de su jurisprudencia sobre el abuso de derecho en otros sectores del Derecho de la UE también al ámbito procesal. En este sentido, el análisis formal que hace el TJUE de la regla del art. 5.3 RBI distingue claramente la cuestión de la competencia judicial para interponer la acción negativa, que sí queda incluida en el ámbito del artículo 5.3 RBI, de la admisibilidad o la procedencia de la acción a la luz de las normas del Derecho nacional, cuestión sobre la que no se pronuncia<sup>73</sup>. Y es precisamente en este punto donde el Tribunal podría haber aportado algo más de luz, puesto que el derecho que el art. 5.3 RBI ofrece al demandante de una acción negativa no está desvinculado del efecto que dicha acción puede tener sobre el derecho del demandado como potencial demandante en una acción declarativa de daños y responsabilidad (bien porque limita su posible acceso a otro tribunal, bien porque introduce una litispendencia que retrasa la resolución del procedimiento de establecimiento de la responsabilidad). En este sentido, *Folien Fischer* no realiza una adecuada ponderación de los derechos en presencia.

La indicación realizada por el A.G. Jääskinen respecto del (perverso) efecto de aceptar la acción negativa en el marco del RBI podría haber llevado al TJUE

- 
72. En esta línea, WILDERSPIN, M., «Jurisdiction Issues: Brussels I Regulation Articles 6(1), 23, 27 and 28 in Antitrust Legislation», en BASEDOW, J.; FRANCO, S. e IDOT, L. (eds.), *International Antitrust Litigation (Conflict of Laws and Coordination)*, Hart, Oxford/Portland, 2012, pp. 41-59, pp. 57-58, que señala además un elemento específico: en el caso de la infracción de derechos de propiedad intelectual existe un elemento temporal que no se verifica en el ámbito del Derecho de la competencia, i. e. la caducidad del derecho, y que sin embargo es de gran importancia para los posibles infractores que pretenden con la acción negativa bloquear la posible acción positiva del titular de la patente. Sobre la relación entre Derecho de la competencia y propiedad industrial/intelectual, vid. VIRGÓS SORIANO, M., *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1993, p. 25.
73. STJ de 25.10.2012, as. *Folien Fischer AG, Fofitec AG c. Ritrama SpA* (C-133/11), apdo. 50.

a valorar el abuso de derecho mediante la aplicación de la regla estricta de la proporcionalidad a este supuesto. La aplicación de la regla estricta de proporcionalidad en la ponderación de derechos pone de manifiesto que la posibilidad de acudir a esta vía no es descartable de manera absoluta. Así, el abuso de derecho debería apreciarse cuando el perjuicio causado al demandado en una acción negativa (a quien se le impide plantear la demanda declarativa de responsabilidad ante otro tribunal) es superior a la limitación al derecho de plantear la demanda negativa (para el demandante) que resultaría de apreciar dicho abuso procesal. Si este mecanismo de la ponderación de derechos no produce un resultado evidente, siempre puede ser razonable considerar otras soluciones de carácter «sancionatorio» como la imposición de una correcta condena en costas para corregir la actuación del demandante.

En definitiva, *Folien Fischer* no debería cambiar en exceso la realidad procesal de las acciones torpedo: ni las elimina ni proporciona instrumentos para evitar su abuso. Tampoco parece que deba concluirse que esta jurisprudencia las potenciará. Pero tal vez hay que considerar si la corrección a estas situaciones no debería empezar a articularse con otros expedientes, ya de naturaleza principal (v. gr. el abuso de derecho y el principio de proporcionalidad), ya procesal (v. gr. la condena en costas).