



ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO Y TÁCTICAS “TORPEDO”: EL PULSO ENTRE LA FUERZA DE LEY DEL CONTRATO Y LA BUENA FE FRENTE A LAS REGLAS SOBRE LITISPENDENCIA INTERNACIONAL DEL ART. 25 DE LA LEY 544-14

RESUMEN

Las estrategias “torpedo” son tácticas dilatorias y recursos de distracción con los que un litigante, pese a haber pactado someterse a la jurisdicción de un determinado país, se escuda en el principio de litispendencia internacional para iniciar el proceso en los tribunales de otro. De esta forma, se adelanta a su contraparte y busca que el primero sobresea la causa mientras el segundo –quizás conocido por su lentitud– emite un pronunciamiento definitivo. Se explora fenómeno y se proponen correctivos desde la perspectiva de nuestra legislación en materia de derecho internacional privado.

PALABRAS CLAVES

Competencia judicial internacional, foro de sumisión, litispendencia internacional, acuerdos de elección de foro, prorrogación de la competencia, autonomía de la voluntad, seguridad jurídica, estrategias “torpedo”, sobreseimiento, suspensión, responsabilidad civil, daños, perjuicios, cláusula penal, Ley sobre Derecho Internacional Privado, República Dominicana.

1. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

No es un secreto para nadie que el artículo 10 de la Ley 544-14 reconoce expresamente la validez de los acuerdos de elección de foro. Tampoco la importancia que estos revisten en el ámbito del comercio exterior y sus consabidas ventajas traducidas en previsibilidad, ahorro de costos y seguridad jurídica. El mencionado artículo 10 abre paso en nuestra estructura de derecho internacional privado a los llamados foros de sumisión, pues permite que las partes, de forma legítima, atribuyan competencia a los tribunales del país de su preferencia para resolver sus disputas¹, sea que el litigio ya esté planteado entre ellas o anticipándose a que pueda surgir en el futuro.

Ante la existencia de una cláusula contractual de elección de foro, pactada libremente y de buena fe, pareciera improbable que alguna de las partes, en menoscabo del compromiso asumido, intentara sorprender a la otra o a las demás, presentando su demanda de manera desleal ante los tribunales de un país distinto al acordado. Sin embargo, ocurre. En derecho internacional privado, las estrategias “torpedo” son tácticas de litigio utilizadas por

un justiciable para entorpecer o retrasar el conflicto judicial desde sus inicios. Consisten, por regla general, en promover el apoderamiento del tribunal de un país cuya administración de justicia tiene fama de ser más lenta o deficiente, o con normas que favorecen la dilación de los procesos. El propósito deliberado es impedir que el asunto se resuelva con prontitud en una jurisdicción diligente, lo que resulta aún más problemático y traumático si esta última había sido previamente identificada y seleccionada por las partes en su contrato mediante un acuerdo de elección de foro.

Las estrategias “torpedo” encuentran terreno fértil en el principio de litispendencia internacional que, según el artículo 25 de la Ley sobre Derecho Internacional Privado de la República Dominicana (LDIP), otorga prioridad a la jurisdicción del país donde se haya promovido primero la demanda, obligando a la que fuere apoderada después en virtud de un acuerdo previo de prorrogación de competencia –la dominicana, en este caso– a suspender el procedimiento “hasta tanto el tribunal extranjero ante el que se interpuso la primera demanda decida sobre su competencia”.

Lo de tácticas “torpedo” es una terminología que se origina en la práctica procesal internacional de la Unión Europea a fina-

1 Nos referimos, desde luego, a un litigio internacional, es decir, aquel que presenta al menos un elemento propio de una relación privada internacional (art. 7.1, Ley 544-14).



les del siglo pasado y en la primera década del actual milenio, cuando algunas empresas comenzaron a presentar demandas en jurisdicciones reconocidas por su proverbial lentitud en la tramitación y resolución de los litigios –como Bélgica e Italia– con la misión de inhibir o evitar procesos en países con tribunales más ágiles y menos burocráticos. Se cree que el nombre es una adaptación alegórica e hilarante basada en el hecho de que los torpedos submarinos están diseñados para sabotear o retrasar el avance de un objetivo enemigo, el cual, en algunas ocasiones, ni siquiera los ve venir.

En esencia, la litispendencia internacional pretende impedir que se persiga el mismo pleito ante los tribunales de dos Estados diferentes. Ello, como explica Garcimartín Alférez, “no solo previene la duplicidad de costes procesales, sino que evita que surjan resoluciones divergentes... [o que se dispense] una tutela judicial contradictoria y territorialmente limitada”². Ergo, la excepción de litispendencia internacional funciona, al igual que en el derecho interno, como un dispositivo de control apriorístico de la cosa juzgada que busca armonizar con antelación la actividad jurisdiccional entre los países concernidos. El instituto asegura la uniformidad de la tutela judicial internacional y evita, en la medida de lo posible, decisiones traslapadas y excluyentes que inciten al caos o a un fenómeno de discontinuidad o desconexión de los derechos en el plano internacional.

Desde la perspectiva del juzgador dominicano, el artículo 25 de la LDIP le obliga a suspender las actuaciones al constatar que

el mismo asunto traído a su escrutinio ya se ha sometido a los jueces de otro Estado. Este sobreseimiento se mantendrá hasta que el tribunal externo decida sobre su competencia: si se declara competente, amparándose en un foro considerado “razonable por las normas de reconocimiento y ejecución” vigentes en nuestro país y retiene la causa, el tribunal local deberá abstenerse y ordenar el archivo del caso; de lo contrario, podrá continuar conociéndolo.

Por supuesto, la eficacia de la litispendencia está condicionada, en primer lugar, a que haya identidad de partes, de objeto y de causa: la célebre triple identidad de la que tanto hablaba Friedrich Carl von Savigny; en segundo término, a que la demanda esté “pendiente” –de ahí el concepto de *litispendencia*– ante dos jurisdicciones de países distintos, ambos aparentemente competentes y, por último, que el tribunal del otro Estado haya sido apoderado primero. Llama la atención que el legislador dominicano se cuida de no habilitar un modelo de remisión directa e irreflexiva del caso ante la simple constatación de que ya en el exterior otros jueces lo han asumido, sino que instruye a los nacionales para que, como primer paso, suspendan el procedimiento mientras los foráneos, titulares del primer apoderamiento, juzgan su propia competencia e interviene allí, sobre el particular, un pronunciamiento firme.

Es llamativo, además, que el segundo párrafo del artículo 25 de la Ley 544-14 aclare con absoluta precisión que la declinatoria por litispendencia internacional nunca procede cuando el artículo 11 ha atribuido la competencia, de modo exclusivo, al juez nacio-

2 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho internacional privado*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2016, p. 204.

nal. En realidad, el denominado foro de competencias exclusivas, de riguroso orden público, posee una categoría superior y agrupa materias de altísima prioridad y sensibilidad, reivindicadas imperativamente por el Estado dominicano para ser juzgadas en su territorio, con el fin de garantizar el desarrollo de determinadas políticas públicas. El efecto negativo del régimen de competencias exclusivas impide que cualquier decisión extranjera sobre estas cuestiones –las del artículo 11– tenga validez o carácter vinculante en el país, de suerte que jamás podría ser reconocida ni, mucho menos, ejecutada en la República Dominicana.

¿Podríamos, entonces, en esa misma línea, aspirar en el futuro a un injerto legal o a alguna interpretación jurisprudencial que exceptúe la aplicación de la regla general sobre litispendencia internacional cuando las partes, de buena fe y por adelantado, hayan prorrogado la competencia a favor de los tribunales dominicanos, señalándolos como los que ellos desean para resolver su controversia? ¿O, si nos parece, postular la inversión de esa regla, otorgando prioridad al tribunal elegido por las partes para que sea el primero en examinar su competencia, incluso si hubiera sido apoderado de segundo?

2. EL PROBLEMA Y SUS POSIBLES SOLUCIONES EN SEDE LEGISLATIVA

La argucia de echar de lado la prorrogación convencional de la competencia acordada en beneficio de los tribunales dominicanos, asegurándose el contratante desleal de actuar primero, antes de que la otra parte presente su demanda, como correspondería, ante los jueces locales, es una forma bastante burda de “torpedear” –nunca mejor dicho– un proceso que aún no ha comenzado, al menos no en la jurisdicción donde debería: una estrategia “torpedo” que deja bajo serio cuestionamiento la efectividad de la cláusula atributiva de jurisdicción, si se insiste en que deba prevalecer, pese a todo, contra viento y marea, no obstante la vigencia de un concierto de elección de foro, la fórmula del artículo 25 de la Ley 544-14, y propicia, asimismo, un serio problema de confianza, de cara al sistema.

Hay dos posibles escenarios. En el primero, una de las partes contratantes acude al tribunal de un país distinto del que se indica en la estipulación contractual con un designio marcadamente dilatorio y torticero, apostando al factor tiempo y, a decir verdad, sin esperar convencer a nadie de la competencia de ese juez. En el otro, el litigante acciona ante la autoridad judicial de un Estado no contemplado en el acuerdo, a efectos de que este compruebe y declare su propia competencia, contestando en su estrategia procesal la validez de la cláusula y confiando genuinamente en que la jurisdicción apoderada la neutralice y asuma el conocimiento del asunto.

Si el “torpedo” cumple su cometido y logra boicotear el proceso en donde inicialmente debía desarrollarse, el retraso acarreará inconvenientes y costos adicionales. Llevará al demanda-

do a defenderse en el tribunal no elegido, en un país que quizás desconozca y donde no tenga ningún contacto: “incluso, aunque la jurisdicción nacional ante la que se ha planteado la primera demanda no se caracterice por una excesiva duración de los procesos, se va a producir una dilación que puede ser suficiente para generar una ventaja táctica a favor de una de las partes”³. Al tiempo de espera, mientras la sede apoderada en primer lugar decide sobre su competencia –con el riesgo añadido de que, en vez de declararse incompetente, la retenga– se suma la demora en el cobro, “lo que a su vez afecta la liquidez de la empresa y puede derivar en su quiebra”⁴.

Lo anterior pone de manifiesto la necesidad de fortalecer, y, más aún, reforzar el marco de los acuerdos de elección de foro y, en particular, reconsiderar la regla que, en caso de litispendencia, prioriza al tribunal del país apoderado primero en el tiempo, incorporando a las excepciones que ya existen para las materias de competencia exclusiva, otra, en presencia de una prorrogación expresa en beneficio de la Justicia dominicana. En consecuencia, así como se ha legislado para que “en ningún caso” tengan lugar los efectos inhibitorios automáticos de la litispendencia internacional cuando la competencia recae exclusivamente en los tribunales dominicanos, conforme al artículo 11 de la Ley 544-14, debiera también hacerse lo propio si interviniera una prorrogación expresa en beneficio de las cortes nacionales, lo cual equivaldría a trasladar la prioridad temporal en el examen y decisión sobre la competencia, invirtiendo la pauta para dar preferencia a nuestros tribunales.

Ahora bien, nunca debe perderse de vista que las normas de derecho internacional privado de la República Dominicana sobre competencia judicial internacional son unilaterales y de efectos estrictamente territoriales. Difícilmente podría esperarse que la inversión de la regla del artículo 25 ligue al tribunal del otro país involucrado en el problema, ni que este, en tal virtud, se plantee suspender el procedimiento habiéndosele apoderado en primer término, para ceder la prioridad en el examen del diferendo al juez dominicano que desde el principio las partes habían designado. Por consiguiente, se requiere colocar un candado que no permita, e incluso deniegue expresamente, el reconocimiento de la sentencia sobre el fondo dictada por la autoridad judicial del país no pactado.

Sobre esto último pudiera alegarse que el artículo 90.3 de la Ley 544-14 ya establece, como excepción a la concesión del reconocimiento en nuestro país, el supuesto de que la decisión sea incompatible con otra dictada en otro Estado con identidad de causa, objeto y partes. Sin embargo, ¿bastaría esta única disposición para contrarrestar con éxito las maniobras “torpedo” y sus posibles secuelas? Desde luego que no. ¿No podría suceder que el tribunal extranjero, apoderado primero, resuelva sobre el fondo del conflicto antes de que nuestros jueces lleguen a pronunciarse –mientras la causa aún se instruye en el país– y que, por

3 CUNIBERTI, Guilles / REQUEJO ISIDRO, Marta. “Cláusulas de elección de foro: fórmulas de protección”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2009. Iprolex, Madrid, 2009, p. 251.

4 Ídem.



tanto, no haya una decisión previa con la cual realizar la comparación prevista en el tercer motivo de denegación del reconocimiento?

Es menester, entonces, como solución complementaria y sanadora —de cierre, si se quiere—, incorporar al esquema de excepciones del artículo 90 una causal de denegación del reconocimiento de sentencias extranjeras cuando, a pesar de la incidencia de un acuerdo de elección de foro a favor de los jueces dominicanos, se pretenda homologar una decisión foránea sobre el mismo litigio, siempre que este, con identidad de partes, causa y objeto, aún se encuentre en curso ante nuestros tribunales.

3. ¿SANCIONES ANTE LA INOBSERVANCIA DE LA CLÁUSULA DE ELECCIÓN DE FORO?

No parece discutible que la transgresión de un convenio de elección de foro pueda comprometer la responsabilidad civil. En tal sentido, la acción en cobro de daños y perjuicios se erige en un mecanismo de protección indirecta de estos acuerdos, pues su inobservancia, casi siempre, ocasionará pérdidas económicas significativas. Como afirma Jiménez Blanco, su fundamentación —la de la responsabilidad civil— radica en la innegable vertiente contractual del problema, “que crea un verdadero vínculo obligacional entre las partes, al margen de sus efectos procesales”⁵.

Cabe destacar que lo que se sanciona, por vía del derecho de daños, no es, en sí, que el infractor decidiera someter la controversia ante un juez panameño, español o estadounidense, aun cuando las partes ya habían prorrogado la competencia en provecho del juez dominicano, sino la violación de una cláusula del contrato o del contrato mismo, esto último en la hipótesis poco proba-

ble de que, ya surgido el conflicto, se haya firmado uno solo con la finalidad de pactar el foro de sumisión.

En caso de que el contrato únicamente tenga la cláusula de elección del foro nacional, corresponderá a los tribunales locales pronunciarse sobre las repercusiones resarcitorias de la falta, sea aplicando derecho dominicano o el de otro Estado al que remita nuestra norma de conflicto o que las partes hayan escogido como derecho aplicable. Pero estas también pudieran haber optado por incluir en su acuerdo cláusulas especiales en prevención del incumplimiento o anticipar sus consecuencias. Son cláusulas candado o de aseguranza que buscan reforzar la sumisión como criterio atributivo de competencia:

Estas cláusulas pueden ser de dos tipos: aquellas en las que las partes simplemente se obligan a la indemnización de daños en caso de incumplimiento del pacto y aquellas cláusulas penales en las que, además, cuantifican *ex ante* la indemnización a pagar para el caso de incumplimiento, lo que exonera de la obligación de acreditar y cuantificar el daño... Ambas cláusulas comparten el mismo carácter y finalidad: son pactos que confieren expresamente una naturaleza obligacional a la sumisión (más allá de sus efectos procesales), están dotados de autonomía en cuanto a su admisibilidad y alcance, pero a la vez, en cuanto garantías del acuerdo de sumisión, son accesorios y dependientes de la validez de este⁶.

En nuestro orden jurídico se compromete la responsabilidad civil contractual cuando, habiendo un contrato válido de por medio, se produce un daño que tiene por causa su incumplien-

5 JIMÉNEZ BLANCO, Pilar. “Acciones de resarcimiento por incumplimiento de los acuerdos de elección de foro”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2009. Iprolex, Madrid, 2009, p. 225.
6 *Ibid.*, pp. 229 y 230.

to. Dicho incumplimiento constituye la falta que, por su vínculo de causalidad, genera un perjuicio para la otra parte. Luego, para que la responsabilidad sea contractual es necesario que el contrato del que nace el incumplimiento haya sido convenido entre el autor del daño y la víctima.

No hay dificultad en admitir que la competencia para conocer de la demanda en cobro de reparaciones civiles corresponde al tribunal dominicano que hubiera sido designado por los contratantes en su cláusula de prórroga de jurisdicción. Ello tiene sentido si se toma en cuenta la función atribuida al pacto de sumisión y el alcance pleno que, en su momento, las partes quisieron darle. Según sostiene el mismo Jiménez Blanco, citado antes, “en la medida en que la cláusula de sumisión es un pacto más, en esa misma medida debería entrar en el ámbito competencial de los tribunales designados... al margen de que la acción de resarcimiento tuviera un fundamento contractual o extracontractual”⁷.

Conviene, finalmente, preguntarnos cuál es el momento oportuno y la modalidad adecuada para hacer valer el requerimiento indemnizatorio. En particular, preguntarnos si debe presentarse como una demanda principal y directa una vez resuelto el litigio o, en el curso de las actuaciones, mediante una demanda incidental –adicional o reconvenional–, ya sea ante el tribunal dominicano designado o ante el foro derogado.

En efecto, no faltará quien proponga, como alternativa más rentable, una demanda reconvenional ante la jurisdicción derogada, en caso de que esta haya sido indebidamente apoderada en desacato del foro de sumisión. Después de todo, el demandado ya se ha visto obligado a comparecer para defenderse y hacer valer la cláusula de prórroga de jurisdicción. ¿Por qué no aprovechar ese mismo escenario, que en definitiva ha sido el escogido por su contraparte, para plantear el cobro de daños y perjuicios, previa declaratoria de la incompetencia?

Aunque una respuesta afirmativa pudiera ser tentadora, se tropieza precisamente con el problema de la competencia. Si, de entrada, se cuestiona la competencia de la sede para entenderse con el conflicto, en virtud del convenio prorrogatorio de la competencia a favor del Estado dominicano, resulta contradictorio, incoherente y algo deslucido que esta jurisdicción incompetente termine estatuyendo sobre unos daños y perjuicios que se gestan en la violación de un contrato que, desde el inicio, le desautoriza para decidir al respecto.

Siendo así, y si partimos del entendido de que la prorrogación de la competencia ha recaído en los tribunales nacionales, todo apunta a que sean estos los correctamente apoderados de la acción en responsabilidad civil por incumplimiento de la sumisión foral, principal o incidentalmente. No obstante, la valoración y justiprecio del daño acaso se enfrente con el hecho de que todavía el asunto no se encuentre del todo resuelto en la jurisdicción extranjera –mal apoderada, pero apoderada a fin de cuen-

tas– y de que no se haya producido, en ese contexto, ni siquiera una condenación en costas. Es difícil asimilar la materialización de un perjuicio sin que aún haya intervenido una solución de cierre en el aparato judicial foráneo, además de que su efectividad, alegado como gasto procesal, puede verse comprometida por la eventual condena en costas dictada en esa sede:

Si el demandante de la acción indemnizatoria obtuvo un resarcimiento, aunque sea parcial, de sus gastos procesales a través del pronunciamiento sobre las costas dictado por el foro derogado, ese pronunciamiento debe ser considerado a los efectos de aminorar los daños compensables, con la finalidad de evitar un enriquecimiento injusto por duplicidad indemnizatoria⁸.

Otra cosa, por supuesto, sería que las partes hubiesen determinado el volumen del resarcimiento con un régimen de responsabilidad civil tasada, lo que sin duda facilitaría las cosas y haría mucho más efectiva la herramienta de tutela y garantía de eficacia del acuerdo de atribución de competencia o de elección del foro, toda vez que, a falta de la cláusula penal, el cálculo de la reparación pasa por la necesidad de acreditar la realidad de un daño real y efectivo, concretar los aspectos indemnizables, probar el nexo de causalidad, entre otras cosas.

La fijación desde las entrañas del contrato del monto compensatorio y, de suyo, la realidad de la cláusula penal, harán que, con base en los principios de la autonomía de la voluntad y *pacta sunt servanda*, se presuma irrefragablemente la presencia de un perjuicio solo a partir de la constatación objetiva del incumplimiento, aun si este no llegara a producir afectación alguna, así como la consolidación del daño y su reparación global e integral, tanto en la esfera moral como en la material.

En resumen, la cláusula penal blindada los acuerdos de elección del foro y, de paso, su mera disponibilidad simplifica para el juez la tarea –a veces ingrata– de ponerle una cifra a la indemnización, pues ni siquiera será preciso probar un daño efectivo. Bastará con demostrar el incumplimiento de la sumisión para que la parte infractora deba abonar a la otra la cantidad ya estipulada.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN, Édynson. *Comentarios a la Ley sobre Derecho Internacional Privado de la República Dominicana*. Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, 2020.
- CUNIBERTI, Guilles / REQUEJO ISIDRO, Marta. “Cláusulas de elección de foro: fórmulas de protección”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2009. Iprolex, Madrid, 2009.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho internacional privado*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2016.
- JIMÉNEZ BLANCO, Pilar. “Acciones de resarcimiento por incumplimiento de los acuerdos de elección de foro”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2009. Iprolex, Madrid, 2009.

7 *Ibid.*, p. 235.

8 *Ibid.*, p. 246.