

ANUARIO ESPAÑOL
DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

Respaldado por el colectivo de profesores españoles de Derecho internacional privado y por operadores jurídicos procedentes de la magistratura, abogacía y cuerpos de la Administración del Estado, el propósito de este Anuario es ofrecer a la comunidad jurídica española con carácter anual todo el panorama teórico y práctico que afecta al tráfico privado externo vinculado con nuestro país: arbitraje comercial, Derecho de los negocios, Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Derecho penal, Derecho procesal, nacionalidad, extranjería, familia y sucesiones, inversiones exteriores y control de cambios, nacionalidad y persona y estado civil. Panorama que será el punto de referencia de la creación doctrinal y de la práctica españoles en los colectivos ius-internacional-privatistas de otros países.

Para ello la presente publicación se estructura en distintas secciones que se inician con un ambicioso título doctrinal donde se recogen las contribuciones científicas más relevantes procedentes de autores españoles y extranjeros, sometidas con carácter previo a un exhaustivo control por parte de los miembros del Consejo editorial especializados en las mismas.

Asimismo, cada tomo mantiene una marcada preocupación por resaltar las cuestiones prácticas más acuciantes para España, las reformas legislativas e incorporación de convenios internacionales suscritos por nuestro país y el estudio profundo y crítico de la doctrina de la jurisprudencia y de la práctica administrativa española. Y ello, junto a la información puntual de la labor codificadora que se realiza en los distintos foros internacionales. Incluye, además de las secciones fijas, un conjunto sistematizado de contribuciones de carácter monográfico basado o en reformas de sistemas o en problemas relevantes en el plano científico y una relación sistematizada y comentada por volumen de varios centenares de decisiones de nuestros tribunales y de toda la bibliografía aparecida en el año cuya crónica cubre el Anuario.

El Anuario ha sido reconocido por la comunidad jurídica internacional en términos sumamente elogiosos y está siendo valorado muy positivamente por las agencias de evaluación de la investigación científica. Entre otros reconocimientos, la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECIT) otorgó al Anuario en **certificado de “Revista Excelente”** tras haber superado con éxito el proceso de evaluación de la calidad de revistas científicas españolas que garantiza la calidad editorial y científica, el 14 de marzo de 2012.

Los autores habrán de atenerse a las siguientes normas editoriales:

Sólo se publicarán trabajos originales e inéditos y en español. Como criterio general, la extensión de los trabajos no deberá exceder de 35 páginas (200 KB) tratándose de artículos; 15 páginas (85 KB) en comentarios jurisprudenciales y legislativos, y 10 páginas (50 KB) en el caso de reseñas bibliográficas. Cada trabajo deberá ir acompañado con un resumen en español y en inglés de no más de 200 palabras cada uno y de 5 palabras clave en ambos idiomas. Todo material será sometido a dictamen para su publicación. El resultado del mismo se comunicará dentro de los 15 días siguientes a la fecha de reunión del Consejo Editorial.

Los trabajos deberán ser enviados a la siguiente dirección:

Iprolex, S.L.,
Mártires Oblatos, 19, bis
28224 Pozuelo de Alarcón, Madrid (España)
o al siguiente correo electrónico: iprolex@iprolex.com

En la web del Anuario (<http://www.aedipr.com>) se detalla la información sobre el proceso de evaluación y selección de manuscritos empleados, los criterios, procedimientos y plan de revisión por parte de los evaluadores.

ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

PRECIOS AÑOS 2000 a 2010: 105 € CADA TOMO
PRECIO AÑO 2011 115,00 €
PRECIO AÑO 2012 120,00 €
PRECIO AÑO 2013 125,00 €

IVA no incluido. Se añadirán los gastos de correo

* Consultar en <http://www.aedipr.com> las ofertas por la adquisición completa de la colección.

ANUARIO ESPAÑOL
DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

TOMO XIII



Iprolex
2013

Edición:**Iprolex, S.L.**

Mártires Oblatos, 19, bis
28224 Pozuelo, Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 709 00 65
Fax: (34) 91 709 00 66
e-mail iprolex@iprolex.com
<http://www.iprolex.com>

Redacción:

Profesora Dra. Patricia Orejudo Prieto de los Mozos
Departamento de Derecho internacional público y de Derecho
internacional privado
Facultad de Derecho, Universidad Complutense
Ciudad Universitaria
28040 Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 394 55 92
Fax: (34) 91 394 55 37
patricia.orejudo@der.ucm.es

Impresión:**Torreblanca Impresores**

Paseo Imperial, 57
28005 Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 365 20 07

Distribución:**Marcial Pons**

Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
San Sotero, 6,
28037, Madrid (España)
www.marcialpons.es

Web:

<http://www.aedipr.com>

ISBN: 84-931681-1-4 Obra completa
ISSN: 1578-3138
Depósito Legal: M-30684-2000
Impreso en España

Director

José Carlos Fernández Rozas
Catedrático de Derecho internacional privado de la
Universidad Complutense de Madrid, *Asociado del Institut
de Droit International*

Comité científico

Bertrand Ancel
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Tito Ballarino
Professore ordinario di diritto internazionale
dell'Università di Padova

Jürgen Basedow
Director del Max-Planck-Institut für ausländisches und
internationales Privatrecht (Hamburgo)

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano
Catedrático de Derecho civil de la
Universidad Autónoma de Madrid

Alegría Borrás
Catedrática de Derecho internacional privado
de la Universidad de Barcelona

Nuria Bouza Vidal
Catedrática de Derecho internacional privado
de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Santiago Álvarez González
Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad de Santiago de Compostela

Marc Fallon
Professeur ordinaire à l'Université
Catholique de Louvain

Rui M. de Gens Moura Ramos
Presidente del Tribunal Constitucional de Portugal

Leonel Pereznieto Castro
Profesor de la Universidad Nacional de México

Sixto A. Sánchez Lorenzo
Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad de Granada

Evelio Verdera y Tuells
Profesor Emérito de Derecho mercantil de la
Universidad Complutense de Madrid

Consejo de redacción

Juan José Álvarez Rubio (Catedrático de la Universidad del País Vasco); **Rafael Arenas García** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Nerina Boschiero** (Prof.ssa Ordinaria, Università degli Studi di Milano); **Rodolfo Dávalos Fernández** (Profesor Principal de la Universidad de La Habana); **Pedro A. de Miguel Asensio** (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid); **Dário Moura Vicente** (Catedrático de la Universidad de Lisboa); **Carlos A. Esplugues Mota** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Fernando Esteban de la Rosa** (Catedrático habilitado de la Universidad de Granada); **Federico F. Garau Sobrino** (Catedrático de la Universidad de las Islas Baleares); **Francisco J. Garcimartín Alférez** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid); **Cristina González Beilfuss** (Catedrática de la Universidad de Barcelona); **Alejandro Garro** (Professor of Law, Columbia Law School); **Pilar Jiménez Blanco** (Profesora titular, acreditada Catedrática, de la Universidad de Oviedo); **Toshiyuki Kono** (Professor of Faculty of Law, Universidad de Kyushu, Fukuoka/Japón); **Stefan Leible** (Catedrático de la Universität Bayreuth); **Pedro Martínez Fraga** (DLA Piper, Miami, USA); **Guillermo Palao Moreno** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Marta Requejo Isidro** (Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg); **Pilar Rodríguez Mateos** (Catedrática de la Universidad de Oviedo); **Paul Torremans** (Professor of Law, University of Nottingham).

Secretaria

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos
Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense

Redactores

Beatriz Añoveros Terradas (Profesora titular de la Universitat Ramon Llull), **M^a Victoria Cuartero Rubio** (Letrada del Tribunal Constitucional), **Ángel Espiniella Menéndez** (Profesor titular de la Universidad de Oviedo); **Albert Font Segura** (Profesor titular de la Universitat Pompeu Fabra); **Victor Fuentes Camacho** (Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Julio García López** (Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Miguel Gardeñes Santiago** (Profesor titular de la Autónoma de Barcelona); **Iván Heredia Cervantes** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Madrid); **Mónica Herranz Ballesteros** (Profesora titular de la UNED); **Aurelio López-Tarruella Martínez** (Profesor titular de la Universidad de Alicante); **Cristian Oró Martínez** (Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg); **Eduardo Picand Albónico** (Profesor de la Universidad de Chile) y **Benedetta Ubertazzi** (Università di Macerata).

Comité evaluador de la calidad científica*

Paloma Abarca Junco (Catedrática de la UNED); **Pilar Blanco-Morales y Limones** (Catedrática de la Universidad de Extremadura); **Alfonso Luis Calvo Caravaca** (Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid); **Fernando Castedo Álvarez** (Abogado del Estado); **Bernardo M^a Cremades Sanz-Pastor** (Abogado); **Manuel Desantes Real** (Catedrático de la Universidad de Alicante); **Jose M^a De Dios Marcer** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Barcelona); **José M^a Espinar Vicente** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Albert Font Segura** (Profesor titular de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona); **Joaquim-Joan Forner Delaygua** (Catedrático de la Universidad de Barcelona); **M^a Paz García Rubio** (Catedrática de la Universidad de Santiago de Compostela); **Luis Garau Juaneda** (Catedrático de la Universidad de las Islas Baleares); **Eloy Gayán Rodríguez** (Profesor titular de la Universidad de A Coruña); **Mónica Guzmán Zapater** (Catedrática de la Uned); **Miguel A. Michinel Álvarez** (Catedrático habilitado de la Universidad de Vigo); **Luis Ortiz Blanco** (Profesor titular de la Universidad Complutense); **José Manuel Otero Lastres** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Elisa Pérez Vera** (Catedrática Emérita de la UNED); **José Picón Martín** (Notario de Madrid); **Andrés Rodríguez Benot** (Catedrático de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla); **Juan Sánchez Calero Guilarte** (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid); **Ignacio Solís Villa** (Notario de Madrid); **Blanca Vilá Costa** (Catedrática de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Miguel Virgós Soriano** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid); **Elena Zabalo Escudero** (Catedrática de la Universidad de Zaragoza); **Francisco Javier Zamora Cabot** (Catedrático de la Universidad Jaume I de Castellón).

* A los efectos de cumplimentar el apartado 21 de los criterios de calidad editorial Latindex.

Colaboran en el presente tomo

Eduardo ÁLVAREZ ARMAS
Juan José ÀLVAREZ RUBIO
Apóstolos ÁNCIMOS
Rafael ARENAS GARCIA
Alegria BORRÁS
María Gloria BOTTIGLIERI
Gilberto BOUTIN ICAZA
Agatha BRANDÃO DE OLIVEIRA
Rodolfo DÁVALOS FERNÁNDEZ
Eva DE GÖTZEN
Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO
Vanessa DE OLIVEIRA BERNARDI
Antonia DURÁN AYAGO
María Jesús ELVIRA BENAYAS
Johan ERAUW
Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ
Fernando ESTEBAN DE LA ROSA
Sorily Carolina FIGUERA VARGAS
Ana FERNÁNDEZ PÉREZ
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Sorily Carolina FIGUERA VARGAS
Josep M. FONTANELLAS MORELL
Albert FONT i SEGURA
Dale Beck FURNISH
María Aránzazu GANDÍA SELLENS
Federico F. GARAY SOBRINO
Jacqueline GRAY
Emmanuel GUINCHARD
Miguel GARDEÑES SANTIAGO

Montserrat GUZMÁN PECES
Pilar JIMÉNEZ BLANCO
Ivana KUNDA
Pilar JIMÉNEZ BLANCO
Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ
Ángeles LARA AGUADO
Matthias LEHMANN
Aurelio LOPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ
Enrique LINARES RODRÍGUEZ
Nuria MARCHAL ESCALONA
Manuel MEDINA ORTEGA
Dário MOURA VICENTE
Nicolò NISI
Cristian ORÓ MARTÍNEZ
Paula PARADELA AREÁN
Montserrat GUZMÁN PECES
Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS
José Ignacio PAREDES PÉREZ
Pablo QUINZÁ REDONDO
Valesca RAIZER BORGES MOSCHEN
Marta REQUEJO ISIDRO
Tatiana de A.F. RODRIGUES CARDOSO
Carmen RUIZ SUTIL
Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO
Thomas THIEDE
Jorge Alberto SILVA
Giulia VALLAR
Hans VAN LOON
Nicolás ZAMBRANA TÉVAR

SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

Hans VAN LOON

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: MIRANDO HACIA ATRÁS Y MIRANDO HACIA ADELANTE	35–51

Dário MOURA VICENTE

LA CULPA <i>IN CONTRAHENDO</i> EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO	53–72

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO

TRIBUNAL UNIFICADO DE PATENTES: COMPETENCIA JUDICIAL Y RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES	73–99

Johan ERAUW

RELACIÓN ENTRE EL ACUERDO SOBRE EL TRIBUNAL DE LA PATENTE UNIFICADA EUROPEA Y EL NUEVO REGLAMENTO DE BRUSELAS I SOBRE COMPETENCIA Y RECONOCIMIENTO	101–125

Matthias LEHMANN

LOS TRATADOS SOBRE LIBRE COMERCIO E INVERSIONES TRANSFRONTERIZAS Y EL CONFLICTO DE LEYES	127–145

Nuria MARCHAL ESCALONA

SOBRE LA SUMISIÓN TÁCITA EN EL REGLAMENTO BRUSELAS I <i>BIS</i>	147–170

Antonia DURÁN AYAGO

PROCESOS PENDIENTES ANTE ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE TERCEROS ESTADOS Y REGLAMENTO (UE) N° 1215/2012: ¿BRINDIS AL SOL?	171–216

Marta REQUEJO ISIDRO

LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE INSOLVENCIA TRANSFRON-	

TERIZA EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO (CE) Nº 1346/2000 SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA	217-244
Nicolò NISI	
LA REFUNDICIÓN DEL REGLAMENTO DE INSOLVENCIA EUROPEO Y LOS GRUPOS DE EMPRESAS DE TERCEROS ESTADOS	245-277
Emmanuel GUINCHARD	
¿HACIA UNA REFORMA FALSAMENTE TÉCNICA DEL REGLAMENTO SOBRE EL PROCESO EUROPEO DE ESCASA CUANTÍA Y SUPERFICIAL DEL REGLAMENTO SOBRE EL PROCESO MONITORIO EUROPEO?	279-308
Eva DE GÖTZEN	
COBRO TRANSFRONTERIZO DE DEUDAS EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL: ¿DÓNDE ESTAMOS Y HACIA DÓNDE NOS DIRIGIMOS?	309-340
José Ignacio PAREDES PÉREZ	
LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PRESTADOR Y LA OBLIGACIÓN GENERAL DE NO DISCRIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 20.2º DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR ..	341-379
Eduardo ÁLVAREZ ARMAS	
LA APLICABILIDAD ESPACIAL DEL DERECHO MEDIOAMBIENTAL EUROPEO, SU INTERACCIÓN CON LA NORMA DE CONFLICTO EUROPEA EN MATERIA DE DAÑOS AL MEDIOABIENTE: APUNTES PRELIMINARES ...	381-421
Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ	
LAS OPERACIONES DE COMPRAVENTA EN LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL	423-455
Ivana KUNDA	
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL SOBRE VIOLACIONES DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN INTERNET	457-485
Thomas THIEDE	
OBITUARIO AL <i>LIBEL TOURISM</i>	487-512
Pablo QUINZÁ REDONDO y Jacqueline GRAY	
LA (DES) COORDINACIÓN ENTRE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DE RÉGIMEN ECÓNOMICO MATRIMONIAL Y LOS REGLAMENTOS EN MATERIA DE DIVORCIO Y SUCESIONES	513-542

VARIA

Giulia VALLAR

- LOS GRUPOS DE EMPRESAS INSOLVENTES EN LA PROPUESTA QUE MODIFICA DEL REGLAMENTO (CE) N° 1346/2000 545-562

Dale Beck FURNISH

- LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL: COORDINACIÓN DE COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN (EL REGLAMENTO EUROPEO EN LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS GLOBALES DEL III/ALI, LOS PRINCIPIOS DEL TLCAN/ALI, LA LEY MODELO DE LA UNCITAL, Y EL CONCORDATO DE LA BARRA INTERNACIONAL) 563-585

Apóstolos ÁNCIMOS

- RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS SEGÚN EL REGLAMENTO BRUSELAS I EN GRECIA 587-607

Ana FERNÁNDEZ PÉREZ

- INFLEXIONES EN LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO EN MATERIA MIGRATORIA Y DE EXTRANJERÍA 609-643

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN AMÉRICA LATINA

María Gloria BOTTIGLIERI

- IMPORTANTES AVANCES EN LA CODIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO 647-664

Agatha BRANDÃO DE OLIVEIRA y Valesca RAIZER BORGES MOSCHEN

- UN ENFOQUE CRÍTICO DEL SISTEMA BRASILEÑO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LOS RETOS DE LA ARMONIZACIÓN: LOS NUEVOS PRINCIPIOS DE LA HAYA SOBRE LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATOS INTERNACIONALES 665-679

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

- EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COLOMBIANO ANTE LA LEY MODELO DE LA OHADAC 681-697

Jorge Alberto SILVA

- CONFORMACIÓN DE UNA LEY MODELO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA MÉXICO. LA SEGUNDA VERSIÓN 699-713

Enrique LINARES RODRÍGUEZ EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO NICARAGÜENSE ANTE EL PRO- YECTO DE LEY MODELO DE LA OHADAC	715-733
Gilberto BOUTIN ICAZA SOBRE LA IDEOLOGÍA DEL NUEVO CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIO- NAL PRIVADO PANAMEÑO	735-746
Aurelio LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ LA NORMATIVA SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PERUANO: UNA VISIÓN DESDE EUROPA	747-779
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS ¿POR QUÉ LA REPÚBLICA DOMINICANA NECESITA UNA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO?	781-799
ANTEPROYECTO DE LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVA- DO DE LA REPÚBLICA DOMINICANA (NOVIEMBRE 2013)	800-813
Sorily Carolina FIGUERA VARGAS ANÁLISIS DE LA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VENEZO- LANA COMO PROPUESTA ACADÉMICA Y LOGRO LEGISLATIVO	815-832

FOROS INTERNACIONALES

Manuel MEDINA ORTEGA LA ACEPTACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN LA UNIÓN EUROPEA	835-871
María Aránzazu GANDÍA SELLENS CUESTIONES PRÁCTICAS EN TORNO AL NUEVO TRIBUNAL UNIFICADO DE PATENTES: ¿PROGRESO O RETROCESO?	873-897
Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2013- MAYO 2014	899-920
Alegría BORRÁS EL <i>JUDGMENTS PROJECT</i> DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: LECCIONES DEL PASADO Y DESAFÍOS PARA EL FUTURO	921-943

TEXTOS LEGALES

UNIÓN EUROPEA

REGLAMENTOS

Reglamento (UE) n° 517/2013 del Consejo, de 13 mayo 2013, por el que se adaptan determinados Reglamentos y Decisiones en los ámbitos de la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas, el derecho de sociedades, la política de competencia, la agricultura, la seguridad alimentaria, la política veterinaria y fitosanitaria, la política de transportes, la energía, la fiscalidad, las estadísticas, las redes transeuropeas, el poder judicial y los derechos fundamentales, la justicia, la libertad y la seguridad, el medio ambiente, la unión aduanera, las relaciones exteriores, la política exterior, de seguridad y defensa y las instituciones, con motivo de la adhesión de la República de Croacia	947
Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012	947
Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 junio 2013, relativo a la creación del sistema "Eurodac" para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición)	948
Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 junio 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida	950
Reglamento (UE) n° 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 junio 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil	951
Reglamento 608/2013 de 12 junio 2013, relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual y por el que se deroga el Reglamento 1383/2003 ..	952
Reglamento (UE) n° 610/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 junio 2013, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen, los Reglamentos del Consejo (CE) n° 1683/95 y (CE) n° 539/2001 y los Reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo (CE) n° 767/2008 y (CE) n° 810/2009	953
Reglamento de Ejecución (UE) n° 1352/2013 de la Comisión de 4 diciembre 2013 por el que se establecen los formularios previstos en el Reglamento (UE) no 608/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual	955

DIRECTIVAS

Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 junio 2013 , sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional	955

Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido) ...	956
Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 junio 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE	956
Directiva 2013/48/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 octubre 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad	958

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Disposiciones generales

Real Decreto 270/2013, de 19 de abril, sobre el certificado del seguro o la garantía financiera de la responsabilidad civil en el transporte de pasajeros por mar en caso de accidente	961
Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial	962
Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea	963
Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización	964
Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril	965
Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles	968
Real Decreto 1011/2013, de 20 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa. Real Decreto 1011/2013, de 20 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa	968

Comunidades autónomas

Ley 3/2013, de 28 de mayo, de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León	969

CONVENIOS INTERNACIONALES

J.C.F.R.	
ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO SOBRE EL DERECHO DE PATENTES DE 1 JUNIO 2000.....	971
Tratado sobre el derecho de patentes, Reglamento del tratado sobre el derecho de patentes, y Declaraciones concertadas por la Conferencia Diplomática relativas al Tratado y al Reglamento, hechos en Ginebra el 1 junio 2000	971
Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 noviembre 2001	975
Declaraciones de aceptación	976

Bilaterales**ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL**

Convenio entre el Reino de España y la República de Kazajstán relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Astaná el 17 junio 2011	977

EXTRADICIÓN

Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Kazajstán, hecho en Madrid el 21 noviembre 2012	977

INMIGRACIÓN

Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho <i>ad referendum</i> en Rabat el 6 marzo 2007	977

LIBRE EJERCICIO DE ACTIVIDADES REMUNERADAS PARA FAMILIARES DEPENDIENTES DEL PERSONAL DIPLOMÁTICO, CONSULAR, ADMINISTRATIVO Y TÉCNICO DE MISIONES DIPLOMÁTICAS Y OFICINAS CONSULARES

Acuerdo entre el Reino de España y la República de Mali sobre el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, hecho en Bamako el 22 noviembre 2010	977

JURISPRUDENCIA

Dirección de José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

ACTOS**LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS**

2013/1.– TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 410/2013 de 13 junio 2013	981

ALIMENTOS**RECLAMACIÓN DE ALIMENTOS POR EL ABOGADO DEL ESTADO EN FAVOR DE MENORES EXTRANJEROS**

2013/2.– AP Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, Sentencia nº 264/2013, de 26 junio 2013	981
2013/3.– AP Las Palmas, Sección Tercera, Sentencia nº 450/2013, de 13 septiembre 2013	982

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

2013/4.– AP Cantabria, Sección Segunda, Auto nº 114/2013 de 8 octubre 2013.....	983

LEY APLICABLE

2013/5.– AP Zaragoza, Sección Segunda, Sentencia nº 570/2013, de 26 noviembre 2013	984

ARBITRAJE**RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS**

2013/6.– TSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 46/2013, de 25 marzo de 2013	986
2013/7.– TSJ Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 45/2013, de 14 noviembre 2013	987

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Cristian ORÓ MARTÍNEZ

CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA QUE FIGURA EN UN CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL FABRICANTE Y EL ADQUIRENTE INICIAL DE UN BIEN	988
2013/8.- TJ, Sala Primera, Sentencia de 7 febrero 2013. Asunto C-543/10	991

Fernando ESTEBAN DE LA ROSA

CONCEPTOS DE "MATERIA CONTRACTUAL" Y DE "CONTRATO CELEBRADO POR EL CONSUMIDOR" EN EL REGLAMENTO BRUSELAS I	992
2013/9.- TJ, Sala Primera, Sentencia de 14 marzo 2013. Asunto C-419/11	997
DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL EN CASO DE PARTICIPACIÓN TRANSFRONTERIZA DE VARIAS PERSONAS EN UN MISMO ACTO ILÍCITO	
2013/10.- TJ, Sala Primera, Sentencia de 16 mayo 2013. Asunto C-228/11	999

Rafael ARENAS GARCÍA

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DEMANDAS POR COMPETENCIA DESLEAL. EL RETORNO DEL IMPERIALISMO JURISDICCIONAL	1001
2013/11.- Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, Auto de 5 julio 2013	1009
COMPETENCIAS ESPECIALES EN "MATERIA CONTRACTUAL" Y EN "MATERIA DELICTUAL O CUASIDELICTUAL" EN EL RREGLAMENTO BRUSELAS I	
2013/12.- TJ, Sala Quinta, Sentencia de 18 julio 2013. Asunto C-147/12	1018
Observaciones de PdMA	1021
DETERMINACIÓN DE LA VALIDEZ DE UNA CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA A LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES	
2013/13.- AP Barcelona, Sección Decimoquinta, Sentencia nº 326/2013 de 12 septiembre 2013	1022
TRIBUNALES COMPETENTES EN MATERIA DE INFRACCIONES DE DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR COMETIDAS A TRAVÉS DE INTERNET	
2013/14.- TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 3 octubre 2013. Asunto C-170/12	1023
Observaciones de PdMA	1024

Nuria MARCHAL ESCALONA

PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA RELATIVO AL DERECHO DE UNA PERSONA SOMETIDA A CURATELA A DISPONER DE INMUEBLES DE SU PROPIEDAD SITOS EN OTRO ESTADO MIEMBRO	1026
2013/15.- TJ, Sala Tercera, Sentencia de 3 octubre 2013. Asunto C-386/12	1029

Fernando ESTEBAN DE LA ROSA

RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA ACTIVIDAD COMERCIAL O PROFESIONAL EN LAS VENTAS TRANSFRONTERIZAS	1031
2013/16.- TJ, Sala Tercera, Sentencia de 17 octubre 2013. Asunto C-218/12	1035
DECLINATORIA INTERNACIONAL	
2013/17.- AP Madrid, Sección Vigésimoctava, Auto nº 147/2013 de 18 octubre 2013	1036
CONTRATO RELATIVO AL ALMACENAMIENTO DE MERCANCÍAS A EFECTOS DEL RB I	
2013/18.- TJ, Sala Décima, Auto de 14 noviembre 2013. Asunto C-469/12	1038

José Ignacio PAREDES PÉREZ

CONTRATO DE VIAJE CELEBRADO ENTRE UN CONSUMIDOR DOMICILIADO EN UN ESTADO MIEMBRO Y UNA AGENCIA DE VIAJES DOMICILIADA EN OTRO ESTADO MIEMBRO	1039
2013/19.– TJ, Sala Octava, Sentencia de 14 noviembre 2013. Asunto C–478/12	1042
DEMANDAS PRESENTADAS CONTRA VARIOS DEMANDADOS POR VIOLACIONES SUSTANCIALMENTE IDÉNTICAS DE DERECHOS DE AUTOR BASADAS EN LEGISLACIONES NACIONALES DE ESTADOS MIEMBROS	
2013/20.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 1 diciembre 2011. Asunto C–145/10	1043
COMPETENCIA JUDICIAL RESPECTO A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE VENTA DE MERCANCÍAS	
2013/21.– TJ, Sala Primera, Sentencia de 19 diciembre 2013. Asunto C–9/12	1047

CONSUMIDORES

CONTRATOS DE TRANSPORTE AÉREO CON CLÁUSULAS DE LEY APLICABLE Y DE JURISDICCIÓN COMPETENTE DE CARÁCTER ABUSIVO	
2013/22.– Juzgado de lo Mercantil de Madrid Sentencia nº 113/2013, de 30 septiembre 2013	1048

CONTRATOS

LEY APLICABLE Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS CONTRATOS DE AGENCIA	
2013/23.– AP Madrid, Sección Vigésimoquinta, Sentencia nº 17/2013 de 18 enero 2013	1049
2013/24.– AP Alicante, Sección Sexta, Sentencia nº 200/2013, de 15 mayo 2013	1050
2013/25.– AP Valencia, Sección Séptima, Sentencia nº 502/2013, de 11 noviembre 2013	1052
Federico F. GARAU SOBRINO	
GATO BLANCO, GATO NEGRO. LO IMPORTANTE ES QUE CACE RATONES	1053
2013/26.– AP Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia nº 95/2013, de 12 marzo 2013	1057
LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES	
2013/27.– AP Barcelona, Sección Decimocuarta, Sentencia nº 213/2013 de 5 abril 2013	1058
COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS	
2013/28.– AP Ávila, Sección Primera, Sentencia nº 88/2013 de 12 junio 2013	1059
2013/29.– TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 438/2013, 1 julio 2013	1059
2013/30.– AP Lleida, Sección Segunda, Sentencia nº 344/2013, de 19 septiembre 2013	1080
Pilar JIMÉNEZ BLANCO	
EVENTUAL CARÁCTER IMPERATIVOS DE LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL	
2013/31.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 17 octubre 2013. Asunto C–184/12	1061

DERECHO DEL TRABAJO

SITUACIÓN DEL TRABAJADOR CON OCASIÓN DE LA EJECUCIÓN DE UN CONTRATO DE OBRA O SERVICIOS A DESARROLLAR POR LA EMPRESA CONTRATANTE EN EL TERRITORIO DE OTRO ESTADO MIEMBRO	
2013/32.– TSJ Asturias, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 230/2013 de 1 febrero 2013 .	1067

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL ORDEN SOCIAL

2013/33.— TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección Quinta, Sentencia nº 519/2013, de 10 junio 2013	1069
2013/34.— TSJ Galicia, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 5535/2013, de 29 noviembre 2013	1070
2013/35.— TS, Sala de lo Social, Sentencia de 30 diciembre 2013	1070

Paula PARADELA AREÁN

CONTRATO DE TRABAJO QUE PRESENTA VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS CON OTRO ESTADO MIEMBRO	1073
2013/36.— TJ, Sala Tercera, Sentencia de 12 septiembre 2013	1076

DERECHO MARÍTIMO

TRANSPORTE MARÍTIMO EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE	
2013/37.— AP Barcelona, Sección Decimoquinta, Sentencia nº 175/2013, de 29 abril 2013	1077

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE AL DIVORCIO DE NACIONALES EXTRACOMUNITARIOS

2013/38.— AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 3/2013 de 9 enero 2013	1078
2013/39.— AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 199/2013, de 19 marzo 2013	1079
2013/40.— AP Guadalajara, Sección Primera, Sentencia nº 117/2013, de 2 mayo 2013	1080
2013/41.— AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 571/2013, de 19 julio 2013	1080
2013/42.— AP Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, Sentencia nº 313/2013, de 10 septiembre 2013	1081
2013/43.— AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 777/2013, de 12 noviembre 2013 .	1082

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE EN SUPUESTOS DE DIVORCIO EN ESPAÑA PESE A LA EXISTENCIA DE SENTENCIA EXTRANJERA QUE LO DECLARA

2013/44.— AP Murcia, Sección Cuarta, Sentencia nº 598/2013, de 10 octubre 2013	1083
2013/45.— AP Málaga, Sección Sexta, Sentencia nº 737/2013, de 12 diciembre de 2013	1084

DONACIONES

ESCRITURA PÚBLICA DE DONACIÓN EN RELACIÓN A UN INMUEBLE SITO EN ESPAÑA	
2013/46.— AP Las Palmas, Sección Cuarta, Sentencia nº 6/2013 de 15 enero 2013	1085

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS I

2013/47.— AP Madrid, Sección Décima, Auto nº 24/2013, de 18 enero 2013	1087
2013/48.— TJ, Sala Tercera, Sentencia de 11 abril 2013. Asunto C-645/11	1088

Rafael ARENAS GARCÍA

DEMANDA POR DAÑOS Y PERJUICIOS INTERPUESTA POR LAS AUTORIDADES DE UN ESTADO MIEMBRO CONTRA EMPRESAS ESTABLECIDAS EN OTRO ESTADO MIEMBRO POR EVASIÓN DEL IVA	1089
2013/49.— TJ, Sala Tercera, Sentencia de 12 septiembre 2013. Asunto C-49/12	1093

Juan José ÁLVAREZ RUBIO

CONVENIOS EN QUE LOS ESTADOS MIEMBROS FUEREN PARTE Y QUE, EN MATERIAS PARTICULARES, REGULAREN LA COMPETENCIA JUDICIAL, EL RECONOCIMIENTO

SUMARIO	21
O LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES	1096
2013/50.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 19 diciembre 2013. Asunto C–452/12	1099
EXTRANJERÍA	
EL TRIBUNAL SUPREMO ANULA DETERMINADOS PRECEPTOS DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA, APROBADO POR EL RD 557/2011, DE 20 DE ABRIL	
2013/51.– TS, Sala Tercera, Sección Tercera, Sentencia de 12 marzo 2013	1001
INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y EJECUCIÓN	
INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DIPLOMÁTICOS Y CONSULARES ACREDITADOS EN ESPAÑA	
2013/52.– AP Madrid, Sección Vigésimoprimer, Auto nº 67/2013 de 5 febrero 2013	1106
2013/53.– AP Madrid, Sección Decimonovena, Sentencia nº 408/2013 de 18 noviembre 2013	1107
INSOLVENCIA	
COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES	
2013/54.– Juzgado de lo Mercantil de Barcelona Auto de 30 mayo 2013	1107
2013/55.– Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián Auto de 19 noviembre 2013	1109
Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ	
ÓRDENES DE PAGO TRANSFRONTERIZAS EMITIDAS POR EL CONCURSADO	1111
2013/56.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 19 septiembre 2013. Asunto C–251/12	1114
APLICACIÓN ACREEDOR RESIDENTE EN EL EXTRANJERO DEL DIES A QUO PARA INI- CIAR EL CÓMPUTO DEL MES PARA COMUNICACIÓN DE CRÉDITOS	
2013/57.– AP Pontevedra, Sección Primera, Sentencia nº 357/2013, de 27 septiembre 2013	1115
MENORES	
ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS RELATIVAS A LA GUARDA, CUSTODIA Y ALIMENTOS DE LOS MENORES	
2013/58.– AP Murcia, Sección Cuarta, Sentencia nº 62/2013, de 31 enero 2013	1116
2013/59.– AP Girona, Sección Primera, Sentencia nº 100/2013, de 12 marzo 2013	1117
SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PARENTAL	
2013/60.– AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 451/2013, de 4 julio 2013	1118
DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS HIJOS Y DEL DERE- CHO DE LOS NIÑOS A GOZAR DE LA PROTECCIÓN PREVISTA EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES	
2013/61.– Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia nº 127/2013, de 13 julio 2013	1119
TRASLADO INTERNACIONAL DE MENORES Y EVENTUAL SUSTRACCIÓN	
2013/62.– AP Murcia, Sección Cuarta, Sentencia nº 556/2013, de 26 septiembre 2013	1121
2013/63.– AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 573/2013 de 1 octubre 2013	1122
2013/64.– AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 866/2013, de 18 diciembre 2013 ..	1123
DETERMINACION DE LA EDAD DEL EXTRANJERO A LOS EFECTOS DE ADOPTAR MEDI- DAS DE PROTECCIÓN	
2013/65.– AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 667/2013, de 5 noviembre 2013	1125
2013/66.– AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 675/2013, de 7 noviembre 2013	1126

OBLIGACIONES NO CONTRACTUALES

DEMANDA CONTRA GOOGLE POR INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL DERECHO AL HONOR	
2013/67.– TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 144/2013 de 4 marzo 2013	1127

PERSONA Y ESTADO CIVIL

RÉGIMEN DE LOS APELLIDOS CONFORME AL DERECHO DEL FORO CUANDO NO SE ACREDITA EL DERECHO APLICABLE CONFORME LA LEY PERSONAL	
2013/68.– AP Las Palmas, Sección Tercera, Sentencia nº 276/2013, de 14 mayo 2013	1129
APELLIDOS DE LOS EXTRANJEROS NACIONALIZADOS ESPAÑOLES	
2013/69.– AP Lleida, Sección Segunda, Sentencia nº 409/2013, de 28 octubre 2013	1129

PROCESO

María Jesus ELVIRA BENAYAS	
ACTIVIDAD PERICIAL DESARROLLADA EN EL TERRITORIO DEL ESTADO MIEMBRO DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL REMITENTE Y EN EL TERRITORIO DE OTRO ESTADO MIEMBRO	1130
2013/70.– TJ, Sala Primera, Sentencia de 21 febrero 2013. Asunto C–332/11	1033

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

PATENTE EUROPEA	
2013/71.– Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, Sentencia nº 3/2013, de 10 enero 2013	1034
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DESESTIMA LOS RECURSOS INTERPUESTOS POR ESPAÑA E ITALIA EN EL ÁMBITO DE LA PATENTE UNITARIA	
2013/72.– TJ, Gran Sala, Sentencia de 16 abril 2013. Asuntos acumulados C–274/11 y C–295/11 ...	1135
USO MARCA COMUNITARIA PARA COMERCIALIZAR VINOS EN PÁGINA WEB A TRAVÉS DE INTERNET	
2013/73.– AP Alicante, Sección Tribunal de Marca Comunitaria, Sentencia nº 228/2013 de 31 mayo 2013	1136

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES

SENTENCIAS PROCEDENTES DE PAÍSES EXTRACOMUNITARIOS	
2013/74.– AP Salamanca, Sección Primera, Auto nº 16/2013, de 12 febrero 2013	1137
2013/75.– AP Madrid, Sección Vigésimosegunda, Sentencia nº 479/2013, de 18 junio 2011	1138
RESOLUCIÓN JUDICIAL INCONCILIABLE CON OTRA DICTADA ANTERIORMENTE EN EL MISMO ESTADO MIEMBRO, ENTRE LAS MISMAS PARTES Y EN UN LITIGIO QUE TIENE EL MISMO OBJETO Y LA MISMA CAUSA	
2013/76.– TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 26 septiembre 2013. Asunto C–157/12	1139

PROCESO MONITORIO EUROPEO

OPOSICIÓN EXTEMPORÁNEA DE UN ESCRITO DE OPOSICIÓN A UN REQUERIMIENTO EUROPEO DE PAGO	
2013/77.– TJ, Sala Tercera, Auto de 21 marzo 2013. Asunto C–324/12	1140
COMPARECENCIA DEL DEMANDADO ANTE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL QUE CONOCE DEL ASUNTO	
2013/78.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 13 junio 2013. Asunto C–144/12	1141

RESPONSABILIDAD

LA INDEMNIZACIÓN POR EL PERJUICIO MORAL SUFRIDO DEBE ESTAR CUBIERTA POR EL SEGURO OBLIGATORIO DE VEHÍCULOS	
2013/79.— TJ, Sala Segunda, Sentencia de 24 octubre 2013. Asunto C-22/12	1142

TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO PARA CRÉDITOS NO IMPUGNADOS

REQUISITOS PARA LA CERTIFICACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO DE UNA RESOLUCIÓN	
2013/80.— TJ, Sala Novena, Sentencia de 5 diciembre 2013. Asunto C-508/12	1143

SOCIEDADES

FUSIÓN DE UNA SOCIEDAD MATRIZ ESTABLECIDA EN UN ESTADO MIEMBRO CON UNA FILIAL ESTABLECIDA EN OTRO ESTADO MIEMBRO	
2013/81.— TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 21 febrero 2013. Asunto C-123/11	1145
NORMATIVA TRIBUTARIA QUE GRAVA LAS PLUSVALÍAS LATENTES EN CASO DE TRASLADO DE LA RESIDENCIA DE UNA A OTRO ESTADO MIEMBRO	
2013/82.— TJ, Sala Segunda, Sentencia de 25 abril 2013. Asunto C-64/11	1146
LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS SOCIEDADES MATRICES FRENTE A LOS ACREEDORES DE SUS FILIALES	
2013/83.— TJ, Sala Novena, de 20 junio 2013. Asunto C-186/12	1148

SUCESIONES

LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN <i>MORTIS CAUSAE</i>	
2013/84.— AP Pontevedra, Sección Primera, Sentencia nº 27/2013, de 15 enero 2013	1149
2013/85.— AP Alicante, Sección Novena, Sentencia nº 20/2013 de 17 enero 2013	1150
2013/86.— AP Guipúzcoa, Sección Segunda, Sentencia nº 197/2013 de 28 junio 2013	1151
Josep M. FONTANELLAS MORELL	
LA SUCESIÓN DE UN CIUDADANO MARROQUÍ DE CONFESIÓN JUDÍA ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES	1153
2013/87.— AP Madrid, Sección Vigésimoquinta nº 391/2013, de 27 septiembre 2013	1158

TRANSPORTE

RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL	
2013/88.— Juzgado de lo Mercantil de Granada, Sentencia de 21 enero 2013	1159
2013/89.— AP Madrid, Sección Vigésimosegunda, Sentencia nº 152/2013 de 13 mayo 2013	1160
TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA	
2013/90.— AP Almería, Sección Segunda, Sentencia nº 85/2013, de 25 marzo 2013	1162
RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE MULTIMODAL	
2013/91.— AP Zaragoza, Sección Quinta, Sentencia nº 235/2013 de 2 mayo 2013	1161
2013/92.— AP Guipúzcoa, Sección Segunda, Sentencia nº 273/2013 de 12 noviembre 2013	1164
RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA DE LA MERCANCÍA EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL	
2013/93.— TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 738/2013 de 3 diciembre 2013	1165
2013/94.— AP Barcelona, Sección Decimoquinta, Sentencia nº 455/2013 de 18 diciembre 2013	1165

CRÓNICA DE DERECHO INTERTERRITORIAL

Coordinación de Rafael ARENAS GARCÍA y Albert FONT I SEGURA

NOTA INTRODUCTORIA	1169
Rafael ARENAS GARCÍA	
COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO EN MATERIA DE REGISTROS PÚBLICOS	1169
Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 81/2013, de 11 de abril	1172
Rafael ARENAS GARCÍA	
LA DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL: EL TALÓN DE AQUILES DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERTERRITORIAL	1174
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 10 enero 2013	1178
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 23 enero 2013	1178
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 23 enero 2013	1178
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 4 febrero 2013	1179
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 20 marzo 2013	1179
TSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. Primera, Sentencia de 28 marzo 2013	1179
AP Navarra, Sección Segunda, Sentencia de 8 abril 2013	1180
AP Barcelona, Sección Decimotava, Auto de 9 abril 2013	1183
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 28 junio 2013	1183
AP Barcelona, Sección Decimocuarta, Sentencia de 18 julio 2013	1184
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 19 julio 2013	1184
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 24 julio de 2013	1185
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 19 septiembre 2013	1186
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 26 septiembre 2013	1186
TSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 9 octubre 2013	1187
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 6 noviembre 2013	1188
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 21 noviembre 2013	1188
Rafael ARENAS GARCÍA	
LAS CRISIS MATRIMONIALES Y DE PAREJA EN EL DERECHO INTERTERRITORIAL ESPAÑOL	1188
AP Barcelona, Sección Decimotava, Sentencia de 12 febrero 2013	1192
AP Huelva, Sección Primera, Sentencia de 22 marzo 2013	1193
AP Girona, Sección Primera, Sentencia de 18 abril 2013	1194
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 30 mayo 2013	1195
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 3 junio 2013	1195
AP Barcelona, Sección Decimotava, Sentencia de 4 julio 2013	1196
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 24 julio de 2013	1196
AP Barcelona, Sección Decimotava, Sentencia de 25 julio 2013	1196
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 19 septiembre 2013	1198
AP A Coruña, Sección Quinta, Sentencia de 14 octubre 2013	1199
Albert FONT I SEGURA	
LA POTENCIA NORMATIVA DEL ART. 2 DE LA LEY 5/2011 DE RELACIONES FAMILIARES DE LOS HIJOS E HIJAS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN, DE LA COMUNITAT VALENCIANA	1199
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 4 febrero 2013	1202

AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 26 marzo 2013	1202
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 18 abril 2013	1203
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 7 junio 2013	1204
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 16 julio 2013	1205
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 18 julio 2013	1205
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 19 julio 2013	1206
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 13 septiembre 2013	1207
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 16 septiembre 2013	1207
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 26 septiembre 2013	1208
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 31 octubre 2013	1208
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 28 noviembre 2013	1209
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 16 diciembre 2013	1209
OBLIGACIONES CONTRACTUALES	
AP Murcia, Sección Primera, Sentencia de 7 mayo 2013	1210
AP Girona, Sección Primera, Sentencia de 24 mayo 2013	1210
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	
AP Barcelona, Sección Decimoprimer, Sentencia de 25 julio 2013	1211
Josep M. FONTANELLAS MORELL	
LA APLICACIÓN EN LITIGIOS SUCESORIOS DE NORMAS AUTÓNOMICAS DE DERECHO INTERREGIONAL	1211
AP Navarra, Sección Segunda, Sentencia de 8 abril 2013	1220
AP Barcelona, Sección Decimosexta, Sentencia de 29 octubre 2013	1222
AP Barcelona, Sección Decimonovena, Sentencia de 18 diciembre 2013	1224
Miguel GARDEÑES SANTIAGO	
PENSIONES DE VIUDEDAD, PAREJAS DE HECHO Y CONFLICTOS DE LEYES INTERNOS	1227
TSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 29 enero 2013	1233

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Dirección de Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

ADOPCIÓN

INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN EXTRANJERA (COLOMBIA): CERTIFICADO DE IDONEIDAD	
2013/DGRN/1. – Resolución (14ª) de 11 febrero 2013	1237
Observaciones de Montserrat GUZMÁN PECES	1238
INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN EXTRANJERA (BRITÁNICA): CONVERSIÓN DE ADOPCIÓN GUATEMALTECA SIMPLE	
2013/DGRN/2. – Resolución (15ª) de 11 febrero 2013	1240
Observaciones de Antonia DURÁN AYAGO	1241
CONSTITUCIÓN DE ADOPCIÓN CONSULAR: LEYES APLICABLES	
2013/DGRN/3. – Resolución (11ª) de 13 febrero 2013	1242

INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN EXTRANJERA (BOLIVIANA): INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS DE LA LEY APLICADA EN LA CONSTITUCIÓN	
2013/DGRN/4.– Resolución (24ª) de 18 julio 2013	1243
INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN EXTRANJERA (COLOMBIANA) DE MAYOR DE EDAD	
2013/DGRN/5.– Resolución (93ª) de 8 octubre 2013	1243
Observaciones de Montserrat GUZMÁN PECES	1244
INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN EXTRANJERA (NICARAGÜENSE)	
2013/DGRN/6.– Resolución (9ª) de 12 diciembre 2013	1245
Observaciones de Montserrat GUZMÁN PECES	1246
FILIACIÓN POR NATURALEZA	
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN REGISTRADA EN EL EXTRANJERO	
2013/DGRN/7.– Resolución (48ª) de 15 abril 2013	1248
Observaciones de Antonia DURÁN AYAGO	1249
MATRIMONIO	
DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO EXTRANJERO POR NO RECONOCIMIENTO DEL ESTADO	
2013/DGRN/8.– Resolución (3ª) de 29 enero 2013	1250
DENEGACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE MATRIMONIOS CONSUETUDINARIOS	
2013/DGRN/9.– Resolución (3ª) de 14 mayo 2013	1251
CONTROL DEL FRAUDE EN LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS ANTE AUTORIDAD EXTRANJERA	
2013/DGRN/10.– DGRN, Resolución (18ª) de 14 mayo 2013	1251
2013/DGRN/11.– DGRN, Resolución (6ª) de 23 mayo 2013	1252
CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO ESPAÑOL: COMPETENCIA PARA LA AUTORIZACIÓN	
2013/DGRN/12.– DGRN, Resolución (34ª) de 18 julio 2013	1253
NOMBRE Y APELLIDOS	
APELLIDOS DE LOS ESPAÑOLES Y NACIONALES DE OTRO ESTADO DE LA UE	
2013/DGRN/13.– DGRN, Resolución (27ª) de 2 mayo 2013	1254
2013/DGRN/14.– DGRN, Resolución (22ª) de 6 mayo 2013	1254
2013/DGRN/15.– DGRN, Resolución (50ª) de 12 junio 2013	1255
2013/DGRN/16.– DGRN, Resolución (2ª) de 27 noviembre 2013	1256
NACIONALIDAD	
NACIONALIDAD ESPAÑOLA <i>IURE SOLI</i> : SUPUESTOS EN QUE NO SE PRODUCE LA ATRIBUCIÓN	
2013/DGRN/17.– DGRN, Resolución (1ª) de 5 diciembre 2013	1256
2013/DGRN/18.– DGRN, Resolución (19ª) de 13 diciembre 2013	1257
SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA <i>IURE SOLI</i>	
2013/DGRN/19.– DGRN, Resolución (17ª) de 10 diciembre 2013	1258
2013/DGRN/20.– DGRN, Resolución (16ª) de 13 diciembre 2013	1258
2013/DGRN/21.– DGRN, Resolución (18ª) de 13 diciembre 2103	1259

SOCIEDADES

INSCRIPCIÓN DE ESCRITURA DE FUSIÓN POR ABSORCIÓN 2013/DGRN/22.– DGRN, Resolución de 3 octubre 2013	1260

DERECHOS REALES

ANOTACIÓN DE EMBARGO DE BIEN INMUEBLE DE CÓNYUGES EXTRANJEROS 2013/DGRN/23.– DGRN, Resolución (1ª) de 7 marzo 2013	1261
INSCRIPCIÓN DE APORTACIÓN A SOCIEDAD EXTRANJERA DE BIENES SITUADOS EN TERRITORIO ESPAÑOL 2013/DGRN/24.– DGRN, Resolución (2ª) de 8 mayo 2013	1264
INSCRIPCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA DE DIVORCIO QUE IMPONE OBLIGACIÓN DE TRANSMISIÓN DE FINCA SITUADA EN ESPAÑA 2013/DGRN/25.– DGRN, Resolución (1ª) de 20 junio 2013	1266
INSCRIPCIÓN DE HIPOTECAS CONSTITUIDAS POR EXTRANJEROS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL 2013/DGRN/26.– DGRN, Resolución de 31 octubre 2013	1271
2013/DGRN/27.– DGRN, Resolución (1ª) de 11 noviembre 2013	1275

MATERIALES DE LA PRÁCTICA

Coordinación de Ana FERNÁNDEZ PÉREZ

BANCO DE ESPAÑA

NORMAS DE INFORMACIÓN FINANCIERA PÚBLICA Y RESERVADA, Y MODELOS DE ESTADOS FINANCIEROS 2013/Doc1.– Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos y por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros	1279

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

DOCUMENTO CON LOS DATOS FUNDAMENTALES PARA EL INVERSOR Y EL FOLLETO DE LAS INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA 2013/Doc2.– Circular 2/2013, de 9 de mayo	1280

CONSEJO DE ESTADO

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A CONSECUENCIA DE LA DEMORA EN LA TRAMITACIÓN DE UN TÍTULO DE MÁSTER EXTRANJERO 2012/Doc3.– Dictamen 79/2013 (Educación, Cultura y Deporte), de 21 febrero 2013	1280
ANTEPROYECTO DE LEY DE ACCIÓN Y DEL SERVICIO EXTERIOR DEL ESTADO 2012/Doc4.– Dictamen 394/2013 (Asuntos Exteriores y de Cooperación), de 30 mayo 2013	1281
RECLAMACIONES POR LOS PERJUICIOS DEL MAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE EXTRANJERÍA 2012/Doc5.– Dictamen 746/2013 (Interior), de 23 julio 2013	1281

2012/Doc/6.– Dictamen 764/2013 (Interior), de 19 septiembre 2013	1283
ANTEPROYECTO DE LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA	
2012/Doc/7.– Dictamen 449/2013 (Justicia), de 24 julio 2013	1284
REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL	
2012/Doc/8.– Dictamen 1002/2013 (Empleo y Seguridad Social), de 10 octubre 2013	1286
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL	
INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA	
2013/Doc/9.– Informe al anteproyecto de Ley de asistencia jurídica gratuita, de 21 marzo 2013	1294
ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL TEXTO REFUNDIDO LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	
2013/Doc/10.– Informe del Consejo General del Poder Judicial, Pleno, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido Ley de propiedad intelectual, aprobado por RD–legislativo 1/1996, de 12 de abril, y Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, de 25 julio 2013	1295
ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE REFORMA ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DEL REGISTRO CIVIL	
2013/Doc/11.– Informe del Consejo General del Poder Judicial, Pleno, sobre el Anteproyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro civil, de 12 noviembre 2013	1297
SECRETARIA GENERAL DE EMIGRACIÓN E INMIGRACIÓN	
ENTRADA, LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN ESPAÑA DE CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE OTROS ESTADOS PARTE EN EL ACUERDO SOBRE EL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO	
2013/Doc/12.– Instrucción SGIE/3/2013 por la que se derogan las Instrucciones DGI/SGRJ/03/2007, relativas al RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 28 febrero 2013	1306
RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA NACIONALES DE ESTADOS MIEMBROS Y SUS FAMILIARES	
2013/Doc/13.– Instrucción SGIE/4/2013, sobre régimen jurídico aplicable a los trabajadores por cuenta ajena nacionales de Croacia y sus familiares, de 28 junio 2013	1306
2013/Doc/14.– Instrucción SGIE/5/2013, sobre régimen jurídico aplicable a los trabajadores por cuenta ajena nacionales de Rumanía y sus familiares a partir del 1 enero 2014, de 17 diciembre 2013	1306
MINISTERIOS	
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA	
2013/Doc/15.– Orden PRE/421/2013, de 15 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, en relación con la prueba de aptitud que deben realizar los abogados y procuradores nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea y de los Estados parte del Espacio Económico Europeo para acreditar un conocimiento preciso del Derecho positivo español	1306

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD	
2013/Doc/16. – Resolución de 24 enero 2013, de la Dirección General de Comercio e Inversiones, por la que se modifican los modelos de declaración D–5A, D–5B y D–6 que sustituyen a los modelos anteriores	1311
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE	
2013/Doc/17. – Orden ECD/760/2013, de 26 de abril, por la que se establecen los requisitos de expedición del título del programa Erasmus Mundus	1311
MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	
2013/Doc/18. – Orden HAP/864/2013, de 14 de mayo, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los periodos impositivos iniciados entre el 1 de enero y el 31 diciembre 2012, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática	1312

NOTICIAS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

REGLAMENTO DE LA CNUDMI SOBRE LA TRANSPARENCIA EN LOS ARBITRAJES ENTRE INVERSIONISTAS Y ESTADOS	1315

ESPAÑA

JURISDICCIÓN EXTRATERRITORIAL Y VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS POR LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES: A PROPÓSITO DE LA PROPOSICIÓN NO DE LEY DEL G.P. SOCIALISTA SOBRE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y DERECHOS HUMANOS	1316
Nota de Nicolás ZAMBRANA TÉVAR	1319

UNIÓN EUROPEA

FIRMA DE UN ACUERDO SOBRE EL TRIBUNAL UNIFICADO DE PATENTES	1323
DINAMARCA APLICARÁ EL CONTENIDO DEL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS	1324
DINAMARCA IMPLEMENTA SU PARTICIPACIÓN EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO	1324
REFORMA DEL ESPACIO SCHENGEN	1325
SISTEMA DE ENTRADA/SALIDA (EES) PARA REGISTRAR LOS DATOS DE ENTRADA Y SALIDA DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES QUE CRUZAN LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA	1326
REQUISITOS DE ENTRADA Y RESIDENCIA DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES CON FINES DE INVESTIGACIÓN, ESTUDIOS, INTERCAMBIO DE ALUMNOS, PRÁCTICAS REMUNERADAS Y NO REMUNERADAS, SERVICIOS DE VOLUNTARIADO Y COLOCACIÓN <i>AU PAIR</i>	1327
NUEVO “SISTEMA COMÚN EUROPEO DE ASILO”	1328

LA COMISIÓN COMPLETA LOS VACÍOS LEGALES PARA LA PROTECCIÓN MEDIANTE UNA PATENTE UNITARIA	1329
NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA DE CARÁCTER FACULTATIVO	1330
CIRCULACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES A TRAVÉS DE LAS FRONTERAS	1332
DERECHO A LA ASISTENCIA DE LETRADO EN LOS PROCESOS PENALES Y EN LOS PROCEDIMIENTOS RELATIVOS A LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA	1332
CONGRESOS, CURSOS Y SEMINARIOS	
CRÓNICA DE LAS SESIONES DEL “SEMINARIO INTERNO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS” EN EL CURSO 2013/2014	1333

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA

ACTOS	1339
ADOPCIÓN	1339
ALIMENTOS	1339
APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO	1339
ARBITRAJE Y MASC	1339
FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y CONCEPCIÓN, N.: <i>Sistema de arbitraje comercial en la República Dominicana</i> , Santo Domingo 2013 (R. DÁVALOS FERNÁNDEZ)	1341
ASILO	1345
BANCA Y MERCADOS FINANCIEROS	1345
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	1345
CONTRATOS	1347
RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: <i>Contratos internacionales de Distribución Comercial en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea</i> , Granada, 2013 (A. ESPINIELLA MENÉNDEZ)	1349
SÁNCHEZ LORENZO, S. (ed.): <i>Derecho contractual comparado (una perspectiva europea y transnacional)</i> , 2ª ed., Cizur Menor, 2013 (JCFR)	1351
SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: <i>El Derecho inglés de los contratos internacionales</i> , Valencia, 2013. 2013 (P.A. MIGUEL ASENSIO)	1352
DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES	1354
DERECHO DEL TRABAJO	1354
DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL	1354
FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y CONTRERAS, L.: <i>Derecho del comercio internacional y política comercial de la República Dominicana</i> , Santo Domingo, 2013 (D. SANDOVAL SHAIK)	1354
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	1358
DERECHO INTERTERRITORIAL	1361
DERECHO MARÍTIMO INTERNACIONAL	1361
DERECHO PENAL INTERNACIONAL	1361
DIVORCIO Y SEPARACIÓN	1361

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.Á.: <i>El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y ley aplicable)</i> , Cizur Menor, 2013 (P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS)	1362
DOCUMENTOS	1365
ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA	1365
ESPACIO JUDICIAL EUROPEO	1367
EXTRANJERIA	1369
FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: <i>La ordenación de los flujos migratorios en la crisis del Estado del bienestar</i> , Madrid, 2013 (P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS)	1369
FAMILIA	1373
FILIACIÓN	1373
GARANTÍAS	1374
INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE EJECUCIÓN	1374
INSOLVENCIA	1374
INTERNET Y COMERCIO ELECTRÓNICO	1375
MATRIMONIO	1376
SOTO MOYA, M.: <i>Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo</i> , Valencia, 2013 (R. ARENAS GARCÍA)	1376
MENORES	1378
NACIONALIDAD	1379
OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES	1380
PERSONA Y ESTADO CIVIL	1381
PROCESO CIVIL Y ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	1382
PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL	1382
RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS	1384
RESPONSABILIDAD	1386
IRIARTE ÁNGEL, J.L. y CASADO ABARQUERO, M.: <i>Accidentes transfronterizos de circulación y acción directa del perjudicado. Soluciones del Derecho europeo</i> , Cizur Menor, 2013 (P. JIMÉNEZ BLANCO)	1387
SOCIEDADES	1390
SUCESIONES	1391

BIBLIOGRAFÍA EXTRANJERA

DE SOUSA GONÇALVES, A.S.: <i>Da Responsabilidade extracontratual em Direito internacional Privado. A mudança de paradigma</i> , Coimbra, 2013 (A. ESPINIELLA MENÉNDEZ)	1393
HESS, B., OBERHAMMER, P., y PFEIFFER, T. (eds.): <i>European Insolvency Law. Heidelberg–Luxembourg–Vienna Report</i> , C.H. Beck, Múnich, 2014 (M. REQUEJO ISIDRO)	1394
OBANDO PERALTA, J.J.: <i>Private International Law in Costa Rica</i> , Croydon, 2013 (S.A. SÁNCHEZ LORENZO)	1397
SCHUZ, R.: <i>The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis</i> , Oxford, 2013 (P. JIMÉNEZ BLANCO)	1397
STURM, F. y STURM, G.: <i>J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – EGBGB/IPR Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch/IPR</i> , Berlín, 2012 (A. LARA AGUADO)	1400
TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P.: <i>International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation</i>	

<i>at the International Level</i> , Oxford/Portland 2013 (P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS)	1402
WÖSS, H., SAN ROMÁN, R.A., SPILLER T.P. y DELLEÍANE, S.: <i>Damages in International Arbitration under Complex Long-Term Contracts</i> , Oxford, 2014 (L. PEREZNIETO CASTRO)	1404

ESTUDIOS

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: MIRANDO HA- CIA ATRÁS Y MIRANDO HACIA ADELANTE *

Hans VAN LOON **

SUMARIO: I. Introducción. II. Asuntos de DIPr ante la Corte Internacional de Justicia. III. La jurisprudencia de la CIJ en la encrucijada entre el DIP y el DIPr. IV. El papel de la CIJ en el desarrollo del DIPr en el futuro.

RESUMEN: La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha contribuido al desarrollo del Derecho internacional privado (DIPr) de diversas formas: en primer lugar, ha asumido que puede resolver cuestiones de DIPr, no sólo cuando son objeto de convenios internacionales, sino también en aplicación de principios generales del Derecho; ha identificado la autonomía conflictual y el orden público como tales principios generales del Derecho en la regulación de la ley aplicable a los contratos; ha apoyado la teoría de las *règles d'application immédiate*; ha matizado el carácter absoluto de la nacionalidad como criterio de conexión, dando un fuerte impulso al principio de la residencia habitual en materias de protección de menores y admitiendo la idea de nacionalidad efectiva; ha proporcionado claridad a la inmunidad de jurisdicción; y ha ampliado la protección diplomática a casos de violaciones de derechos humanos, incluyendo aquellas vinculadas a cuestiones de Derecho privado transfronterizas. Todos estos desarrollos se han producido en el contexto de la función primaria de la Corte, esto es, cuando se ha visto obligado a resolver conflictos entre Estados, a menudo cuando uno de ellos ejercía la protección diplomática de sus nacionales. Pero existe otra función de la CIJ, la de emitir opiniones consultivas, , al amparo del capítulo IV de su Estatuto, que debería explorarse, con vistas a facilitar que los órganos jurisdiccionales estatales soliciten opiniones consultivas sobre la interpretación de convenios internacionales, y, en particular, de convenios en materias de DIPr. Fomentar esta función sería un paso lógico y, a la luz de la creciente globalización, también muy necesario en el futuro desarrollo de la CIJ y el DIPr.

PALABRAS CLAVE: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO – PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA – CUESTIONES PRELIMINARES.

* Ponencia presentada el 9 mayo 2014 en el “VIII Seminario internacional de Derecho Internacional Privado” de la Universidad Complutense de Madrid. Traducción del inglés a cargo de P. Orejudo Prieto de los Mozos (Universidad Complutense de Madrid).

** Miembro del *Institut de Droit International*. Ex Secretario General (1996–2013) de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado

ABSTRACT: The World Court has contributed to the development of Private International Law (PIL) in a number of ways: first of all, it has accepted that it may itself deal with PIL issues, not only when they are the subject-matter of a treaty, but also under general principles of law; it has identified party autonomy and public policy in choice of law of contracts as such general principles of law; it has given support to the theory of règles d'application immédiate; it has tempered the absolute character of nationality as a connecting factor by giving a strong impulse to the habitual residence principle in matters of child protection, and by admitting the idea of effective nationality; it has provided clarity on State immunity questions; and has broadened diplomatic protection to cases of violations of human rights, including where they relate to cross-border private law issues. All these developments have occurred in the context of the primary function of the Court, i.e. the resolution of disputes between States, often where one of them is exercising diplomatic protection in favour of its nationals. But there is another function of the Court, i.e. that of giving advisory opinions under Chapter IV of its Statute, which might be explored with a view to enabling national courts to request the Court to give advisory opinions in matters of interpretation of international conventions, in particular treaties dealing with PIL issues. This would be a logical and, in light of continuing globalisation also much needed next step in the further development of both the Court and PIL.

KEYWORDS: INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE – PRIVATE INTERNATIONAL LAW – PUBLIC INTERNATIONAL LAW – DIPLOMATIC PROTECTION – ADVISORY OPINIONS.

I. Introducción

Participar en el VIII Seminario internacional de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid ha constituido para mí un honor y un gran placer. Estoy muy agradecido a José Carlos Fernández Rozas y a Pedro de Miguel Asensio por su amable invitación. En Madrid, en la Universidad Complutense, mis recuerdos son para Julio González Campos, quien enseñara en los inicios de su carrera académica en esta universidad (1963–1971), y quien falleció en 2007. Como experto y delegado de España en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado durante más de treinta años, Julio González Campos dejó un sentimiento inolvidable en mí y en muchas otras personas.

Julio González Campos dominó tanto el Derecho internacional público (DIP) como el Derecho internacional privado (DIPr); dio conferencias en ambas disciplinas, y cultivó la práctica de las dos, incluso después de que se separaran en la década los ochenta en el currículo académico, y de que escogiera el DIPr para impartir docencia; asimismo, combinó la delicadeza y atención a los detalles del abogado internacional privatista, cuyo punto de partida es la diversidad de los sistemas jurídicos en este planeta, con la perspectiva amplia y global del abogado internacional publicista, que piensa en términos de una ley internacional que todo lo abarca, con los Estados como actores principales.

Esta visión propia de Julio González Campos, que incluía el DIP y el DIPr, nos proporciona un buen punto de partida para nuestro tema: el DIPr ante la

Corte Internacional de Justicia (TIJ), mirando hacia atrás y mirando hacia adelante¹.

La CIJ es una institución de DIP que forma parte del sistema de las Naciones Unidas. Dentro de ese sistema desempeña dos funciones: resuelve los litigios que le someten los Estados; y da opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas, a petición del Consejo de Seguridad, la Asamblea General y otros órganos de la ONU. Según el art. 38 de su Estatuto², la Corte dirime las controversias de conformidad con el DIP y aplica, a tal efecto, las convenciones internacionales, la costumbre internacional y “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

Tendemos a asociar la Corte Mundial (la CIJ o la Corte Internacional de Justicia) con conflictos entre Estados en sus relaciones mutuas, tales como controversias sobre límites marítimos o terrestres, o la prohibición del uso de la fuerza. Pero en un caso antiguo (*Mavromattis*), la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), predecesora de la CIJ, cuya jurisprudencia sigue siendo pertinente y vinculante el día de hoy³, ya señaló que resulta irrelevante desde el punto de vista de la Corte que la diferencia se origine en la lesión de un interés privado; que, de hecho, es lo que ocurre en muchos conflictos internacionales⁴.

El problema es que en los litigios ante la CIJ, sólo los Estados pueden ser parte, y sólo con su consentimiento (arts. 34 a 36 ECIJ). Los individuos, las personas físicas o jurídicas, no pueden. Por lo tanto, un conflicto sobre intereses privados sólo se plantea ante la Corte bien cuando son los derechos de un Estado los que se ven afectados directamente, bien cuando un Estado defiende el interés privado como propio, y ejerce la protección diplomática de sus nacionales: entonces presenta la reclamación de la persona como reclamación propia. Es de esta manera como se han suscitado ante la Corte una serie de cuestiones de DIPr (ley aplicable, competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales), o de cuestiones que están en la intersección entre el DIPr y el DIP (nacionalidad, inmunidad del Estado y derechos humanos).

¹ Para un tratamiento más profundo, vid. H. van Loon y S. De Dycker, “The Role of the International Court of Justice in the Development of Private International Law”, *One Century Peace Palace, from Past to Present. Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, n° 140, La Haya, Asser Press, 2013, pp. 73–119.

² Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante ECIJ) disponible en <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>.

³ Cf. R. Higgins, “The ICJ, the ECJ, and the Integrity of International Law”, *Int'l. Comp. L. Q.*, vol. 52, 2003–I, pp. 2 ss, esp. p. 3.

⁴ “Whether [a] dispute originates in an injury to a private interest (...) is irrelevant from the standpoint of the Court”; indeed, “this is the case in many international disputes”. SCPJI de 30 agosto 1924, asunto *Concesiones Mavromattis en Palestina*, CPJI, Serie A, n° 2, p. 12.

La mayoría de estos casos –no todos– han llegado a la Corte por medio de la protección diplomática. Veremos que la CIJ ha ampliado recientemente el alcance de esta vía, permitiendo el ejercicio de la protección diplomática por violaciones de derechos humanos en el contexto de procesos civiles. En consecuencia, cabe esperar que en el futuro la protección diplomática se utilice con más frecuencia en materia de DIPr. Pero aún así, la protección diplomática de un interés privado supone que un Estado asume este interés en él como su derecho a garantizar, en la persona de sus nacionales, el respeto de las normas del Derecho internacional⁵. Y un Estado sólo va a hacer eso, claro está, en relación con intereses privados que considere lo suficientemente importantes.

Por lo tanto, también conviene analizar si quizás la otra función de la Corte, la de dar opiniones consultivas en virtud del Capítulo IV de su Estatuto, podría utilizarse, a petición de los tribunales nacionales, para que la Corte pueda orientarles en la interpretación de convenios internacionales relativos a intereses privados. Estos tratados, en el campo del DIPr, del Derecho del transporte internacional, y otras áreas, están en constante crecimiento, tanto en número como en su impacto en el ordenamiento jurídico interno.

II. Asuntos de DIPr ante la Corte Internacional de Justicia

Ya en 1929, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) manejó sin mayores dificultades una cuestión de puro DIPr; en este caso, de ley aplicable.

El tema real de la controversia, que surgió en los asuntos relativos a los *empréstitos serbios y brasileños*⁶, fue una disputa entre ciudadanos franceses, titulares de bonos privados, y los gobiernos de Serbia y Brasil. Serbia y Brasil habían emitido estos bonos antes de la Primera Guerra Mundial, y después de la guerra, cuando los bonos tenían que ser pagados, se planteó la cuestión de si los tenedores podían reclamar el pago en francos franceses en valor oro, o únicamente en francos nominales al valor (mucho menor) de la posguerra.

El gobierno francés asumió las pretensiones de los tenedores de bonos, ejercitó la protección diplomática y presentó una demanda en nombre propio ante la Corte, en un caso contra Serbia, y en el otro contra Brasil.

La CPJI consideró que, puesto que conforme a su Estatuto podía ser requerido para decidir sobre “la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional” [art. 36.2º.c) ECIJ], también era competente para decidir una controversia relativa a una cuestión de Derecho

⁵ “Its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law”: *ibíd.*

⁶ SCPIJ 12 julio 1929, asunto *empréstitos serbios*, CPJI, Serie A nº 20; y SCPIJ 12 julio 19292, asunto *empréstitos brasileños emitidos en Francia (Brasil c. Francia)*, CPJI, Serie A, nº 21.

interno, como la que se planteaba en estos casos. Pero ¿cómo determinar la ley aplicable a los contratos de crédito entre los gobiernos de Serbia y brasileños y los acreedores franceses? La interesante conclusión del Tribunal fue que las normas de DIPr pueden ser comunes a varios Estados y pueden, incluso, establecerse en convenios o por costumbre internacionales, y en este último caso pueden poseer el carácter de auténtico Derecho internacional rector de las relaciones entre los Estados; de no incluirse en textos internacionales, estas normas forman parte de la legislación interna⁷.

En estos casos no había convenio sobre ley aplicable que pudiera aplicarse. Y, por otra parte, la Corte parecía sentirse incómoda eligiendo entre las normas de conflicto francesas y brasileñas, para determinar la ley aplicable.

Así que la CPJI, con cierto atrevimiento, determinó por sí misma la ley rectora de los contratos, proponiendo un conjunto de principios para la determinación de la ley aplicable, que luego aplicaría a tales contratos de préstamo. Para determinar la ley aplicable, el Tribunal entendió que tenía que estar a “la verdadera naturaleza” de las obligaciones contractuales y a “las circunstancias que concurrieron en su creación”, pero añadió que “también cabría tener en cuenta la intención expresa o presunta de las partes”. Luego continuó afirmando que esta ley, en un determinado territorio, podría “declararse no operativa... por normas que protegen el orden público, cuya aplicación es inevitable aunque el contrato se haya celebrado bajo los auspicios de una ley extranjera”. Y, por último, que “es muy posible que la misma ley no pueda regular todos los aspectos de la obligación”. En estos asuntos, la CPJI consideró que, si bien el contenido del préstamo se regía por la ley de Serbia (o, respectivamente, la ley brasileña), a la forma de pago le resultaba de aplicación la legislación francesa. Por supuesto, este resultado satisfizo a los tenedores de los bonos, porque significaba que, según el Derecho francés, tal y como lo interpreta el Tribunal, podían reclamar el pago en francos-oro.

Sería exagerado decir que la CPJI formuló *normas* consuetudinarias internacionales de conflicto de leyes, pero sí elaboró algunos *principios*, los principios generales del Derecho, que derivan, no del Derecho internacional, sino del Derecho interno comparado, en el sentido del art. 38.1º.c) ECIJ. En este marco, resulta de especial interés la observación del Tribunal de que, como elemento para la determinación de la ley aplicable, también debe tenerse en cuenta la intención expresa o presunta de las partes en el contrato. En otras palabras, la Corte reconoció la libertad de las partes para determinar la ley aplicable: la autonomía con-

⁷ [The rules of PIL] may be common to several States and may even be established by international conventions or customs, and in the latter case may possess the character of true international law governing the relations between States. But apart from this, it has to be considered that these rules form part of municipal law”: vid. asunto empréstitos serbios, cit., p. 41.

flictual. Y también identificó, como tales principios generales del Derecho, la posibilidad de que un contrato se rija por más de una ley –*dépeçage*– y que el orden público pueda desplazar la ley aplicable.

Este reconocimiento precoz de la autonomía de las partes por la CPJI es destacable, porque hoy en día, casi un siglo más tarde, el principio de la libertad de las partes para elegir el Derecho aplicable, aunque se aplica en la mayor parte del mundo, aún se desconoce, está excluido o restringido, en varios sistemas jurídicos, en particular de América Latina y Oriente Medio⁸. Es por esto por lo que hace algunos años, el Unidroit y la Uncitral se dirigieron a la Conferencia de La Haya, pidiendo que estudiara este problema. Ello condujo a los trabajos sobre “Principios de Elección de la Ley de Contratos Internacionales”, que ahora están casi finalizados. Cabe confiar en que estos principios fortalezcan el papel de autonomía de las partes en todo el mundo⁹.

El siguiente asunto de DIPr resuelto por la CIJ se refería a un litigio entre los Países Bajos y Suecia, relativo a la *aplicación del Convenio de La Haya de 1902 sobre la tutela de menores*¹⁰. Elisabeth Boll era una joven de nacionalidad holandesa que vivía en Suecia con su madre sueca. Cuando la madre murió, las autoridades suecas adoptaron una medida de protección de menores al amparo de la ley sueca. El padre holandés se opuso, y los Países Bajos afirmaron que eran sus tribunales, y no las autoridades suecas, quienes tenían competencia en virtud del Convenio de 1902 para adoptar medidas que no fueran urgentes, dado que el Convenio se basa estrictamente en la nacionalidad como criterio básico para determinar la competencia. Suecia afirmó que, aún en defecto de una cláusula expresa de orden público en la Convención, la medida sueca estaba justificada como medida de orden público. Y esta fue también la opinión del Juez Lauterpacht en su voto disidente, quien argumentó que el orden público debe ser considerado un principio general del Derecho en el ámbito del DIPr y, por tanto, un principio general de Derecho en el sentido del art. 38 ECJ¹¹.

La Corte adoptó un enfoque diferente, y dictaminó que la medida de protección sueca, en tanto que medida de protección social general, estaba fuera del ámbito del Convenio, que protegía los intereses privados. El Convenio no debe-

⁸ Vid., v.gr., J. Basedow, “The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations, General Course on Private International Law”, *Recueil des Cours*, t. 360, 2013, pp. 164–175.

⁹ Vid. Proyecto de Principios de La Haya sobre elección de ley en contratos comerciales internacionales (en inglés y en francés), Documento preliminar n° 6, revisión de julio de 2014, disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06rev_en.pdf. Los Principios defienden la elección tácita y expresa de la ley aplicable, pero excluyen la elección presunta: vid. art. 4.

¹⁰ SCJ 28 noviembre 1958, *Caso relativo a la aplicación del Convenio de 1902 sobre la tutela de los niños (Países Bajos c. Suecia)*, disponible en inglés en *ICJ Reports*, 1958, p. 55.

¹¹ Cf. voto disidente de Sir Hersch Lauterpacht, *ibid.*, pp. 94 ss.

ría interponerse en el camino de la ley sueca, y la medida sueca no infringía el Convenio.

H. Batiffol y Ph. Francescakis acogieron con entusiasmo la Sentencia como una aplicación de la teoría de *règles d'application immédiate*¹². Y la idea está ahí, pero el Tribunal decidió fundamentar su decisión en las diferencias entre el alcance y finalidad del Convenio y los de la medida sueca, y no se basó únicamente en las normas suecas para la protección de los niños, sino que indagó en las que también son comunes a otros sistemas. En efecto, el Tribunal se centró en el concreto interés humano que estaba en juego, y le dio un enfoque muy práctico, hacia el futuro. Por supuesto, las autoridades suecas se encontraban mucho más próximas a la niña que las autoridades holandesas y por lo tanto estaban de forma natural en una posición mucho mejor para apreciar las necesidades de la niña, y de asegurar la continuidad de su vida familiar.

La decisión del Tribunal tuvo un impacto inmediato sobre la revisión del Convenio de 1902, que dio lugar al Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores. Sin embargo, el Convenio de 1961 recorrió sólo la mitad del camino; todavía es una mezcla incómoda de nacionalidad y residencia habitual. Así que eso condujo a otra revisión, la del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas para la protección de los niños. El Convenio de 1996, al fin, establece la competencia preeminente de las autoridades de la residencia habitual del niño. El Reglamento de la UE de 2003, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (RB II *bis*) sigue sus pasos. Y esto está en el espíritu del Asunto *Boll*.

Hubiera sido muy interesante que la CIJ hubiese sido capaz de dictar una sentencia sobre la interpretación del Convenio de Lugano (en su versión original de 1988) sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En diciembre de 2009, Bélgica acudió al Tribunal con motivo de su disputa con Suiza sobre la interpretación y aplicación de este Convenio¹³.

Sabena, la compañía aérea nacional belga, había ido a la quiebra, a pesar de la participación financiera de accionistas suizos. A continuación se entablaron procesos civiles paralelos en Bélgica y Suiza entre los accionistas belgas y suizos.

¹² H. Batiffol y P. Francescakis, "L'arrêt Boll et la Cour internationale de justice et sa contribution à la théorie du droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, pp. 255 ss; *vid.* también H. Batiffol, "Contributions de la juridiction internationale au droit international privé", *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La communauté internationale*, París, Pedone, 1974, pp. 17 ss.

¹³ *Vid.* <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=e6&case=145&code=besu&p3=3>.

La controversia que Bélgica llevó ante la CIJ se refería a la negativa de los tribunales suizos a *reconocer* una sentencia de los tribunales belgas y a *suspender el procedimiento* en Suiza a la espera del resultado del procedimiento belga pendiente. Bélgica alegó que esto era contrario a las disposiciones relativas al reconocimiento de las sentencias y a las normas sobre litispendencia del Convenio de Lugano.

Por desgracia para nosotros, juristas interesados, Bélgica retiró el asunto en 2011. No sabremos, por tanto, qué habría decidido la CIJ sobre el fondo de la reclamación belga, en el supuesto de que hubiera aceptado su competencia (*vid* también *infra* IV). Pero que el caso fuera llevado ante la CIJ ya es, en sí, interesante, porque demuestra que, incluso en el contexto europeo, la CIJ sigue siendo el foro judicial internacional definitivo ante el que se pueden plantear no sólo controversias sobre cuestiones puramente interestatales, sino también, como en el asunto *Boll*, cuestiones de interpretación y aplicación de los convenios de DIPr.

III. La jurisprudencia de la CIJ en la encrucijada entre el DIPr y el DIP

A continuación se analizarán algunas sentencias de la CIJ en asuntos que se encuentran en la encrucijada entre el DIPr y el DIP. Se refieren a la nacionalidad, la inmunidad y los derechos humanos.

En cuanto a la nacionalidad de las personas físicas, en el famoso caso *Nottebohm* la cuestión era si Liechtenstein podía ejercer la protección diplomática a favor de Nottebohm¹⁴. Nottebohm, nacional alemán de origen que vivía en Guatemala, viajó a Liechtenstein inmediatamente después del estallido de la Segunda Guerra Mundial. Allí obtuvo en tiempo record la nacionalidad de Liechtenstein, y, como consecuencia, perdió su nacionalidad alemana. Cuando, a pesar de este movimiento, Guatemala confiscó su propiedad durante la guerra, Nottebohm solicitó a Liechtenstein protección diplomática. Liechtenstein, en consecuencia, demandó a Guatemala ante la CIJ para obtener una indemnización por Nottebohm.

Sin embargo, la Corte estimó que la nacionalidad de Liechtenstein no podía ser considerada como *efectiva* a los efectos de protección diplomática: Nottebohm no tenía ninguna conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos con Liechtenstein; y no estaba más vinculado con la población de Liechtenstein que con la de cualquier otro Estado.

Este criterio se asemeja mucho, y presta apoyo al criterio de la nacionalidad efectiva en el DIPr. Pero la función del test de efectividad cuando se pretende

¹⁴ SCIJ 6 abril 1955, asunto *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, *ICJ Reports*, 1955, pp. 4 ss.

ejercer protección diplomática en el DIP difiere de la que lleva a determinar la nacionalidad en sede de DIPr. La denegación de la protección diplomática es inusual, *Nottebohm* sigue siendo un caso raro. Por el contrario, en el DIPr, el test se aplica con frecuencia, en particular, cuando, en caso de dos o más nacionalidades, es preciso elegir la nacionalidad que debe ser tomada en cuenta; pero también en situaciones en las que una persona tiene una sola nacionalidad que ya no es expresión de una conexión real con el Estado de la nacionalidad.

La cuestión de la nacionalidad en el ejercicio de la protección diplomática de una sociedad, de una persona jurídica, se suscitó en el caso *Barcelona Traction* entre Bélgica y España. ¿Podía Bélgica ejercer protección diplomática en relación con los accionistas mayoritarios belgas de una empresa canadiense que había realizado inversiones en España?

La Corte consideró, en su sentencia definitiva de 1970¹⁵, que la empresa no era belga, sino canadiense, y que, dado que la reclamación se basaba en una infracción de los derechos de la empresa, y no de los derechos propios de los accionistas, no era Bélgica sino Canadá el Estado que tenía derecho a ejercer la protección diplomática en su nombre. Un par de puntos resultan de particular interés.

En primer lugar, la Corte de Justicia basó su razonamiento en gran medida en el examen comparado del Derecho societario en sistemas internos de Derecho mercantil privado, para llegar a la conclusión de que existe una distinción fundamental entre la empresa y el accionista, como principio general del Derecho. A continuación, de nuevo con referencia en el Derecho privado interno, aplicó la doctrina del levantamiento del velo corporativo, para ver si había razones para no tener en cuenta la nacionalidad de la sociedad, pero el Tribunal consideró que no las había. Ello ilustra la importancia del papel del Derecho privado interno en la jurisprudencia de la CIJ.

En segundo lugar, el Tribunal no toma partido en la controversia sede real v. incorporación. La CIJ afirmó que, a diferencia del caso de las personas físicas –*Nottebohm*–, no existe un test absoluto de conexión genuina de las personas jurídicas a efectos de la protección diplomática. Sin embargo, en este caso existía una verdadera conexión entre Canadá y la sociedad. Así, cabría argumentar que tal vez la protección diplomática a favor de una empresa sin una conexión de este tipo, una “cáscara vacía”, no sería factible. Los países que siguen la teoría de la incorporación en DIPr podrían usar ese argumento para denegar el reconocimiento de semejante cáscara vacía (aunque ahora se haya vuelto muy difícil en Derecho de la Unión Europea).

¹⁵ SCIJ 5 febrero 1970, asunto relativo a *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd*, (*Bélgica c. España*), *ICJ Reports*, 1970, pp. 3 ss.

Como resultado, en este caso, los accionistas belgas se quedaron sin protección. Pero en 1989 la CIJ adoptó una postura diferente en el caso *ELSI*, entre los EE UU e Italia¹⁶. Aquí, el Tribunal dispuso implícitamente que, dado que los derechos de los accionistas estadounidenses en la compañía italiana *ELSI* estaban en juego, los EE UU podían actuar en su nombre. Así, sigue habiendo cierta incertidumbre en cuanto a la protección de los accionistas en el Derecho internacional.

La cuestión de si un Estado goza de inmunidad de jurisdicción o de ejecución se plantea regularmente ante los tribunales nacionales, y también en el arbitraje internacional. Pero es raro que esa cuestión también se suscite ante tribunales internacionales. Sucedió en un caso entre Alemania contra Italia, en el que también intervino Grecia, que la CIJ decidió a principios de 2012¹⁷. Los tribunales italianos habían condenado a Alemania a pagar daños y perjuicios por las atrocidades cometidas por los alemanes durante la Segunda Guerra Mundial, y también habían concedido el exequátur de las sentencias griegas similares condenando a Alemania.

La Corte constató que “en virtud del Derecho internacional consuetudinario en su forma actual, el Estado no está privado de inmunidad, incluso cuando se le acusa de graves violaciones del Derecho internacional de los derechos humanos o del Derecho internacional de los conflictos armados”. Llegó esta conclusión, distinguiendo claramente entre las normas sobre inmunidad del Estado, por un lado, y las normas sobre conflictos armados, por el otro. Las normas sobre inmunidad del Estado son estrictamente procesales, mientras las normas sobre conflicto armado se refieren al fondo del litigio.

La lectura del caso deja la sensación de que la decisión de la cuestión fue espinosa. Y la sentencia ha sido fuertemente criticada, incluso por los jueces discrepantes¹⁸. Y es que permanece claramente una tensión no resuelta entre la doctrina de la inmunidad soberana y el derecho de acceso a la justicia en los casos de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario.

Está claro que la Corte se consideró limitada por lo que se había decidido por la mayoría de los tribunales nacionales de todo el mundo en asuntos civiles relativos a la inmunidad del Estado. Pero, al mismo tiempo, debió de darse cuenta de

¹⁶ SCIJ 20 julio 1989, asunto relativo a *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, (*Estados Unidos c. Italia*), *ICJ Reports*, 1989, pp. 15 ss.

¹⁷ SCIJ 3 febrero 2012, asunto relativo a la *inmunidad de jurisdicción del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, *ICJ Reports*, 2012, pp. 99 ss.

¹⁸ Opinión disidente del Juez Cançado Trindade, *ibíd.*, pp. 179–270, del Juez Yusuf, *ibíd.*, pp. 291–308; y del Juez *ad hoc* Gaja, *ibíd.* pp. 309–322.

que, al decidir como lo hizo, asumió el riesgo de ralentizar un desarrollo que a la propia Corte le hubiese gustado ver que se producía. ¡Un verdadero dilema!

En contraste con esta resolución más bien conservadora, la decisión de la CIJ en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo*, un caso de derechos humanos, es, sin duda, una sentencia que mira hacia el futuro. Esta sentencia se dictó en 2010¹⁹.

El Sr. Diallo, nacional de Guinea, fue expulsado por la República Democrática del Congo (RDC) a Guinea, de modo que ya no podía recuperar las cantidades que se adeudaba a sus empresas, ni siquiera a través del proceso civil que se había instituido en RDC. La demanda, por tanto, se refería al ejercicio de derechos civiles en un contexto transfronterizo, sobre la base de los derechos garantizados tanto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como por la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

La Corte dictaminó que “como consecuencia del desarrollo sustantivo del Derecho internacional en las últimas décadas en relación con los derechos que otorga a los individuos, el alcance de la protección diplomática, limitada inicialmente a presuntas violaciones de las normas mínimas de trato a los extranjeros, se ha ampliado posteriormente para incluir, *inter alia*, los derechos humanos garantizados internacionalmente”. En consecuencia, la Corte aceptó que Guinea pudiera ejercer la protección diplomática en nombre de Diallo para reclamaciones basadas en la violación de sus derechos al amparo de la normativa civil, incluyendo la pérdida de la propiedad.

Del examen de estos casos cabe concluir que la Corte Mundial ha contribuido al desarrollo del DIPr de diversas maneras. En primer lugar, ha aceptado que puede manejar asuntos de DIPr por sí misma, no sólo cuando son objeto de un tratado (*Boll*), sino también cuando se pueden resolver en virtud de los principios generales del Derecho (*empréstitos serbios y brasileños*). En segundo lugar, la Corte ha identificado la autonomía de las partes y la intervención de las normas de orden público en las normas de conflicto en materia contractual como principios generales del Derecho. Ha apoyado la teoría de las *règles d'application immédiate* y ha atemperado el carácter absoluto de la nacionalidad como criterio para determinar la competencia y la ley aplicable en materia de protección de menores, por medio del fuerte impulso dado al principio de residencia habitual (*Boll*), admitiendo la idea de la nacionalidad efectiva (*Nottebohm*), y, tal vez, en cierta medida, también por haber exigido un vínculo entre una sociedad y un Estado para que éste pueda extender la protección diplomática (*Barcelona Traction, ELSI*). Además, ha aportado claridad sobre la inmunidad de los Estados (*Alemania c. Italia*) –aunque puede que no haya pronunciado la última palabra en

¹⁹ SCIJ 18 junio 1921, asunto relativo a *Ahmadou Sadio Diallo* (*República de Guinea c República Democrática del Congo – Compensación*), ICJ Reports, 2012, pp. 324 ss.

esta materia²⁰; y, lo que es muy importante, ha ampliado la protección diplomática a los casos de violaciones de los derechos humanos (*Diallo*).

IV. El papel de la CIJ en el desarrollo del DIPr en el futuro

En materia de derechos humanos, el asunto *Diallo* abre la puerta a reclamaciones, incluidas demandas por daños civiles sufridos por extranjeros, en las que se aleguen violaciones de derechos humanos como consecuencia de la interpretación o aplicación de las normas de DIPr, tales como la negación de acceso a la justicia a los extranjeros, o la denegación del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, o una solicitud, o la denegación de la solicitud, de retorno de un menor, o, tal vez, el no reconocimiento de un estado civil legalmente obtenida en virtud de una ley extranjera²¹. Esto es aún más importante, a la luz del creciente número de convenios que tienen en cuenta los derechos humanos. Pensemos, por ejemplo, en los cuatro Convenios de La Haya más recientes en materia de menores: el Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980, el Convenio sobre protección de los niños de 1996, el Convenio sobre protección del niño en la adopción internacional de 1993 y el Convenio de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, de cada uno de los cuales puede ser visto como la aplicación de los principios y normas de la Convención de 1989 de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Estos instrumentos pueden, en el futuro, dar lugar, ya sea directamente, o a través de la protección diplomática, a asuntos ante la Corte Mundial.

Cabe, por tanto, esperar, especialmente a la luz del Asunto *Diallo*, que en el futuro se planteen más demandas ante la CIJ en las materias propias del DIPr.

Pero también cabe preguntarse si debemos simplemente esperar a que esto suceda, o si existen razones para trabajar más activamente en la ampliación del acceso a la CIJ, por supuesto, dentro de los parámetros de su actual Estatuto, que es poco probable que sea modificado en un futuro próximo. El Estatuto, como se ha visto, limita la competencia de la Corte a asuntos contenciosos entre Estados y a opiniones consultivas a petición de los órganos de la ONU.

Con respecto a los asuntos contenciosos, existe un precedente, que, además es un precedente específicamente relativo a los Convenios de La Haya sobre DIPr: el 27 marzo 1931 se firmó un Protocolo que reconoció competencia de la Corte

²⁰ STEDH 14 enero 2014, asunto *Jones y otros c Reino Unido* (n^{os} 34356/06 y 40528/06) [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?appno=\[%2234356/06%22\]&itemid=\[%22001-140005%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?appno=[%2234356/06%22]&itemid=[%22001-140005%22]).

²¹ STEDH 28 junio 2007, asunto *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg* (n^o 76240/01), [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?appno=\[%2276240/01%22\]&itemid=\[%22001-81328%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?appno=[%2276240/01%22]&itemid=[%22001-81328%22]).

Permanente de Justicia Internacional para resolver cualquier controversia entre los Estados partes sobre la interpretación de los convenios elaborados por la Conferencia de La Haya de DIPr. Nueve Estados ratificaron este Protocolo, que entró en vigor en 1936²². Esta competencia pasó al TIJ después de la Segunda Guerra Mundial, y el Protocolo todavía está en vigor, pero nunca se ha aplicado, y ahora es letra muerta, ya que no resulta de aplicación a los Convenios de la Haya elaborados después de la Segunda Guerra Mundial.

Más recientemente, en su libro *Universalising International Law*, el ex Vice-Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Christopher Weeramantry, sugirió que los futuros convenios en materia de DIPr podrían también incluir, sistemáticamente, una cláusula de aceptación de la jurisdicción de la CIJ para conocer de los litigios relativos a la interpretación o aplicación de esos convenios²³. Dicha cláusula probablemente tendría que ser de carácter opcional y no obligatorio. Pero aún así, funcionaría sólo si al menos un Estado asumiera una controversia privada como propia, lo que no es tan sencillo.

Arthur von Mehren, uno de los principales negociadores en el Proyecto de Convenio de La Haya sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras que condujo al Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos exclusivos de elección de foro, detectó el problema. En su opinión, la carencia de un sistema de tribunales que interpreten y apliquen los convenios mundiales, de forma que obligue a los tribunales nacionales de todos los Estados contratantes, es una grave deficiencia en la práctica de los tratados internacionales²⁴. Y se lamenta de que la contrapartida del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –que ya interpretaba y aplicaba el Convenio de Bruselas de forma vinculante– no esté disponible a nivel mundial. Von Mehren identificó esto como una “debilidad institucional” del sistema de La Haya.

Cuánto de problemática sea esta debilidad, dependerá de la materia objeto del convenio y de las fortalezas de las alternativas disponibles. Un convenio que establece normas de competencia es más probable que necesite de una interpretación uniforme que un convenio limitado al reconocimiento y ejecución de sen-

²² Vid. http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=116.

²³ “(...) Future conventions in the field of private international law may well include, almost on a routine basis, a clause accepting the jurisdiction of the [ICJ] to determine disputes relating to the interpretation or application of the treaty”: cf. C.G. Weeramantry, “Private International Law and Public International Law: the Increasing Linkage”, en *Universalising International Law*, 2004, pp. 181 ss (publicada también en *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1988, pp. 7 ss).

²⁴ “The unavailability of a court system to interpret and apply a global convention so as to bind the national courts of all Contracting States is a serious shortcoming in international-convention practice”: cf. A.T. von Mehren, “Drafting a Convention on International Jurisdiction and the effects of Foreign Judgments Acceptable World-Wide: Can the Hague Conference Project Succeed?”, *Am J. Comp. L.*, vol. 49, 2001, pp. 191 ss.

tencias extranjeras. Además, puede haber alternativas de diferentes tipos. En el Asunto planteado ante la CIJ sobre la interpretación y aplicación del Convenio de Lugano, Suiza alegó, como una de sus objeciones preliminares contra la competencia de la CIJ, que el Segundo Protocolo del Convenio de Lugano incluye un procedimiento de consulta que, en opinión de Suiza, prohibía a Bélgica acudir a la CIJ. Dudo que este argumento hubiese hecho mella en la CIJ, pero como el caso murió de muerte temprana, no se sabe lo que el Tribunal realmente habría respondido a esta objeción.

La Conferencia de La Haya, por su parte, ha desarrollado una serie de alternativas, en particular un sistema de reuniones periódicas de Comisiones Especiales para revisar el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya. Pero estas Comisiones tienen claras limitaciones. Las secuelas de la Comisión Especial que tuvo lugar en 1989, tras la decisión *Aerospatiale* de la Corte Suprema de los Estados Unidos²⁵ proporcionan un buen ejemplo. En este caso, la Corte Suprema afirmó que el Convenio de La Haya sobre obtención de pruebas no excluía los procedimientos nacionales, en particular con respecto al *discovery*. Pero no se detuvo ahí. La mayoría de la Corte también consideró que el Convenio de La Haya era un instrumento meramente facultativo, y en contra de la minoría, afirmó que el Convenio no contiene una presunción a favor de su uso prioritario.

La Comisión Especial de la Conferencia de La Haya convocada para discutir esta decisión, consideró –de manera no vinculante, por supuesto– que en todos los Estados contratantes, cualquiera que sea su punto de vista en cuanto a su aplicación exclusiva, se debe dar prioridad a los procedimientos que ofrece el Convenio cuando se están recabando pruebas en el extranjero²⁶. Pero la opinión de la Comisión Especial no parece haber tenido un impacto significativo en las decisiones posteriores de los tribunales norteamericanos. Harold Koh, el ex asesor legal del Departamento de Estado de los Estados Unidos, ha afirmado con pesar que los litigantes estadounidenses seguirán evitando el empleo del Convenio sobre obtención de pruebas, y los tribunales se plegarán a su elección, efectuando un análisis “caso por caso” que satisfaga los intereses pro-estadounidenses²⁷.

²⁵ District Court for the Southern District of Iowa, nº 85–1695, *Société nationale industrielle Aero-spatiale et al. v United States* 482 U.S. 522; 107 S.Ct 2542.

²⁶ “In all Contracting States, whatever their views as to its exclusive application, priority should be given to the procedures offered by the Convention when evidence located abroad is being sought”: vid. http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2281&dtid=2.

²⁷ “American litigators will continue to avoid using the Evidence Convention, and the courts will defer to their choice by conducting pro-American interest-balancing on a “case-by-case basis”: cf. H.H. Koh, *Transnational Litigation in United States Courts*, Nueva York, Foundation Press, 2008, p. 204.

Del mismo modo, en relación con la interpretación del Convenio de La Haya sobre sustracción de menores, las reuniones de revisión de la Comisión Especial, afrontando las diferentes interpretaciones del Convenio, no sólo a nivel local sino también a nivel regional²⁸, también han mostrado sus limitaciones.

Por lo tanto, la cuestión de mayor relevancia sigue siendo si resulta necesario un mecanismo de cuestión prejudicial que pueda ser planteada ante un tribunal internacional para la interpretación y aplicación de los convenios mundiales; y, en caso afirmativo, cuál es la forma de establecer un sistema de este tipo.

La idea no es nueva. Interesa recordar que la Cámara de Representantes de EE UU apoyó en 1982 una propuesta para establecer un mecanismo de asesoramiento preliminar por la CIJ. La Cámara instó al presidente Carter a explorar esta posibilidad a través de las Naciones Unidas, pero la propuesta no tuvo continuidad. Posteriormente, la cuestión se planteó en las reuniones anuales de la rama holandesa de la *Internacional Law Association* (ILA), por vez primera en 1987, donde fue bien recibido²⁹, y de nuevo en noviembre de 2013³⁰.

Una cuestión crucial, por supuesto, es la ausencia en el Estatuto de la CIJ de disposiciones que establezcan un procedimiento para elevar cuestiones prejudiciales. Y la reforma del Estatuto no parece una opción realista. Por lo tanto, se ha sugerido que las cuestiones de los tribunales superiores nacionales, y tal vez incluso de los tribunales regionales, se canalicen a través de un comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que podría realizar un examen previo y remitirlas después a la Corte. La idea sería, al menos en principio, limitar las solicitudes admisibles a las relativas a interpretación de los tratados. Además, los tribunales nacionales no estarían sujetos a la obligación de formular cuestiones preliminares, y la opinión de la Corte Internacional de Justicia no sería vinculante para los tribunales nacionales.

Esta idea obtuvo un amplio apoyo en la reunión de noviembre 2013 de la rama holandesa de la ILA. El apoyo no se restringía a los convenios de DIPr, sino que se extendía también a los convenios en materia de transporte, como el Convenio de 1956 sobre el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera. Se ha enviado una carta al ministro holandés de Asuntos Exteriores para pedirle que solicite asesoramiento sobre la posibilidad de introducir el asun-

²⁸ Cf. el desarrollo de la jurisprudencia en materia de traslado ilícito de menores a través de las fronteras del TEDH (en relación con el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores) y del TJUE (en relación con el Reglamento Bruselas II bis e, indirectamente, del Convenio de La Haya de 1980).

²⁹ Vid. S. Schwebel y P. VerLoren van Themaat, "Preliminary Rulings by the International Court of Justice at the Request of National Courts", *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, nº 95, La Haya, Asser Press, 1987.

³⁰ Vid. H. van Loon y S. De Dycker, *loc. cit.*, *passim*.

to en la agenda de la Asamblea General de la ONU. Otros Estados podrían estar interesados en sumarse a una iniciativa de este tipo.

Por supuesto, cabe objetar que la CIJ no puede asumir más trabajo o no tiene los conocimientos adecuados. Pero también se plantearon argumentos similares cuando el sistema de cuestiones preliminar fue puesto a disposición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia y reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. No es que estas objeciones carezcan de importancia; pero bastaría con tomar buena nota si se decide apoyar la idea. Y hay buenos argumentos a su favor:

i) Las opiniones consultivas de la CIJ mejorarían la calidad de la justicia impartida a las partes en los conflictos particulares que resuelven los órganos jurisdiccionales estatales —estos tribunales, después de todo, son los principales órganos de la comunidad internacional en la aplicación del Derecho internacional.

ii) Se promoverían la interpretación y aplicación uniformes del Derecho internacional.

iii) Se forjarían vínculos entre el Derecho internacional y los sistemas jurídicos estatales, los tribunales nacionales, e incluso los particulares, que están cada vez más expuestos al Derecho internacional.

iv) Por último, pero no por ello menos importante, la CIJ se vería reforzado por esta ampliación de su competencia y el incremento de los ámbitos en los que podría contribuir al desarrollo del Derecho internacional.

La clave del asunto es que, en nuestro mundo globalizado, la permeabilidad entre las fronteras estatales aumenta en dos direcciones: horizontal, porque cada vez hay más interacción entre los sistemas jurídicos nacionales, lo que conduce a una explosión de las cuestiones de DIPr; y vertical, por la interacción de la comunidad internacional y los ámbitos jurídicos nacionales.

Los tribunales de todo el mundo cada vez se ven más obligados a interpretar y aplicar convenios internacionales sobre DIPr. Les sería de gran ayuda contar con la opción de pedir orientación al órgano judicial de mayor autoridad en el mundo sobre interpretación de estos tratados.

La estricta limitación de la competencia de la CIJ a controversias entre Estados, y sólo con el consentimiento de los Estados, se está convirtiendo en algo artificialmente estrecho. Es hora de adoptar un nuevo enfoque. La propia CIJ ha demostrado en su jurisprudencia que es plenamente consciente de la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho nacional. Habilitar a la Corte, a tra-

vés de un mecanismo de examen previo por medio de la Asamblea General de la ONU, a emitir opiniones consultivas a petición de los tribunales nacionales, sobre la interpretación y aplicación de los tratados internacionales, sería un paso lógico y muy necesario en el futuro desarrollo de la CIJ y el DIPr.

Bibliografía

- Basedow, J.: "The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations, General Course on Private International Law", *Recueil des Cours*, t. 360, 2013, pp. 164–175.
- Batiffol H. y Francescakis, P.: "L'arrêt Boll et la Cour internationale de justice et sa contribution à la théorie du droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, pp. 255 ss.
- Batiffol, H.: "Contributions de la juridiction internationale au droit international privé", *Mélanges offerts à Charles Rousseau, La communauté internationale*, 1974, París, Pedone, pp. 17 ss.
- Higgins, R.: "The ICJ, the ECJ, and the integrity of international law", *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 52, 2003–I, pp. 2 ss.
- Koh, H.H.: *Transnational Litigation in United States Courts*, Nueva York, Foundation Press, 2008.
- Schwebel S. y VerLoren van Themaat, P.: "Preliminary Rulings by the International Court of Justice at the request of national courts", *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, nº 95, La Haya, Asser Press, 1987.
- van Loon H. y De Dycker, S.: "The Role of the International Court of Justice in the Development of Private International Law", *One Century Peace Palace, from Past to Present, Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, nº 140, La Haya, Asser Press 2013, pp. 73–119.
- von Mehren, T.: "Drafting a Convention on International Jurisdiction and the effects of Foreign Judgments Acceptable World-Wide: Can the Hague Conference Project Succeed?", *Am. J. Comp. L.*, vol. 49, 2001, pp. 191 y ss.
- Weeramantry, C.G.: "Private International Law and Public International Law: the Increasing Linkage", *Universaling International Law*, 2004, pp. 181 ss (también publicado en *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1988, pp. 7 ss).

LA CULPA IN CONTRAHENDO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO *

Dário MOURA VICENTE **

SUMARIO: Planteamiento del problema. II. El Derecho privado europeo y la culpa *in contrahendo*. III. Cuestiones de calificación. IV. La conexión accesoria de la culpa in contrahendo. V. La determinación autónoma de la ley aplicable. VI. Problemas de concreción de los puntos de conexión. VII. Límites a la aplicación de la ley competente. VIII. Balance.

RESUMEN: La subsistencia de las diferencias de régimen que, desde hace mucho tiempo, separan los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de culpa *in contrahendo* suscita a menudo, en las situaciones vinculadas a más de uno de estos Estados, la cuestión de la ley aplicable. El RR II, al consagrar una regla de conflicto inédita en materia de culpa *in contrahendo*, aclaró esa cuestión, proporcionando mayor seguridad jurídica en la contratación internacional. Sin embargo, como se demuestra en este estudio, se trata de una regla que padece ciertas limitaciones, en particular por la inexistencia de una cláusula de excepción que permita al tribunal alejar la conexión accesoria a la hipotética ley reguladora del contrato en pro de una ley que tenga una conexión manifiestamente más estrecha con las negociaciones contractuales.

PALABRAS CLAVE: CONFLICTOS DE LEYES – CULPA *IN CONTRAHENDO*; NEGOCIACIONES CONTRACTUALES – RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL – REGLAMENTO ROMA II.

ABSTRACT: The persistence of the differences that have for a long time separated the legal systems of the European Union Member States in what concerns culpa *in contrahendo* raises, in cases related to more than one of those States, the issue of the applicable law. The Rome II Regulation, by adopting an unprecedented conflict of law rule on culpa *in contrahendo*, has clarified this issue, thereby allowing for great legal certainty in international transactions. However, as this paper demonstrates, that rule faces a number of constraints, in particular due to the absence of an escape clause that would enable courts to depart from the accessory connection with the proper law of the envisaged contract and to apply a law having a manifestly closer relationship with the contractual negotiations.

* Ponencia presentada el 9 mayo 2014 en el “VIII Seminario internacional de Derecho Internacional Privado” de la Universidad Complutense de Madrid. El autor agradece al Profesor Pedro de Miguel Asensio el estímulo a la publicación del texto y su cuidada revisión lingüística.

** Catedrático de la Facultad de Derecho Universidad de Lisboa.

KEYWORDS: CONFLICT OF LAWS – CONTRACTUAL NEGOTIATIONS – CULPA IN CONTRAHENDO – PRE-CONTRACTUAL LIABILITY – ROME II REGULATION.

I. Planteamiento del problema

La consagración de una regla de conflicto sobre la culpa *in contrahendo* fue una de las principales innovaciones del Reglamento Roma II (RR II) relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales¹, que se ocupa de esta materia en su art. 12. Se trata de una regla sin precedentes en las legislaciones de la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, donde la solución de los problemas suscitados por la culpa *in contrahendo* en situaciones plurilocalizadas se encontraba, antes de la entrada en vigor del Reglamento, fundamentalmente confiada a la jurisprudencia y a la doctrina². Eran múltiples, y asaz complejas, las dificultades suscitadas con relación a la determinación de la ley aplicable a la culpa *in contrahendo* en estos sistemas jurídicos. A ello contribuían esencialmente dos clases de factores.

Por un lado, conocida la “versatilidad” de la culpa *in contrahendo*, resultante de la heterogeneidad de situaciones de la vida susceptibles de integrarla³. Entre estas se incluyen: a) La violación por una de las partes en las negociaciones preparatorias de un contrato de deberes de información que la vinculaban con la otra parte, principalmente a través del suministro de informaciones falsas o de la omisión de informaciones esenciales sobre el objeto del contrato; b) La generación, de forma negligente, por una de las partes o por sus auxiliares, de un daño físico a la persona o a los bienes de la otra parte en el transcurso de las mencionadas negociaciones o de contactos preliminares a la celebración del contrato, con violación de deberes de cuidado a cargo de la primera; c) El abandono sin justa causa de las citadas negociaciones, que provoca a una de las partes un daño patrimonial consistente, concretamente, en gastos inútiles que realizó o en otras oportunidades de negocio perdidas; y d) La invalidez de

¹ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007, DO n° L 199 31.6.2007, pp. 40 ss.

² Para un análisis del tema con anterioridad a la publicación del RR II, *vid.* nuestro estudio *Da responsabilidade pré-contratual em Direito internacional privado*, Coimbra, 2001, y la demás bibliografía ahí citada. Con particular referencia al DIPr español, *cf.* S. Álvarez González, “La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en DIPr español”, *REDI*, 1990, pp. 125 ss.

³ Sobre los distintos supuestos tipo de la responsabilidad por culpa *in contrahendo*, *vid.* H. Stoll, “Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo”, en H. C. Ficker y otros (dirs.), *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübinga, 1978, pp. 435 ss; y, en la doctrina española, M.P. García Rubio, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Madrid, 1991, pp. 93 ss.

un contrato causada por una de las partes, particularmente en virtud de un error en el que ha incurrido.

Por otro lado, la pluralidad de funciones que la culpa *in contrahendo* es susceptible de desempeñar en los sistemas jurídicos nacionales, entre las cuales cabe señalar: a) La tutela de la correcta formación de la voluntad de contratar de cada una de las partes; b) La protección de la confianza de éstas en la conclusión de un contrato válido y eficaz; y c) La compensación de daños que, de otro modo, no serían compensados de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad extracontractual, principalmente los daños patrimoniales puros causados por la prestación con negligencia de informaciones falsas o inexactas en la fase precontractual o el daño físico sufrido por una de las partes en virtud de actos u omisiones de los auxiliares de la otra, de los que no exista responsabilidad objetiva de ésta.

La culpa *in contrahendo* es, así, una figura situada en la frontera entre el contrato y el delito, que tanto puede ejercer una función auxiliar del primero como constituir un sucedáneo de la responsabilidad por el segundo en situaciones en que ésta no puede intervenir. El régimen de la culpa *in contrahendo* en el RR II⁴ constituye en cierto modo el reflejo de esta ambivalencia suya fundamental.

El hecho de que en la doctrina hayan surgido diversas críticas al régimen de la culpa *in contrahendo* instituido por el Reglamento y la circunstancia de que el art. 30 de éste consagre, en la estela de otros actos jurídicos europeos de DIPr, una cláusula de revisión de sus disposiciones, nos proporcionan la oportunidad de visitar esta temática y de proceder a una valoración de la solución consagrada en el reglamento para esta materia. Es lo que trataremos de hacer a continuación.

⁴ Sobre lo cual pueden verse: B. Volders, “*Culpa in contrahendo* in the Conflict of Laws: A Commentary on Article 12 of the Rome II Regulation”, *Yearb. Pr. Int’l L.*, 2007, pp. 127 ss; R. Arenas García, “La regulación de la responsabilidad precontractual en el RR II”, *InDret*, 2008; S. Bollée, “A la croisée des règlements Rome I et Rome II: la rupture des négociations contractuelles”, *Recueil Dalloz*, 2008, n° 31, pp. 2161 ss; J. Lüttringhaus, “Das internationale Privatrecht der culpa in contrahendo nach den EG-Verordnungen Rom I und Rom-II”, *RIW*, 2008, pp. 193 ss; I. Thoma, “*Culpa in Contrahendo* in the Rome II Regulation”, *Rev. hellén. dr. int.*, 2008, pp. 669 ss; P. Fendt, *Die Regelung der Culpa in Contrahendo in der Rom II-VO im Vergleich zum gegenwärtigen deutschen internationalen Privatrecht*, Múnich, 2009; M. Kurt, *Culpa in contrahendo im europäischen Kollisionsrecht der vertraglichen und ausservertraglichen Schuldverhältnisse. Eine Untersuchung zur Anwendungsbereich und Auslegung von Art. 12 Rom II-Verordnung*, Baden-Baden, 2009; P. Lagarde, “La culpa in contrahendo à la croisée des règlements communautaire”, en G. Venturini y S. Bariatti (dirs.), *Liber Fausto Pocar*, Milán, 2009, pp. 583 ss; y N. Hage-Chahine, “*Culpa in Contrahendo* in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation”, *Northwestern J. Int’l L. & Bus.*, 2012, pp. 451 ss.

II. El Derecho privado europeo y la culpa *in contrahendo*

Cabe recordar, antes de proseguir, las razones determinantes para que se produzcan conflictos de leyes en esta materia. Estos están relacionados con la ausencia de un régimen común de la culpa *in contrahendo* en los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea⁵.

i) Nacida en Alemania, obra de Jhering⁶, que sentó sus bases, la culpa *in contrahendo* se basa en la idea de que los contactos precontractuales provocan el nacimiento, entre los que intervienen en ellos, de una relación jurídica obligacional sin deberes primarios de prestación, integrada por deberes accesorios de conducta (concretamente deberes de información y lealtad), cuya violación implica la aparición del deber de la parte incumplidora de indemnizar, en virtud de las reglas de la responsabilidad obligacional, los daños patrimoniales así causados a la otra parte⁷.

Esta idea se consagraría en la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán⁸ que, a lo largo del siglo XX, confirió a la culpa *in contrahendo* una extraordinaria amplitud. A esto contribuyeron esencialmente dos órdenes de factores. Por un lado, la concepción restrictiva de la responsabilidad extracontractual que triunfó en el Código Civil alemán de 1900 y que rechaza la indemnización al amparo de las reglas que regulan esta modalidad de la responsabilidad civil, de daños patrimoniales causados negligentemente que no resulten de la lesión de ciertos bienes jurídicos fundamentales (como la vida, la integridad física y la propiedad) o de reglas legales de protección; concepción ésta que también excluye la responsabilidad objetiva del agente por los actos perjudiciales de sus auxiliares siempre que no haya habido culpa *in eligendo* o *in vigilando* de su parte. Por otro, el *ethos* social que impregna el Derecho alemán desde Bis-

⁵ Para un análisis comparativo del régimen de la culpa *in contrahendo*, vid. además de nuestra obra citada *supra* (n. 2): R. Nirk, "Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo", *RabelsZ*, 1953, pp. 310 ss; F. Kessler y E. Fine, "'Culpa in contrahendo', Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study", *Harvard. Rev.*, 1963/64, pp. 401 ss; E. Hondius (dir.), *Precontractual Liability. Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, Boston/Deventer, 1990; G. Kühne, "Reliance, Promissory Estoppel and Culpa in Contrahendo: A Comparative Analysis", *Tel Aviv University Studies in Law*, 1990, pp. 279 ss; y J. Frick, *Culpa in contrahendo: eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie*, Zürich, 1992.

⁶ Cf. R. von Jhering, "Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei Nichtigen oder nicht zur perfektion gelangten Verträgen", *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Rudolf von Jhering*, vol. I, Iena, 1881, pp. 327 ss.

⁷ Así, K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, 14ª ed., München, 1987, p. 106.

⁸ Vid., en particular, la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 20 junio 1952, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 6, pp. 330 ss.

marck y que se revelaría particularmente favorable a la ampliación del ámbito de las situaciones generadoras de responsabilidad obligacional en la jurisprudencia tanto del Tribunal del Imperio, como del Tribunal Federal alemán.

Originalmente fundamentada por los tribunales en la cláusula de la buena fe, consagrada en el § 242 BGB⁹, la culpa *in contrahendo* encontraría su plena consagración en el Código Civil alemán en el momento de la modernización del Derecho de las Obligaciones emprendida en 2002, cuando se añadió el § 311 (2), en virtud del cual:

“También se constituye una relación obligacional integrada por los deberes previstos en el § 241 (2) a través de: 1. La iniciación de negociaciones contractuales. 2. La preparación de un contrato, en el transcurso del cual, una de las partes, en la perspectiva de una eventual relación comercial, confiere a la otra la posibilidad de afectar sus derechos, bienes jurídicos o intereses, o se los confíe, o 3. Contactos comerciales análogos”¹⁰.

Y según el § 241 (2) del mismo Código:

“La relación obligacional puede, conforme su contenido, vincular a cualquiera de las partes a la especial consideración por los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra”¹¹.

ii) Otros sistemas jurídicos, como el francés y el español, aunque admitan la imputación de daños causados *in contrahendo* a quien los causó, la someten a las reglas de la responsabilidad extracontractual, que es objeto de una amplia cláusula general en los mismos: “*sans contrat préalable, pas de responsabilité contractuelle*”¹².

⁹ Según lo cual: “El deudor está obligado a ejecutar la prestación como la buena fe, con consideración por los usos del tráfico, lo exige” (“*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”).

¹⁰ “*Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte*”.

¹¹ “*Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten*”.

¹² Así H. Mazeaud y A.L. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^a ed., París, 1965, p. 152. Sobre la responsabilidad precontractual en el Derecho francés, vid. J. Schmidt, “La période précontractuelle en droit français. Rapport au XIIIe Congrès International de droit comparé”, *Rev. int. dr. comp.*, 1990, pp. 545 ss. Con arreglo al Derecho español, escriben L. Díez-Picazo y A. Gullón: “cualquier responsabilidad durante la perfección del contrato entra de lleno en el ámbito de la responsabilidad extracontractual” (cf. *Sistema de Derecho civil*, vol. II, *El contrato en general*, 6^a ed., Madrid, 1990, p. 81).

iii) Una concepción más mitigada de la culpa *in contrahendo* fue acogida por los códigos civiles italiano¹³ y portugués¹⁴. Éstos, aunque sometan a las partes en la negociación y en la conclusión de los contratos a los deberes de conducta derivados de la buena fe, admiten la aplicación a la responsabilidad por los daños causados mediante la violación de esos deberes, de las reglas de la responsabilidad contractual o extracontractual, según la naturaleza de los hechos inductores de la culpa *in contrahendo*, reflejando así en su régimen legal la naturaleza fundamentalmente híbrida de la figura en cuestión, a la que nos hemos referido antes¹⁵.

iv) Una orientación diametralmente opuesta ha prevalecido hasta la fecha en el Derecho inglés que, como declaró Lord Ackner en el caso *Walford*¹⁶, considera repugnante a la posición “adversarial” de las partes implicadas en las negociaciones la idea de que estas están vinculadas por un deber de conducir las negociaciones de acuerdo con el principio de la buena fe¹⁷. De lo que derivaría, concretamente, que cualquiera de las partes tiene la posibilidad de retirarse, en cualquier momento y por cualquier razón, de las negociaciones precontractuales. Aquí queda patente la preocupación fundamental del Derecho inglés por la preservación de la libertad individual, que contrasta con la orientación solidarista que prevaleció en el Derecho alemán desde finales del siglo XIX. El Derecho inglés sanciona, es cierto, la prestación dolosa o negligente de informaciones falsas a través del *tort de fraudulent o negligent misrepresentation*¹⁸. Pero una

¹³ Cf. art. 1337: “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”; art. 1338: “La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto”.

¹⁴ Art. 227, n.º 1: “Quem negocea com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

¹⁵ En éste sentido, *vid.*, con referencia al Derecho italiano, D. Palmieri, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milán, 1999, pp. 111 ss; y V. Cuffaro, “Responsabilità precontrattuale”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, pp. 1265 ss, esp. p. 1270. Sobre el Derecho portugués, *vid.* D. Moura Vicente, “Culpa na formação dos contratos”, *Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. III, Coimbra, 2007, pp. 265 ss. (con más referencias bibliográficas).

¹⁶ [1992] 1 All ER 453.

¹⁷ “The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. [...] A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a ‘proper reason’ to withdraw”.

¹⁸ Cf. el *Misrepresentation Act 1967*, disponible en <http://www.legislation.gov.uk>.

responsabilidad genérica por la omisión de informaciones o por la ruptura de negociaciones contractuales se encuentra excluida del mismo.

v) Entre estas concepciones no existe compromiso posible: radican en ideologías diferentes y antagónicas, que la integración europea hasta hoy no ha logrado superar, ni tan siquiera aproximar.

Cierto es que el Derecho privado europeo acogió puntualmente el principio de la buena fe como estándar de conducta de las partes en materia precontractual¹⁹. Así sucedió en la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores²⁰, y en la propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea, publicada en 2011²¹. No obstante, ni la Directiva exige que los Estados miembros impongan el deber de indemnizar los daños causados mediante la violación de este principio en los preliminares y en la conclusión de los contratos, ni la propuesta de Reglamento pretende sustituir los Derechos nacionales en la materia a la que se refiere, constituyendo más bien un instrumento facultativo que sólo se aplicará si y en la medida en que lo decidan las partes. Así, es muy limitado el alcance de estos instrumentos en materia de armonización del régimen de la culpa *in contrahendo*. Lo mismo puede decirse de las compilaciones de principios jurídicos llevadas a cabo por la Comisión Lando²² y por el Grupo de Estudios sobre el Código Civil Europeo²³.

III. Cuestiones de calificación

La subsistencia de las diferencias de régimen que, desde hace mucho tiempo, separan los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de culpa *in contrahendo* suscita, en las situaciones vinculadas a más de uno de estos Estados, la cuestión del tribunal competente y de la ley aplicable.

¹⁹ Vid. el estudio de M. Lehmann, “Die Zukunft der culpa in contrahendo im Europäischen Privatrecht”, *ZEuP*, 2009, pp. 693 ss.

²⁰ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DO L95 de 21.4.1993, pp. 29 ss, art. 3.1º: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

²¹ Doc. COM (2011) 635 final. Vid. el art. 2.1º, de dicha normativa: “Cada parte tendrá el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe contractual”.

²² Cf. Commission of European Contract Law, *Principles of European Contract Law*, La Haya, etc, 2000, art. 1:201 (1): “Each party must act in accordance with good faith and fair dealing”.

²³ Cf. Study Group on a European Civil Code, *Draft Common Frame of Reference*, Múnich, 2008, art. 3:301(2): “A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract”.

Con el fin de determinarlos, se plantea, a falta de reglas de conflictos de leyes y de jurisdicciones que estén específicamente atribuidas, el problema de la calificación de la culpa *in contrahendo*.

En lo que respecta a la determinación del tribunal internacionalmente competente, esta cuestión fue objeto de la sentencia *Tacconi*, emitida en 2002 por el TJUE²⁴. El Tribunal, reiterando la orientación definida anteriormente en el caso *Handte*, afirmó:

“... el concepto de “materia contractual”, en el sentido del art. 5, nº 1 del Convenio de Bruselas, no puede ser entendido como si se refiriera a una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a otra”²⁵.

En este caso, no resultaba de los autos que existiera un compromiso libremente asumido por la demandada ante la demandante. Por el contrario, según el Tribunal:

“... la obligación de reparar el perjuicio supuestamente derivado de una ruptura injustificada de las negociaciones únicamente puede resultar de la infracción de normas jurídicas, en particular de la que obliga a las partes a actuar de buena fe en las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato”²⁶.

La responsabilidad resultante, si la hubiere, de la inexistencia de la celebración del contrato que señalaba la demandante en el proceso principal no podía, así, revestir naturaleza contractual. Por lo que el Tribunal concluyó:

“... en circunstancias como las del asunto principal, caracterizado por la inexistencia de compromisos libremente asumidos por una parte frente a otra con ocasión de las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato y por la eventual infracción de normas jurídicas, en particular la que obliga a las partes a actuar de buena fe en dichas negociaciones, la acción mediante la cual se invoca la responsabilidad precontractual del demandado está comprendida en la materia delictual o cuasidelictual, en el sentido del art. 5, nº 3 del Convenio de Bruselas”²⁷.

Triunfó así, en esta sentencia, la calificación extracontractual de la culpa *in contrahendo*²⁸.

A pesar de haber sido objeto de pronunciamientos críticos por parte de un sector importante de la doctrina, la misma orientación prevalecería poco después en el RR II, que en su art. 2.1º, expresamente dispone que:

²⁴ As. C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, Rec. 2002, I, pp. 7383 ss.

²⁵ Ap. 23.

²⁶ Ap. 25.

²⁷ Ap. 27.

²⁸ Para una crítica contundente de esa calificación, *vid.* P. Mankowski, “Die Qualifikation der culpa in contrahendo – Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR”, *IPrax*, 2003, pp. 127 ss.

“A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por ‘daños’ todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso, el enriquecimiento injusto, la gestión de negocios o la culpa *in contrahendo*”.

Consecuentemente, la culpa *in contrahendo* fue excluida del objeto del RR I que, en el art. 1.1º, ap. i), excluye de su ámbito de aplicación “las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato”.

En el DIPr europeo, la culpa *in contrahendo*, en contraste con lo que sucede con los instrumentos de armonización del Derecho privado material anteriormente citados, se califica, pues, como una fuente de obligaciones no contractuales.

IV. La conexión accesoria de la culpa *in contrahendo*

i) El alcance de esta calificación de la culpa *in contrahendo* llevada a cabo por el legislador se vería, sin embargo, fuertemente mitigada por la regla de conflicto recogida en el art. 12.1º RR II, que la sometió a una conexión accesoria²⁹. En efecto, ese precepto dispone que:

“La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado”.

Se reconoció así que la *proper law* de la responsabilidad civil fundamentada en la culpa *in contrahendo* es, en principio, la *lex contractus* o, cuando no se haya llegado a celebrar un contrato, la *lex hypothetici contractus*, a determinar en los términos del RR I.

Por ello, esa ley será, como regla general: a) La ley elegida por las partes en los términos del art. 3 del Reglamento para regular el contrato que pretenden concluir; b) A falta de esta elección, la ley aplicable a los distintos tipos contractuales citados en el art. 4.1º del Reglamento; o c) Siempre que el contrato proyectado no sea uno de los que se encuentran previstos en ese precepto, la ley del país en el que el contratante que debe o debería efectuar la prestación característica del contrato tiene su residencia habitual. Así, *v.gr.*, una empresa con sede en Portugal, que se propusiese vender cierta mercancía a una empresa con sede en Inglaterra, al amparo de un contrato que negociase con ésta, en principio

²⁹ Sobre la cual pueden verse: K. Firsching, “Das Prinzip der Akzessorietät im Deutschen Recht der Unerlaubten Handlungen – deutsche IPR-Reform”, *Festschrift für Imre Zajtay*, Tübinga, 1982, pp. 143 ss; G.C. Gonzenbach, *Die akzessorische Anknüpfung – ein Beitrag zur Verwirklichung des Vertrauensprinzips im IPR*, Zúrich, 1986; y K. Patzek, *Die Vertragsakzessorische Anknüpfung im internationalen Privatrecht. Dargestellt anhand des Deliktsrechts, der Geschäftsführung ohne Auftrag, des Bereicherungsrechts und der culpa in contrahendo*, München, 1992.

puede reclamar, en virtud del Derecho portugués, una indemnización por los daños que, supuestamente, haya sufrido como consecuencia del abandono ilícito por la segunda de las negociaciones contractuales, aunque en el caso concreto el sistema jurídico inglés no le reconozca el derecho a esa indemnización.

La solución del art. 12.1º, presenta cierto paralelismo con la que figura en el art. 4.3º, donde se establece que “si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los aps. 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculado con el hecho dañoso en cuestión”. En ambos casos se atiende, en la determinación de la ley aplicable, al vínculo entre el deber de indemnizar y cierta relación jurídica, preexistente o proyectada por las partes.

ii) Importa precisar las razones de la opción legislativa subyacente al art. 12, ap. 1º, del RR II. El concepto de “obligación contractual” al que se refiere el RR I comprende fundamentalmente, es cierto, el deber de realizar la prestación debida al amparo del contrato y el correspondiente derecho del acreedor a exigir su cumplimiento, así como el deber de indemnizar el daño eventualmente causado por su incumplimiento³⁰. Esta interpretación del RR I encuentra su fundamento en las propias reglas de conflicto básicas en él consagradas. En efecto, los intereses de las partes pueden considerarse determinantes con relación a estos deberes y derechos; por esa razón, los puntos de conexión adoptados en los arts. 3 y 4 del Reglamento –especialmente la posibilidad de elección por las partes de la ley aplicable– resultan particularmente apropiados.

Asimismo, el ámbito del RR I no se ciñe a las obligaciones emergentes de la voluntad de las partes: también están comprendidas en él la formación y la validez substancial del contrato, a las que se refiere el art. 10 y ciertas obligaciones *ex lege*, como la restitución de importes recibidos por una de las partes en caso de nulidad del contrato, conforme dispone el art. 12.1º.e). Nada impediría, bajo este prisma, que el RR I hubiese disciplinado directamente, al menos, ciertas categorías de situaciones de responsabilidad precontractual.

En ese sentido se puede invocar también la circunstancia de que los deberes precontractuales de información y lealtad, así como el deber de indemnizar el daño causado mediante su incumplimiento, se orientan a asegurar, como hemos señalado, la correcta formación de la voluntad de contratar, existiendo entre ellos y

³⁰ Vid. sobre el tema P. Bertoli, “La definizione dell’ambito di applicazione del regolamento Roma I: criteri generali e responsabilità precontrattuale”, en N. Boschiero (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Turín, 2009, pp. 227 ss.

el contrato proyectado un nexo funcional. En esta medida, supondría una falta de coordinación que la *lex contractus* rigiese la validez del contrato en caso de vicios de la voluntad, pero no la responsabilidad de la parte que los originó a través de su conducta precontractual.

La aplicación de la ley reguladora del contrato proyectado por las partes a las pretensiones indemnizatorias fundamentadas en la culpa *in contrahendo* posibilita, así, la sujeción a la misma ley de relaciones estrechamente conexas (la relación precontractual y el deber de compensar el daño resultante del incumplimiento de los deberes de conducta que la integran, por un lado, y la relación contractual proyectada por las partes, por otro), garantizando de este modo cierto grado de armonía material en su disciplina jurídica, que estará sometida a la misma ley. Esta solución se revela igualmente adecuada si consideramos la estructura de las dos relaciones jurídicas en cuestión y las analogías existentes entre ellas. En efecto, a semejanza de lo que sucede en las relaciones contractuales, las relaciones precontractuales consisten en deberes específicos de conducta y en el correlativo poder de exigir su observancia, que vinculan a personas determinadas o determinables.

Tanto desde un punto de vista funcional como desde un punto de vista estructural, y también en la perspectiva de los intereses en juego en la regulación de las situaciones privadas internacionales, el Derecho aplicable a esas relaciones, en principio debe estar determinado de acuerdo con las reglas de conflicto referentes a las obligaciones contractuales. Fue precisamente lo que se consignó en el RR II, a pesar de la calificación extracontractual de la culpa *in contrahendo* –a nuestro entender un tanto artificial– de la que parte ese acto jurídico europeo.

Se reconoce, de esta forma, la existencia de un continuum entre los tratos previos a la conclusión del contrato y este último, que se proyecta sobre la disciplina de los primeros en el plano del DIPr.

V. La determinación autónoma de la ley aplicable

La conexión accesoria de la culpa *in contrahendo* conoce, sin embargo, ciertos límites en el RR II, en la medida en la que la ley que se le aplica, en ciertos casos, tiene que determinarse con autonomía con respecto a la ley reguladora del contrato proyectado por las partes. Esto sucede, fundamentalmente, en cuatro tipos de situaciones, que pasamos a analizar.

i) En primer lugar, el art. 14.1º del Reglamento les permite a las partes someter sus obligaciones extracontractuales a una ley elegida por ellas, tanto mediante acuerdo posterior al hecho que dio origen al daño como, en el caso de que

ambas partes desarrollen actividades económicas, mediante un acuerdo libremente negociado entre ellas antes de ese hecho. Esto tiene gran importancia siempre que las partes quieran, mediante una cláusula incluida en un acuerdo precontractual, excluir la eventual responsabilidad de cualquiera de ellas por culpa *in contrahendo*.

ii) En segundo lugar, pueden darse casos en los que la ley aplicable no pueda determinarse mediante la conexión accesorio, *v.gr.*, porque las negociaciones concluyeron en un estado inicial de los contactos entre las partes, no siendo por ello posible determinar la ley que éstas elegirían con el fin de regular el contrato al amparo del art. 3 RR I, ni la ley subsidiariamente competente. En estos casos –que presumiblemente serán muy raros– se aplicará, en los términos del art. 12.2º, ap. a), RR II, la ley del país donde se haya producido el daño. No obstante, si las partes tuviesen su residencia habitual en el mismo país en el momento en el que se produjo el hecho que dio origen al daño, se aplica la ley de este país (art. 12.2º, ap. b). El texto del art. 12.2º, sugiere la aplicación alternativa de estas dos leyes; no obstante, el *locus damni* debe entenderse dotado de competencia meramente subsidiaria, tal como sucede en el art. 4, pues ninguna razón justificaría que se abandonase aquí la jerarquización de las conexiones en causa establecida en aquel precepto del Reglamento³¹. Si resulta claramente del conjunto de las circunstancias del caso que la obligación extracontractual derivada de las negociaciones realizadas antes de la celebración del contrato tiene una conexión manifiestamente más estrecha con otro país, la culpa *in contrahendo* puede asimismo someterse a la ley de éste (art. 12.2º.c). En estos casos, la ley reguladora de la culpa *in contrahendo* es, así, fundamentalmente la misma que regula la responsabilidad extracontractual en los términos del art. 4 RR II³².

³¹ Así también, R. Arenas García, *loc. cit.*, p. 18.

³² Sobre lo cual pueden consultarse: G. Hohloch, “Place of Injury, Habitual Residence, Closer Connections and Substantive Scope – the Basic Principles”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, 2007, pp. 1 ss; A. Dickinson, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2008; G. Palao Moreno, *Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo*, Valencia, 2008, pp. 342 ss; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento “Roma II”*, Granada, 2008, pp. 104 ss; L. de Lima Pinheiro, “Choice of Law on Non-Contractual Obligations. Between Communitarization and Globalization. A First Assessment of EC Regulation Rome II”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2008, pp. 5 ss; S. Corneloup y N. Joubert (dirs.), *Le règlement communautaire “Rome II” sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Paris, 2008; P. de Miguel Asensio, “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Española de Seguros*, 2009, pp. 695 ss; T. Kadner Graziano, “Das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom-II Verordnung”, *RabelsZ*, 2009, pp. 1 ss; P. Huber (dir.), *Rome II Regulation*, Múnich, 2011, pp. 64 ss; y A. de Sousa Gonçalves, *Da responsabilidade extracontratual em Direito internacional privado. A mudança de paradigma*, Coimbra, 2013, pp. 369 ss.

iii) En tercer lugar, puede existir una violación de deberes precontractuales de conducta que no se encuentren funcionalmente vinculados al contrato pretendido por las partes. Es lo que sucede, concretamente, cuando están en causa lesiones de bienes jurídicos personales o patrimoniales causados por una de las partes a la otra mediante la violación, en las negociaciones precontractuales, de deberes de protección y cuidado, que típicamente tutelan las reglas de la responsabilidad civil extracontractual. Por ello, las pretensiones indemnizatorias fundamentadas en la violación de estos deberes deben calificarse como extracontractuales y someterse a la ley designada en los términos del art. 4 RR II. Por lo demás, es lo que resulta del considerando nº 30 del Reglamento, según el cual:

“El art. 12 cubre únicamente a las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato. Esto quiere decir que si durante las negociaciones de un contrato una persona sufriera una lesión personal, se aplicaría el art. 4 o cualquier otra disposición pertinente del Reglamento”.

El concepto de culpa *in contrahendo* en el art. 12 RR II tiene así un alcance más restricto que el de responsabilidad precontractual, en la que se contienen *fattispecie* delictuales excluidas del objeto de aquel precepto.

iv) Fuera del ámbito de aplicación del art. 12 se encuentran también las situaciones de incumplimiento de obligaciones contractuales emergentes de acuerdos preliminares (cartas de intención, memorandos de entendimiento, acuerdos de principio, etc.) en los que las partes regulen las negociaciones o la celebración futura de contratos: una vez que está en causa, en estos supuestos, el incumplimiento de obligaciones fundamentadas directamente en la voluntad de las partes, la ley que se aplica, en principio, deberá ser la misma que designa el RR I. La exclusión del ámbito del Reglamento, en su art. 1.2º.i), de las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato no parece impedir su aplicación a esta situación, pues dicha exclusión se refiere únicamente a obligaciones de fuente legal (justamente las que están cubiertas por el RR II) y no a las que hayan sido pactadas por las partes³³. De otro modo, la ley aplicable sería, en los términos del art. 12.1º, la que rigiese el contrato pretendido y no aquella a la que se somete el acuerdo preliminar, lo que potencialmente defraudaría las expectativas de las partes.

v) En virtud de lo expuesto, debemos concluir que no es posible una calificación unitaria de la culpa *in contrahendo* en el DIPr europeo: la ley aplicable a esta materia depende fundamentalmente de la naturaleza de los deberes precon-

³³ En sentido distinto, *vid.* P. Lagarde, *loc. cit.*, p. 584, que considera que los reglamentos europeos han dejado dichas obligaciones en un “vacuum jurídico”.

tractuales de conducta violados. Como éstos pueden ser de índole muy diversa, diferente también puede ser la ley que los regula. Si los daños *in contrahendo* se producen como resultado de la violación de deberes específicos de conducta, que vinculan a las partes en la negociación y en la conclusión de contratos, los cuales integran una relación jurídica de carácter obligacional análoga a la relación contractual (como sucede en Portugal, Italia y Alemania), las normas de estas leyes que prevén tales deberes y la obligación de indemnizar los daños derivados de su violación son reconducibles a las reglas de conflicto que rigen las obligaciones contractuales. Si, por el contrario, los deberes jurídicos violados en los preliminares y en la formación de los contratos son, de acuerdo con esas leyes, deberes generales, que vinculan a cualquier persona (como es el caso, *v.gr.*, de las normas alemanas que sancionan la culpa *in contrahendo* consistente en la violación de deberes de protección y de cuidado en esa fase del *iter* contractual y de las normas inglesas sobre la *fraudulent* y la *negligent misrepresentation*), las disposiciones que los consagran quedan subsumidas en las reglas de conflictos reguladoras de la responsabilidad extracontractual. La “bifurcación” fundamental de la culpa *in contrahendo*, que expusimos a propósito de su regulación en el Derecho material tiene, de esta forma, su corolario en el plano del DIPr.

La competencia atribuida por el RR II a la *lex contractus* con el fin de disciplinar la culpa *in contrahendo* comprende, por tanto, únicamente las situaciones que se encuentren funcional o estructuralmente vinculadas a la conclusión de un contrato. Las restantes caben en el ámbito de la *lex delicti*. Esto significa que el criterio de calificación de la culpa *in contrahendo*, a efectos de determinación de la ley que le es aplicable en situaciones plurilocalizadas, no puede dejar de ser esencialmente funcional³⁴; lo que excluye la viabilidad de una cualificación *ex lege* de esta figura, válida para todas las categorías de situaciones.

VI. Problemas de concreción de los puntos de conexión

La determinación de la ley aplicable a la culpa *in contrahendo* en los términos de las reglas de conflicto antes examinadas suscita a veces dificultades particulares. Es lo que sucede, *v.gr.*, cuando esta ley sea la elegida las partes y las negociaciones contractuales se hayan abandonado antes de tal elección. La determinación de la ley aplicable al amparo del art. 3 RR I puede entonces revelarse especialmente difícil, o incluso imposible. En cualquier caso, puede inferirse de

³⁴ Como resulta, en Portugal, de lo dispuesto en el art. 15 del Código Civil, según lo cual: “La competencia asignada a una ley abarca solamente las normas que, por su contenido y por la función que tienen en esa ley, integran el régimen del instituto objeto de la regla de conflicto”. *Vid.* sobre esta disposición, en la doctrina española, I. García Velasco, *Concepción del Derecho internacional privado en el nuevo Código civil portugués*, Salamanca, 1971, pp. 113 ss.

ciertos instrumentos precontractuales, como un contrato preliminar, una carta de intenciones o un memorando de entendimiento, que revelen la intención de las partes de someter el contrato proyectado a determinada ley.

Otra dificultad posible en la concreción de los puntos de conexión relevantes está relacionada con el art. 12.2º.a) RR II que, como dijimos, remite a la ley del país en el que se produce el daño. Cuando éste sea, en los supuestos de culpa *in contrahendo* cubiertos por el art. 12, un daño patrimonial puro se plantea la cuestión de saber cómo se determina la respectiva localización. Dado que, en este caso, el perjuicio patrimonial es un daño primario, por no estar precedido de ninguna lesión física, el lugar en el que se registró –v.gr. donde el lesionado sufrió la disminución de su patrimonio resultante de la conducta ilícita de la otra parte– es donde se debe considerar producido ese daño. No obstante, cuando el patrimonio del lesionado se encuentre disperso por varios países, puede revelarse muy difícil la determinación de ese lugar, que igualmente puede revelarse imprevisible para el autor del daño. La cláusula de excepción recogida en el ap. c) del mismo precepto permitirá resolver tales problemas. El daño no es, en cualquier caso, la información inexacta o el abandono las negociaciones, que más bien actúan como sus causas; por lo que no puede aplicarse a este título la ley del lugar donde se produjeron estos hechos.

Por lo que se refiere a las pretensiones indemnizatorias fundamentadas en la violación de deberes “delictuales” de conducta *in contrahendo*, se aplica, como señalamos, el art. 4 del Reglamento que, en primer lugar, remite a la *lex loci damni*. Ésta corresponderá, en principio, a la ley del país donde ocurrió la lesión de bienes jurídicos protegidos, v.gr., la ofensa a la integridad física de una de las partes en las negociaciones precontractuales, independientemente del país donde se produjo el respectivo evento causal. No obstante, si el agente y la víctima tienen su residencia habitual en el mismo país en el momento en el que se produce el daño (y no en el momento en que se produjo el hecho que lo originó, como establece el art. 12.2º.b), que en este punto se desvía del régimen del art. 4), será esa la ley aplicable.

VII. Límites a la aplicación de la ley competente

La aplicabilidad de la ley correspondiente en los términos de las reglas anteriormente citadas puede experimentar ciertos límites, que importa ahora examinar.

i) Destaca en primer lugar, como posible límite a la aplicación de la ley hipotética reguladora del contrato en los casos de abandono de las negociaciones, la cláusula de excepción consignada en el art. 10.2º RR I, en los términos de la cual

un contratante, para demostrar que no dio su acuerdo a la conclusión de ese contrato, puede invocar la ley del país en que tenga su residencia habitual, si resulta de las circunstancias que no sería razonable determinar los efectos de su comportamiento en los términos de la citada ley.

De jure condito, no parece posible aplicar esa cláusula de excepción para excluir la responsabilidad por culpa *in contrahendo*³⁵. No obstante, *de jure condendo* esa cláusula sería deseable. La aplicación de dicha regla permitiría evitar que el oferente de bienes o servicios en el mercado internacional se viera sistemáticamente situado, en lo que respecta a la responsabilidad derivada de los tratos previos al contrato, en una posición de ventaja sobre el destinatario de su oferta. Y evitaría también que se aplicase a la culpa *in contrahendo* una ley desprovista de cualquier relación sustancial con las negociaciones contractuales y las partes.

Piénsese, por ejemplo, en un contrato de compraventa entre un inglés y un irlandés referente a un inmueble situado en el Algarve. El abandono injustificado de las negociaciones lleva en ese caso, en virtud del art. 4.3º.c) RR I, a la aplicación de la ley portuguesa, a pesar de que las negociaciones no tienen ninguna relación con Portugal, lo que puede defraudar las expectativas legítimas de las partes.

Sería deseable, por eso, que el art. 12.1º RR II contuviese una cláusula de excepción, de forma similar a lo que sucede con el aptdo. 2º de esa disposición, que incluyese este tipo de situaciones.

La aplicación de dicha cláusula a la responsabilidad por culpa *in contrahendo* (que fue preconizada por el Max-Planck Institut de Hamburgo³⁶) dependería, en todo caso, de la existencia de una confianza digna de tutela jurídica por parte del que rompió sin justa causa las negociaciones contractuales en la aplicación de la ley de su residencia habitual, pues es fundamentalmente este el valor tutelado por ella.

ii) Otro tipo de límites puede derivar de la eficacia que deba reconocerse, al amparo del art. 16 RR II, a “leyes de policía” del Estado del foro.

³⁵ En sentido similar, N. Hage-Chahine, *loc. cit.*, p. 528.

³⁶ Cf. Max Planck Institut for Foreign Private and Private International Law, “Comments on the European Commission’s Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization”, *RabelsZ*, 2004, pp. 1 ss. El art. 8. 2º y 3º, de la propuesta de Reglamento del Instituto Max Planck establecía sobre el tema lo siguiente: “2. *Legal consequences resulting from the breaking-off of negotiations shall be governed by the law which would govern the contemplated contract.* 3. *Nevertheless, a party may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence to establish that (a) he did not consent, or (b) that he was under no obligation arising from the negotiations if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law specified in the preceding paragraphs*”.

Este será el caso, por ejemplo, de las reglas que establezcan deberes especiales de información en materia de transacciones referentes a valores mobiliarios o de las que prohíban cierto tipo de conductas en los preliminares de los contratos, como la publicidad engañosa, en virtud de las cuales una de las partes pueda incurrir en responsabilidad por culpa *in contrahendo*.

iii) La aplicación de la ley competente, finalmente, puede rechazarse en virtud de la intervención de la reserva de orden público internacional del Estado de la jurisdicción, en los términos del art. 26 del Reglamento.

Es lo que sucede en algunos sistemas jurídicos si esa ley rechaza cualquier compensación por el daño sufrido por una de las partes en virtud de la omisión por la otra, en los preliminares del contrato, de informaciones esenciales para la correcta formación de la voluntad de contratar o del abandono arbitrario de las negociaciones contractuales. La buena fe constituye, en efecto, un principio fundamental de los sistemas jurídicos de diversos países de Europa continental³⁷; integra, en esta medida, su orden público internacional.

La intervención de éste como fundamento de evicción de la ley aplicable, sin embargo, siempre estará sujeta a la existencia de una conexión relevante con el Estado del foro (*Inlandsbeziehung*).

VIII. Balance

El RR II, al consagrar una regla de conflicto inédita en materia de culpa *in contrahendo*, aclaró una cuestión que desde hace mucho tiempo suscitaba dudas en la doctrina y en la jurisprudencia, proporcionando así mayor previsibilidad en cuanto a la ley aplicable y, de forma refleja, mayor seguridad jurídica en el comercio internacional. En esta medida, tiene que considerarse positiva esta evolución. Igualmente positiva nos parece la opción fundamental acogida en el Reglamento con respecto a la determinación de la ley aplicable, traducida en la conexión accesoria de la culpa *in contrahendo*, aunque ésta no asegure el paralelismo (*Gleichlauf*) entre la ley aplicable y el tribunal competente, dado que no existe disposición análoga en el RB I. Finalmente, también hay que aplaudir el reconocimiento, en el preámbulo del Reglamento, de que esta opción solamente es válida para las categorías de situaciones de culpa *in contrahendo* que presenten una relación directa con las negociaciones precontractuales, quedando las

³⁷ Sobre la buena fe como principio fundamental de los sistemas jurídicos continentales, *vid.* A. Menezes Cordeiro, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, 1985; *id.*, *Tratado de Direito civil*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, 2012, pp. 958 ss.

demás sujetas a las reglas generales sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales.

Al hacerlo, sin embargo, el RR II reconoció los límites de una calificación unitaria de la culpa *in contrahendo* como una situación de índole extracontractual.

La orientación fundamental en que se basan los Reglamentos Roma I y II en cuanto a esta materia, se revela así un tanto artificial y la conexión accesoria de la culpa *in contrahendo* surge, en definitiva, como un corrector de los resultados más nocivos a los que podría conducir esa calificación, sobre todo en los casos en que, a pesar del ilícito precontractual, un contrato haya sido concluido entre las partes. Diríamos pues que, aunque basado en una premisa metodológicamente cuestionable, el RR II ha logrado acoger en el art. 12 una solución fundamentalmente adecuada a los intereses en juego en la culpa *in contrahendo*. De todas formas, una solución que padece algunas limitaciones, en particular por la inexistencia de una cláusula de excepción que permita al tribunal alejar la conexión accesoria en pro de una ley que tenga una conexión más estrecha con las negociaciones contractuales.

Bibliografía

- Álvarez González, S.: “La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en DIPr español”, *REDI*, 1990, pp. 125 ss.
- Arenas García, R.: “La regulación de la responsabilidad precontractual en el RR II”, *InDret*, 2008.
- Bertoli, P.: “La definizione dell’ambito di applicazione del regolamento Roma I: criteri generali e responsabilità precontrattuale”, en N. Boschiero (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Turín, 2009, pp. 227 ss.
- Bollée, S.: “A la croisée des règlements Rome I et Rome II: la rupture des négociations contractuelles”, *Recueil Dalloz*, 2008, n° 31, pp. 2161 ss.
- Calvo Caravaca A.L. y J. Carrascosa González: *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento ‘Roma II’*, Granada, 2008.
- Corneloup, S. y N. Joubert (dirs.): *Le règlement communautaire “Rome II” sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, París, 2008.
- Cuffaro, V.: “Responsabilità precontrattuale”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, pp. 1265 ss.
- De Miguel Asensio, P.: “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Española de Seguros*, 2009, pp. 695 ss.
- Dickinson, A.: *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2008.
- Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, *El contrato en general*, 6.ª ed., Madrid, 1990.
- Fendt, P.: *Die Regelung der Culpa in Contrahendo in der Rom II-VO im Vergleich zum gegenwärtigen deutschen internationalen Privatrecht*, München, 2009.

- Firsching, K.: "Das Prinzip der Akzessorietät im Deutschen Recht der Unerlaubten Handlungen – deutsche IPR-Reform", *Festschrift für Imre Zajtay*, Tübinga, 1982, pp. 143 ss.
- Frick, J.: *Culpa in contrahendo: eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie*, Zürich, 1992.
- García Rubio, M.P.: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991.
- García Velasco, I.: *Concepción del Derecho internacional privado en el nuevo Código civil portugués*, Salamanca, 1971.
- Gonzenbach, G.C.: *Die akzessorische Anknüpfung – ein Beitrag zur Verwirklichung des Vertrauensprinzips im IPR*, Zürich, 1986.
- Hage-Chahine, N.: "Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation", *Northwestern J. Int'l L. Buss.*, 2012, pp. 451 ss.
- Hohloch, G.: "Place of Injury, Habitual Residence, Closer Connections and Substantive Scope – the Basic Principles", *Yearb. Priv. Int'l L.*, 2007, pp. 1 ss.
- Hondius, E. (dir.): *Precontractual Liability. Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, Boston/Deventer, 1990.
- Huber, P. (dir.): *Rome II Regulation*, München, 2011.
- Kadner Graziano, T.: "Das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom-II Verordnung", *RabelsZ*, 2009, pp. 1 ss.
- Kessler, F. y E. Fine: "'Culpa in contrahendo', Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study", *Harvard Law Review*, 1963/64, pp. 401 ss.
- Kühne, G.: "Reliance, Promissory Estoppel and Culpa in Contrahendo: A Comparative Analysis", *Tel Aviv University Studies in Law*, 1990, pp. 279 ss.
- Kurt, M.: *Culpa in contrahendo im europäischen Kollisionsrecht der vertraglichen und ausservertraglichen Schuldverhältnisse. Eine Untersuchung zur Anwendungsbereich und Auslegung von Art. 12 Rom II-Verordnung*, Baden-Baden, 2009.
- Lagarde, P.: "La culpa in contrahendo à la croisée des règlements communautaires", in G. Venturini y S. Bariatti (dirs.), *Liber Fausto Pocar*, Milán, 2009, pp. 583 ss.
- Larenz, K.: *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, 14.^a ed., München, 1987.
- Lehmann, M.: "Die Zukunft der culpa in contrahendo im Europäischen Privatrecht", *ZEuP*, 2009, pp. 693 ss.
- Lima Pinheiro, L. de: "Choice of Law on Non-Contractual Obligations. Between Communitarization and Globalization. A First Assessment of EC Regulation Rome II", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, pp. 5 ss.
- Lüttringhaus, J.: "Das internationale Privatrecht der culpa in contrahendo nach den EG-Verordnungen Rom I und Rom-II", *RIW*, 2008, pp. 193 ss.
- Mankowski, P.: "Die Qualifikation der culpa in contrahendo – Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR", *IPrax*, 2003, pp. 127 ss.
- Mazeaud, H. y A.L. Tunc: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^a ed. París, 1965, p. 152.
- Menezes Cordeiro, A.: *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, 1985.
- Menezes Cordeiro, A.: *Tratado de Direito Civil*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra, 2012.
- Moura Vicente, D.: "Culpa na formação dos contratos", Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. III, Coimbra, 2007, pp. 265 ss.
- Nirk, R.: "Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo", *RabelsZ*, 1953, pp. 310 ss.
- Palao Moreno, G.: *Responsabilidad civil extracontractual en el Derecho europeo*, Valencia, 2008.
- Palmieri, D.: *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milán, 1999, pp. 111 ss.

- Patrzek, K.: *Die Vertragsakzessorische Anknüpfung im internationalen Privatrecht. Dargestellt anhand des Deliktsrechts, der Geschäftsführung ohne Auftrag, des Bereicherungsrechts und der culpa in contrahendo*, München, 1992.
- Schmidt, J.: "La période précontractuelle en droit français. Rapport au XIIIe Congrès International de Droit Comparé", *Rev. int. dr. comp.*, 1990, pp. 545 ss.
- Sousa Gonçalves, A. de: *Da responsabilidade extracontratual em Direito Internacional Privado. A mudança de paradigma*, Coimbra, 2013.
- Stoll, H.: "Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrayendo", en H.C. Ficker y otros (directores), *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübinga, 1978, pp. 435 ss.
- Thoma, I.: "Culpa in Contrahendo in the Rome II Regulation", *Rev. hellén. dr. int.*, 2008, pp. 669 ss.
- Volders, B.: "Culpa in contrahendo in the Conflict of Laws: A Commentary on Article 12 of the Rome II Regulation", *Yearb. Priv. Int'l L.*, 2007, pp. 127 ss.
- von Jhering, R.: "Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei Nichtigen oder nicht zur perfektion gelangten Verträgen", *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Rudolf von Jhering*, vol. I, Iena, 1881, pp. 327 ss.

TRIBUNAL UNIFICADO DE PATENTES: COMPETENCIA JUDICIAL Y RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

SUMARIO: I. Introducción. II. Tribunal Unificado de Patentes: competencia por razón de la materia, reparto interno de procedimientos y competencia judicial internacional. III. Contenido del Reglamento (UE) nº 542/2014 que modifica el RB I bis. IV. La competencia judicial internacional tras el Reglamento (UE) nº 542/2014. 1. Extensión de las reglas de competencia a los demandados no domiciliados en un Estado miembro. 2. La regla sobre competencia subsidiaria en la Propuesta de Reglamento. 3. El nuevo art. 71 *ter* ap. 3 del RB I bis. 4. Valoración crítica de la competencia basada en la presencia de bienes del demandado. V. Reconocimiento y ejecución de resoluciones. 1. Alcance del Reglamento (UE) nº 542/2014. 2. Motivos de denegación del reconocimiento. 3. Medidas de ejecución. VII. Conclusión.

RESUMEN: En relación con el nuevo Reglamento (UE) 542/2014, que modifica el RB I bis antes de que haya comenzado a ser aplicado, se abordan los rasgos básicos del Tribunal Unificado de Patentes relevantes en lo relativo a su interacción con el RB I bis; la competencia judicial internacional del TUP, con especial referencia a la nueva regla subsidiaria respecto a demandados no domiciliados en un Estado miembro; y el reconocimiento y ejecución de resoluciones adoptadas por el TUP. Se presta particular atención al análisis crítico de la nueva regla de competencia que permite al TUP conocer de litigios relativos a demandados de terceros Estados por vulneración de una patente europea que ocasione perjuicios dentro de la Unión también en relación con los perjuicios que dicha vulneración haya ocasionado fuera de la Unión, con base en la presencia de bienes del demandado en un Estado miembro contratante del ATUP.

PALABRAS CLAVE: PATENTES – TRIBUNAL UNIFICADO – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES – LITISPENDENCIA – RB I BIS.

ABSTRACT: *With regard to the new Regulation (EU) 542/2014 amending the Brussels I bis Regulation even before its provisions are applicable, the discussion focuses on the characterization of the Unified Patent Court and its relationship with the Brussels I bis Regulation, the international jurisdiction of the Unified Court; and recognition and enforcement of its judgments. Particular attention receives the critical assessment of the new supplementary forum that enables UPC to hear disputes involving defendants from third States relating to an infringement of a European patent giving rise to damage as*

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER 2012–34086, del Ministerio de Economía y Competitividad. A todas las páginas web citadas se ha accedido por última vez el 16 junio 2014.

well inside as outside the Union. Granting jurisdiction to the Unified Patent Court to adjudicate infringements outside the territory of the Contracting States to the Unified Patent Court Agreement on the basis of an asset-related supplementary ground of jurisdiction as the one established under Regulation 542/2014, seems questionable

KEYWORDS: PATENTS – UNIFIED COURT – INTERNATIONAL JURISDICTION – RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF JUDGMENTS – LIS PENDENS – BRUSSELS I BIS REGULATION.

I. Introducción

1. La adopción del Reglamento (UE) nº 542/2014¹ por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1215/2012 o RB I *bis*² constituye un paso de gran importancia de cara a la puesta en marcha de un Tribunal Unificado de Patentes (TUP). El origen del proceso de revisión de un instrumento tan reciente como el RB I *bis*, cuyas reglas ni siquiera son todavía aplicables, se encuentra en la Propuesta de la Comisión de 26 julio 2013³. Pese a haber sido objeto de una veloz tramitación y a que el ámbito de la reforma finalmente aprobada no se aleja de la Propuesta de la Comisión, algunos de los aspectos más problemáticos del texto inicial han sido atenuados. A pesar de ello, ciertos elementos del Reglamento (UE) nº 542/2014 pueden resultar controvertidos. Objetivo básico de este trabajo es proporcionar un análisis crítico de las modificaciones ahora introducidas en el RB I *bis*⁴.

Para ello, tras exponer los rasgos básicos del TUP relevantes en lo relativo a su interacción con el RB I *bis* (ap. II), son objeto de análisis tres cuestiones: el alcance de la reforma del RB I *bis* (III); la competencia judicial internacional del TUP, con especial referencia a la nueva regla subsidiaria respecto a demandados

¹ Reglamento (UE) nº 542/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 mayo 2014 por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1215/2012 en lo relativo a las normas que deben aplicarse por lo que respecta al Tribunal Unificado de Patentes y al Tribunal de Justicia del Benelux (DO L 2014 163, p. 1).

² Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DO 2012 L 351 p. 1).

³ COM(2013) 554 final.

⁴ Este estudio toma como punto de partida una contribución previa en la que se analizaba la Propuesta de la Comisión y las modificaciones introducidas por el Consejo, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, “The Unified Patent Court Agreement and the Amendment to the Brussels I Regulation (Recast)”, C. Honorati (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale (The EU Patent Protection – Lights and Shades of the New System)*, Turín, G. Giappichelli, 2014, pp. 153–170. Por otra parte, el nuevo Reglamento viene a dar respuesta en gran medida a ciertos interrogantes puestos previamente de relieve por la doctrina, en particular, *vid.* R. Arenas García, “Competencia judicial internacional y litigios en materia de patentes: Bruselas, LOPJ y Tribunal Unificado de Patentes, *liaisons dangereuses?*”, *Problemas actuales de Derecho de la propiedad industrial*, Cizur Menor, Civitas, 2013, pp. 123–176; y J.L. Iglesias Buhigues, “Derecho internacional privado, patente europea con efecto unitario y Tribunal Unificado de Patentes”, C. Pellisé (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Madrid, M. Pons, 2014, pp. 145–154.

no domiciliados en un Estado miembro (IV); y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales (V).

II. Tribunal Unificado de Patentes: competencia por razón de la materia, reparto interno de procedimientos y competencia judicial internacional

2. El fundamento del Reglamento (UE) n° 542/2014 se vincula con la previsión contenida en el art. 89 del Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes de 19 febrero 2013 (ATUP)⁵, que contempla la eventual subordinación de la entrada en vigor del Acuerdo a la previa entrada en vigor de “las modificaciones del Reglamento (UE) n° 1215/2012 en lo que concierne a su relación con el presente Acuerdo”. Conforme a su art. 2, el Reglamento (UE) n° 542/2014 será aplicable a partir del 10 enero 2015. La determinación de esta fecha responde a la voluntad de coordinación con el proceso de revisión del RB I⁶, pues precisamente conforme al art. 81 RB I *bis*, este último también será aplicable a partir del 10 enero 2015, sustituyendo a partir de esa fecha al RB I.

Objetivo básico del Acuerdo UPC es la creación de un tribunal unificado “para la resolución de los litigios relativos a las patentes europeas y a las patentes europeas con efecto unitario” (art. 1), que sustituirá a los tribunales nacionales de los Estados miembros contratantes para las controversias relativas a las materias en las que se atribuye competencia exclusiva al TUP⁷. Este Tribunal se configura como un tribunal común para todos los Estados miembros contratantes y sometido al Derecho de la Unión, si bien no todos los Estados miembros de la Unión Europea participan en el ATUP. En concreto, España, Polonia y Croacia no han firmado el Acuerdo, encontrándose la mayoría de Estados firmantes todavía en proceso de ratificación⁸. Como uno de los presupuestos de su entrada en vigor, el art.

⁵ DO 2013 C 175 p. 1.

⁶ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001 L 12 p. 1).

⁷ M. Desantes Real, “Le ‘paquet européen des brevets’, paradigme du chemin à rebours: de la logique institutionnelle à la logique intergouvernementale”, *Cahiers de droit européen*, vol. 49, 2013, pp. 577–670, esp. pp. 651–670; *id.*, “Hacia un Tribunal unificado y un efecto unitario para las patentes europeas en casi todos los Estados miembros de la Unión Europea. Consecuencias de la autoexclusión de España”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 49, 2013, n° 2, p. 51–70. Para un análisis crítico de las propuestas que precedieron a la adopción del texto final del Acuerdo, *vid.* T. Jaeger, “All Back to Square One? – An Assessment of the Latest Proposals for a Patent and Court for the Internal Market and Possible Alternatives”, *IIC*, vol. 43, 2012, pp. 286–308; y F. de Visscher, “European Unified Patent Court: Another More Realistic and More Equitable Approach Should Be Examined”, *GRUR Int*, 2012, 214–224.

⁸ <http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/patent/ratification/index_en.htm> (a fecha 16 junio 2014 sólo Austria, Bélgica, Francia y Suecia han ratificado el ATUP).

89.1º ATUP exige únicamente la ratificación o adhesión por parte de trece Estados, siempre que entre ellos se encuentren Alemania, Francia y el Reino Unido, estableciendo el art. 83 ciertas disposiciones durante un periodo transitorio.

3. Con respecto a la competencia del TUP⁹, el Acuerdo detalla las acciones relativas a patentes europeas y patentes europeas con efecto unitario para las que tendrá competencia exclusiva el Tribunal, de modo que quedarán excluidas de la competencia de los tribunales nacionales de los Estados miembros contratantes. En concreto, el art. 32 del Acuerdo atribuye competencia exclusiva al TUP con respecto, entre otras, a: acciones por violación, en grado de consumación o de tentativa; acciones de declaración de inexistencia de violación; acciones de solicitud de medidas y requerimientos provisionales y cautelares; acciones y demandas de reconvención de nulidad; demandas por daños y perjuicios o de indemnización derivadas de la protección provisional otorgada por una solicitud de patente europea publicada; acciones relativas al uso de la invención anteriormente a la concesión de la patente o al derecho fundado en una utilización anterior de la invención... Los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros contratantes seguirán siendo competentes para aquellas acciones relativas a patentes y certificados complementarios de protección que no sean de competencia exclusiva del Tribunal (art. 32.2º)¹⁰.

Conforme al art. 83.1º del Acuerdo, durante un período transitorio de siete años a partir de la fecha de entrada en vigor del mismo, podrán seguir ejercitándose acciones por violación o por nulidad de patente europea ante los órganos nacionales competentes¹¹. Además, salvo que ya se haya ejercitado ya una acción ante el TUP, el art. 83.3º atribuye al titular o al solicitante de una patente europea concedida o solicitada antes del término del período transitorio de siete años, la posibilidad de eximirse de la competencia exclusiva del Tribunal y litigar ante los tribunales nacionales de los Estados miembros contratantes, siendo preciso notificar esa opción a la Secretaría del TUP a más tardar un mes antes de la fecha de terminación del período transitorio¹².

4. De lo anterior resulta que el ATUP regula la distribución de competencias entre el TUP y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros contratan-

⁹ Vid. M. Brandi-Dohrn, "Some Critical Observations on Competence and Procedure of the Unified Patent Court", *IIC*, vol. 43, 2012, pp. 372-389.

¹⁰ La deficiente redacción de la versión en español de esta norma en el texto del Acuerdo publicado en el DO no debe llevar a confusión sobre el particular.

¹¹ Vid. M. Bosshard, "L'entrata in vigore del pacchetto sul brevetto unitario: il regime transitorio e la dichiarazione di opt out", C. Honorati (ed.), *Luci e ombre ...*, op. cit., pp. 203-230.

¹² Vid. M. Scuffi, "Il Tribunale unificato dei brevetti: evoluzione storica, ordinamento e regole Procedimentali", C. Honorati (ed.), *Luci e ombre ...*, op. cit., pp. 73-100.

tes. Además, parte del contenido del ATUP es la regulación del reparto interno de competencias entre las divisiones del TUP. Por el contrario, el Acuerdo no regula la competencia judicial internacional del TUP¹³. La ausencia de normas sobre el particular en el TUP se vincula con la circunstancia de que la competencia judicial internacional en las materias sobre las que puede conocer el TUP había sido ya objeto de regulación en el seno de la UE, en concreto en el RB I, al tiempo que la UE había concluido ya un convenio internacional paralelo con alguno terceros Estados, mediante la celebración del Convenio de Lugano¹⁴.

En este sentido, se desprende del art. 71 RB I que en relación con las materias comprendidas en su ámbito de aplicación, los Estados miembros del Reglamento han quedado privados de la competencia para concluir convenios internacionales que, en materias particulares, regulen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones¹⁵. Por ello, en relación con la competencia judicial internacional del Tribunal, el ATUP se limita a establecer en su art. 31 que la misma se establecerá de conformidad con el RB I *bis* o, cuando proceda, basándose en el Convenio de Lugano. El ATUP asumió que la aplicación del RB I *bis* por parte del TUP debía ir unida a una modificación del Reglamento que asegurara su coordinación con el ATUP. Precisamente ese el objetivo básico que persigue el nuevo Reglamento (UE) n° 542/2014.

III. Contenido del Reglamento (UE) n° 542/2014 que modifica el RB I *bis*

5. La adopción el 6 mayo 2014 Reglamento (UE) n° 542/2014 fue la culminación del proceso de reforma puesto en marcha con la Propuesta de la Comisión de 26 julio 2013. Otros hitos destacados en el procedimiento legislativo fueron la aprobación el 6 diciembre 2013 “en tiempo record”¹⁶ de la posición del Consejo en la reunión del Consejo de Justicia e Interior¹⁷, que introdujo modificaciones significativas en la Propuesta de la Comisión europea. Así como la votación el 6

¹³ El Reglamento de procedimiento del TUP que debe ser adoptado por el Comité administrativo (art. 41 ATUP) resulta de gran importancia práctica en relación con la tramitación de los procedimientos, pero resulta claro que no puede establecer reglas de competencia judicial internacional; *vid.* “Preliminary Set of Provisions for the Rules of Procedure (“Rules”) of the Unified Patent Court”, 16th Draft of 31 January 2014, <<http://www.unified-patent-court.org/news/72-revised-16th-draft-of-the-rules-of-procedure>>. See Marina Tavassi, “Le Rules of Procedure e i rapporti tra Tribunale unificato e giudice nazionale”, en Costanza Honorati (ed.), *Luci e ombre ...*, *op. cit.*, pp. 183–202.

¹⁴ DO 2007 L 339, p. 3. *Vid.* K. Grabinski, “Zur Bedeutung des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens (Brüsseler Übereinkommens) und des Lugano-Übereinkommens in Rechtsstreitigkeiten über Patentverletzungen”, *GRUR Int*, vol. 50, 2001, pp. 199–211.

¹⁵ Dictamen TJCE 1/03, de 7 febrero 2006.

¹⁶ European Commission – MEMO/13/1109, 06/12/2013.

¹⁷ Council of the European Union, 16982/13 ADD 1, JUSTCIV 290 PI 176 CODEC 2754, of 29 November 2013.

febrero 2014 en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo a favor del texto de compromiso acordado con la Comisión y el Consejo, teniendo lugar la aprobación en sesión plenaria el 15 abril 2014. Aunque la adopción formal del Reglamento por el Consejo estaba prevista para junio¹⁸, fue adoptado el 6 mayo 2014 en la reunión del Consejo de Asuntos Económicos y Financieros¹⁹.

Como se detallaba ya en la Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión, el Reglamento (UE) n° 542/2014 aborda una serie de cuestiones con las que pretende garantizar la aplicación “conjunta y coherente” del RB I *bis* y del ATUP (y de un Protocolo de 2012 relativo al Tribunal de Justicia del Benelux, que es un órgano judicial común a los tres países del Benelux que, según parece, asegura la aplicación uniforme de ciertas reglas comunes a esos países básicamente respecto a marcas, modelos y dibujos o diseños, pero que queda al margen del presente trabajo). En particular, en virtud del nuevo Reglamento se introducen cuatro nuevos artículos en el RB I *bis*, en concreto los arts. 71 *bis*, 71 *ter*, 71 *quater* y 71 *quinquies*.

6. El art. 71 *bis* clarifica en el texto del RB I *bis* que a sus efectos el TUP es un órgano jurisdiccional de un Estado miembro. La justificación de revisar el RB I *bis* para establecer de manera expresa que el TUP es un tribunal de un Estado miembro se vincula con la circunstancia de que, como consecuencia de la estructura del TUP y de las reglas sobre el reparto interno de competencias entre sus divisiones, puede ocurrir que una persona sea demandada ante una división del TUP situada en un Estado distinto de aquel cuyos tribunales serían competentes conforme al RB I *bis*. Aunque España se mantenga al margen del ATUP, esta circunstancia puede afectar a las personas domiciliadas en España cuando sean demandadas ante el TUP, por ejemplo con base en el art. 7.2° RB I *bis*, si la división del TUP que conoce de la demanda se encuentra en un Estado contratante del ATUP distinto del Estado (también parte del ATUP) en “donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”.

Una modificación en ese sentido se considera necesaria, en los términos del considerando cuarto del Reglamento (UE) n° 504/2012 “a fin de ofrecer garantías de seguridad jurídica y previsibilidad a las personas que puedan ser demandadas ante” el TUP “en un lugar situado en un Estado miembro que no sea el que determinen las normas del Reglamento n° 1215/2012” (RB I *bis*). Ahora bien, como recoge el art. 31 ATUP, la competencia del TUP puede establecerse con base en el RB I *bis* o, cuando proceda (típicamente, cuando el domicilio del demandado se encuentre en Suiza, Noruega o Islandia) con base en el Convenio

¹⁸ European Commission – MEMO/14/308, 15/04/2014.

¹⁹ Council of the European Union – 9356/14 PRESSE 251, 06/05/2014.

de Lugano. Surge entonces la duda de si el TUP debería ponerse en funcionamiento antes de que se adopten las medidas necesarias para su eventual coordinación con el Convenio de Lugano.

En ausencia de una previsión en el Convenio de Lugano similar a la introducida ahora en el RB I *bis* con respecto a la consideración del TUP como tribunal de un Estado miembro, cabe entender que la posibilidad de que un demandado (típicamente domiciliado en Suiza, Noruega o Islandia) deba comparecer ante una división del TUP situada en un Estado miembro del ATUP (y del Convenio de Lugano) que no sea el designado, por ejemplo, por el art. 5.3º del Convenio de Lugano menoscabaría la “seguridad jurídica y previsibilidad” del demandado, a las que alude el citado considerando cuarto, en la medida en que se vería forzado con base en el Convenio de Lugano a litigar (ante el TUP) en un Estado distinto de aquel cuyos tribunales designa como competentes el Convenio de Lugano. Aunque, a diferencia del RB I *bis*, el art. 67 del Convenio de Lugano prevé que los convenios aplicables a los Estados contratantes que regulan la competencia judicial (internacional) y el reconocimiento y ejecución de resoluciones pueden prevalecer sobre el Convenio de Lugano, cabe sostener que el ATUP no tiene ese carácter. Además, no puede tenerlo, habida cuenta de que los Estados de la UE carecen de competencia para celebrar convenios sobre competencia judicial y reconocimiento en esa materia, al tener la UE competencia exclusiva externa.

7. El TUP sustituye a los tribunales nacionales de los Estados miembros contratantes del ATUP, pero el RB I *bis* no contempla reglas de competencia con respecto a los demandados no domiciliados en un Estado miembro, en la medida en que conforme a su art. 6 se remite a las legislaciones de los Estados miembros. El nuevo art. 71 *bis* RB I *bis* establece cuál es el régimen de competencia judicial internacional respecto de los demandados no domiciliados en un Estado miembro aplicable al TUP.

El considerando 5 del Preámbulo del Reglamento (UE) nº 542/2014 destaca que las modificaciones que en materia de competencia del TUP introduce en el RB I *bis* están destinadas únicamente a establecer la competencia judicial internacional del dicho Tribunal, aclarando que sus disposiciones no afectan al reparto interno de procedimientos entre las divisiones del Tribunal, ni a las disposiciones del ATUP relativas al reparto de competencias con los tribunales de los Estados miembros contratantes durante el período transitorio que fija el Acuerdo. Por ejemplo, el art. 33 del ATUP la competencia de las divisiones del Tribunal de Primera Instancia. Si bien la coordinación entre las reglas de competencia judicial internacional y las relativas a la distribución de competencia entre las

divisiones del TUP pueden plantear importantes dificultades prácticas²⁰, es claro que el reparto interno de competencias queda al margen del alcance del RB I *bis* y en consecuencia no es objeto del Reglamento (UE) n° 542/2014.

8. Por su parte, el nuevo art. 71 *quater* aborda la aplicación de las reglas sobre litispendencia y conexidad del RB I *bis*. El art. 71 *quater* se limita a establecer que los arts. 29 a 32 RB I *bis* se aplicarán cuando se ejerciten acciones ante el TUP y ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no sea parte en el ATUP (o ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que sea parte en el ATUP durante el periodo transitorio). Por consiguiente, la modificación no implica una revisión del contenido de las reglas sobre litispendencia y conexidad del Reglamento sino que básicamente pretende extender su ámbito de aplicación para aclarar que abarca los procesos tramitados por el TUP²¹.

Resulta claro que el art. 71 *quater* no pretende regular situaciones próximas que pueden surgir en el seno del propio Tribunal, como, por ejemplo, puede ser el caso cuando entre las mismas partes se ejerciten acciones ante diferentes divisiones del Tribunal de Primera Instancia. Será conforme a la normativa reguladora del TUP, como el art. 33.2° ATUP, como habrá que dar respuesta a esas situaciones.

El Reglamento (UE) n° 542/2014 no hace referencia a la coordinación entre los procedimientos que se tramitan en el TUP y los iniciados en Estados no miembros del RB I *bis*. En lo relativo a la litispendencia y conexidad con procedimientos pendientes ante tribunales de terceros Estados, los arts. 33 y 34 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 han introducido mecanismos flexibles que hacen posible la coordinación entre procedimientos, previamente no previstos en el RB I. En virtud de estas normas, un tribunal de un Estado miembro podrá suspender el procedimiento si cabe esperar que el procedimiento pendiente previamente ante un órgano jurisdiccional de un tercer Estado con el mismo objeto, la misma causa y las mismas partes, cabe esperar que dé lugar a una resolución susceptible de ser reconocida en el Estado miembro en cuestión. En la medida en que el TUP se considera, conforme al nuevo art. 71 *bis*, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro a los efectos del RB I *bis*, sus arts. 33 y 34 pueden resultar de aplicación en situaciones en las que la competencia del TUP se base en los arts. 4, 7 o 8 del Reglamento.

9. Por último, el nuevo art. 71 *quinquies* RB I *bis* establece ciertas normas relativas a la coordinación del régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones del RB I con el ATUP.

²⁰ M. Desantes Real, “Le ‘paquet européen des brevets’...”, *loc. cit.*, p. 663.

²¹ P.A. De Miguel Asensio, “The Unified...”, *loc. cit.*, pp. 165–167.

Como valoración de conjunto del alcance de las modificaciones que el Reglamento 542/2014 introduce en el RB I *bis*, cabe señalar que, desde la perspectiva global del Reglamento es muy limitado, pues se reducen a las cuestiones señaladas en relación con la eventual puesta en marcha del TUP, de modo que básicamente sólo afectan a ciertos litigios sobre patentes y protecciones afines sometidos al TUP. Por lo tanto, la circunstancia de que el nuevo Reglamento amplía el alcance y completa las normas de competencia contenidas en el RB I *bis* con ciertas reglas de aplicables a los demandados domiciliados en terceros Estados, debe entenderse en el contexto de ese alcance tan limitado, y no afecta a que, con carácter general, en virtud del art. 6 RB I *bis*, si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial continuará rigiéndose en cada Estado miembro por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de las excepciones a las que hace referencia el propio art. 6. El resultado alcanzado a este respecto en el Reglamento 1215/2012 puede ser considerado insuficiente, y refleja el fracaso de las instituciones de la UE para unificar las normas de competencia judicial internacional aplicables a las situaciones en las que el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro. El nuevo Reglamento 542/2014 sólo altera esa situación en relación con los litigios sobre patentes y protecciones afines sometidos al TUP.

10. Desde la perspectiva de la tutela transfronteriza en materia de patentes, el ATUP plantea otras cuestiones que no son abordadas en el Reglamento 542/2014. Así, puede resultar paradójico que la puesta en marcha del TUP pueda resultar en cierta medida un elemento adicional de fragmentación de la litigación transfronteriza en materia de patentes²², habida cuenta de que el fundamento mismo de la existencia del TUP es hacer posible la concentración de tales litigios ante un único tribunal, superando la situación actualmente existente.

Ahora bien, en la medida en que el TUP se crea específicamente para “para la resolución de los litigios relativos a las patentes europeas y a las patentes europeas con efecto unitario” (art. 1 ATUP), se plantea la cuestión del tratamiento de las situaciones en las que los tribunales de un Estado contratante del TUP son competentes con base en el RB I *bis* –por ejemplo en virtud del criterio de competencia general basado en el domicilio del demandado– para conocer de acciones relativas no sólo a la infracción por el demandado de patentes europeas sino

²² Desde una perspectiva muy diferente, en relación con la fragmentación de la jurisprudencia como una de las dificultades que suscita la patente unitaria, puede verse Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law (R.M. Hilty, T. Jaeger, M.s Lamping y H. Ullrich), “The Unitary Patent Package: Twelve Reasons for Concern” (October 17, 2012), <http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/MPI-IP_Twelve-Reasons_2012-10-17_final3.pdf>.

también a la infracción de patentes de Estados no europeos²³, que quedan fuera del ámbito propio del TUP. Los tribunales nacionales de los Estados miembros contratantes del TUP continuarán siendo competentes con respecto a las acciones no relativas a patentes europeas, en la medida en que tal competencia les sea atribuida por el RB I *bis*, el Convenio de Lugano o las reglas nacionales de competencia en virtud de lo dispuesto en el RB I *bis*. Además, esos tribunales nacionales seguirán siendo competentes para aquellas acciones relativas a patentes que no sean de competencia exclusiva del Tribunal (art. 32.2º ATUP).

IV. La competencia judicial internacional tras el Reglamento (UE) nº 542/2014

1. Extensión de las reglas de competencia a los demandados no domiciliados en un Estado miembro

11. Punto de partida de la regulación de la competencia judicial internacional del TUP es lo dispuesto en el apartado 1 del nuevo art. 71 *ter* RB I *bis*, que establece que el TUP será competente cuando en virtud del RB I *bis* los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que sea parte en el ATUP hubieran sido competentes en una materia regulada por dicho Acuerdo. Se trata de un enfoque acorde con la previsión del art. 31 ATUP, según el cual la competencia del TUP se establecerá de acuerdo con el RB I *bis*, así como con la circunstancia de que el TUP es considerado como un tribunal de un Estado miembro (nuevo art. 71 *bis* RB I *bis*).

Los criterios de competencia previstos en el RB I *bis*²⁴, como la competencia exclusiva establecida en su art. 24.4º, la competencia fundada en el acuerdo entre las partes (arts. 25 y 26), la competencia general basada en el domicilio del demandado (art. 4), así como las competencias especiales previstas en los 7 y 8 resultan aplicables en relación con el TUP. En la práctica, el alcance de la competencia exclusiva del art. 24.4º RB I *bis* (art. 22.2º Convenio de Lugano), que opera independientemente de que la cuestión se haya suscitado por vía de

²³ Vid. D. Moura Vicente, “La propriété intellectuelle en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 335, 2008, pp. 105–503, pp. 384–389; M. Schauwecker, *Extraterritoriale Patentverletzungsjurisdiktion: Die internationale Zuständigkeit der Gerichte außerhalb des Patenterteilungsstaates für Verletzungsverfahren*, Colonia, Heymanns, 2009; M. Trimble, *Global Patents (Limits of Transnational Enforcement)*, Oxford, OUP, 2012, esp. pp. 46–47; y B. Ubertazzi, *Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012.

²⁴ Vid. J.J. Fawcett y P. Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, 2ª ed., Oxford, OUP, esp. pp. 143–192 y pp. 341–393; para un estudio previo acerca de la aplicación del Convenio de Bruselas a litigios en materia de patentes, vid. P. Véron, “Thirty Years of Experience with the Brussels Convention in Patent Infringement Litigation”, *J. Pat. & Trademark Off. Soc’y*, vol. 84, 2002, pp. 431–455.

acción o por vía de excepción, puede obstaculizar con frecuencia el que TUP conozca de litigios relativos a la infracción en el territorio de Estados miembros del Reglamento o del Convenio que no sean partes contratantes del ATUP.

12. Los aps. 2 y 3 del nuevo art. 71 *ter* RB I *bis* modifican el RB I *bis* en relación con la competencia del TUP para conocer respecto de demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro del Reglamento. Debido a su peculiar ámbito de aplicación, estas reglas de competencia no resultan aplicables con respecto a los demandados domiciliados en un Estado miembro de la UE, incluso si se trata de un Estado no contratante del ATUP, ni en Islandia, Noruega o Suiza, en la medida en que resulten aplicables las reglas de competencia del Convenio de Lugano.

El nuevo art. 71 *ter*, ap. 2 extiende el alcance de las reglas de competencia del RB I *bis*, de modo que resultan de aplicación por parte del TUP también cuando el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro. En concreto, establece que cuando el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro, y el Reglamento no confiera de otro modo competencia respecto de él —como, por ejemplo, puede suceder si la competencia se basa en el fuero exclusivo en materia de inscripciones o validez de patentes del art. 24.4º o si se basa en la norma sobre prórroga de jurisdicción del art. 25—, se aplicará el capítulo II, según proceda, con independencia del domicilio del demandado. Como es conocido el capítulo II del RB I *bis* establece el conjunto de sus reglas de competencia judicial internacional, incluidas, por ejemplo, las competencias especiales de los arts. 7 y 8, así como las normas sobre sumisión tácita del art. 26.

Como complemento de lo anterior, el nuevo art. 71 *ter* ap. 2 se refiere en su segundo párrafo a la posibilidad de que el TUP adopte medidas provisionales incluso si los tribunales de un tercer Estado son competentes para conocer del fondo del asunto. Esta norma viene a aclarar que ante el TUP el criterio establecido en el art. 35 RB I *bis* respecto de la posibilidad de adoptar medidas provisionales resulta de aplicación también respecto de demandados no domiciliados en un Estado miembro.

2. La regla sobre competencia subsidiaria en la Propuesta de Reglamento

13. Merece especial atención la inclusión en el apartado tercero del nuevo art. 71 *ter* RB I *bis* de una regla de competencia subsidiaria que permite que el TUP conozca de ciertos litigios por vulneración de patente con base en la presencia de bienes propiedad del demandado en un Estado miembro contratante del ATUP. Se trata de una disposición cuyo contenido ha evolucionado de manera signifi-

cativo a lo largo del procedimiento legislativo de aprobación del Reglamento 542/2014. Para valorar el fundamento de esta regla de competencia, así como la evolución de la misma durante la tramitación de la reforma, resulta obligado hacer referencia al contenido de la propuesta inicial de la Comisión.

14. De acuerdo con el texto del apartado tercero del art. 71 *ter* en la Propuesta de la Comisión una persona no domiciliada en un Estado miembro del Reglamento cuando ningún tribunal de un Estado miembro fuera competente en virtud del Reglamento podría ser demanda ante el TUP si: “a) el demandado posee bienes ubicados en un Estado miembro que sea parte en el acuerdo por el que se crea el órgano jurisdiccional común; b) el valor del bien no es insignificante en comparación con la cuantía de la demanda; c) el litigio guarda un vínculo suficiente con cualquier Estado miembro que sea parte en el acuerdo por el que se crea el órgano jurisdiccional común.

Los motivos proporcionados por la Comisión para la inserción de esta regla de competencia subsidiaria en el Reglamento fueron los siguientes:

“La propuesta dispone que se puede actuar contra un demandado con domicilio en un tercer país en el lugar en que estén sitos sus bienes muebles, siempre que su valor no sea insignificante en relación con la cuantía de la demanda, y que el litigio tenga una vinculación suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se somete el asunto. El foro del territorio en que estén sitos los bienes equilibra la ausencia del demandado en la Unión. Esta norma existe en un número importante de Estados miembros y tiene la ventaja de garantizar que una resolución pueda ejecutarse en el Estado en que se dictó. Es una norma que encaja mejor en la filosofía general del RB I (refundición) que otras normas de competencia subsidiaria como las establecidas en los mencionados Reglamentos sobre la marca y sobre los dibujos (*sic*), que permiten que se ejerciten acciones contra los demandados de terceros Estados ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio tenga su domicilio el demandante (*forum actoris*). Un foro basado en los bienes podría asegurar la competencia del Tribunal Unificado de Patentes y el Tribunal de Justicia del Benelux en casos en los que las normas de competencia ampliadas del Reglamento no permitirían atribuir la competencia o en que dicha competencia podría ser inadecuada. Por ejemplo, con respecto al Tribunal Unificado de Patentes, la competencia basada en los bienes aseguraría que el Tribunal sería competente con respecto a un demandado de nacionalidad turca que violase una patente europea que abarcase varios Estados miembros y Turquía”²⁵.

Se trata de una justificación que presenta algunos elementos discutibles. En concreto, parece resultar inapropiado el paralelismo que establece la Comisión entre esta nueva norma de competencia judicial internacional del art. 71 *ter* ap. 3 propuesto y las reglas establecidas en el Reglamento sobre la marca comunitaria (RMC)²⁶ y el Reglamento sobre los diseños comunitarios (RDC)²⁷, que

²⁵ COM(2013) 554 final, pp. 6–7.

²⁶ Reglamento (CE) n.º 207/2009 de 26 febrero 2009 sobre la marca comunitaria, DO 2009 L 78 p. 1.

²⁷ Reglamento (CE) n.º 6/2002, sobre el diseño comunitario, DO 2002 L 3 p. 1.

permiten que se ejerciten acciones contra los demandados de terceros Estados ante –entre otros– los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio tenga su domicilio el demandante. La equiparación parece inapropiada habida cuenta de las funciones parcialmente diversas que esas reglas desempeñan.

15. Es cierto que las reglas de competencia establecidas en esos Reglamentos atribuyen competencia a los tribunales del Estado miembro en el que el demandante tenga su domicilio²⁸, pero la regla prevista en el art. 71 *ter* ap. 3 de la Propuesta de la Comisión ahora reseñada determinaría el alcance de la competencia del TUP en situaciones que no presentarían una vinculación semejante con los Estados miembros del ATUP. A diferencia de esa propuesta, las disposiciones del RMC y del RDC determinan los tribunales de qué concreto Estado miembro del Reglamento en cuestión tienen competencia para conocer de litigios que presentan ya una vinculación con la UE (distinta del domicilio del demandante) que resulta determinante de que los tribunales de algún Estado miembro deban tener competencia.

Así, en concreto, el art. 97.2º RMC establece que si el demandado no está domiciliado ni establecido en un Estado miembro, ciertos procedimientos se llevarán ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio tenga su domicilio o establecimiento el demandante. Al valorar el alcance de esta norma (y de su pretendido *forum actoris*) debe tenerse en cuenta que los procedimientos a los que se refiere son los resultantes de las acciones y demandas contempladas en el art. 96 RMC; es decir, básicamente, litigios relativos a la violación, caducidad o nulidad de marcas comunitarias. Precisamente, en la medida en que se trata de procedimientos relativos a la violación, caducidad o nulidad de marcas comunitarias, no resulta controvertido que los tribunales de algún Estado miembro ha de tener competencia judicial internacional para conocer de los mismo, de modo que la función del art. 97.2º RMC es básicamente distribuir la competencia entre los tribunales de los Estados miembros²⁹.

Por el contrario, un fuero adicional como el contemplado en la Propuesta de la Comisión resultaría determinante del alcance de la competencia judicial internacional del TUP en relación con la violación por demandados domiciliados en terceros Estados de patentes europeas fuera del territorio de la UE. Que este era un objetivo de la Propuesta resulta con claridad de la justificación dada por la Comisión para la nueva regla, en la que se mencionaba expresamente que la competencia basada en la presencia de bienes del demandado en un Estado miembro aseguraría que el TUP “sería competente con respecto a un demandado

²⁸ J.J. Fawcett y P. Torremans, *Intellectual...*, *op. cit.*, pp. 412–417.

²⁹ Una conclusión similar se impone con respecto al art. 82 RDC.

de nacionalidad turca que violase una patente europea que abarcase varios Estados miembros y Turquía³⁰. A este respecto, cabe ya poner de relieve que no resulta apropiado atribuir competencia judicial internacional al TUP en relación con la infracción de la patente en Turquía con respecto a un demandado domiciliado en Turquía (con respecto a la infracción en los Estados miembros del TUP, la competencia internacional del TUP se fundaría en el fuero especial en materia de obligaciones no contractuales –lugar del daño–).

3. *El nuevo art. 71 ter, ap. 3 del RB I bis*

16. El texto final del art. 71 *ter*, ap. 3 es el resultado de las modificaciones introducidas durante el procedimiento legislativo, con la participación del Consejo y del Parlamento³¹. En concreto, la regla de competencia supletoria experimentó entre la Propuesta del Comisión y el texto aprobado por el Consejo. La redacción final del art. 71 *ter*, ap. 3 contenida en el Reglamento 542/2014 es la siguiente:

“...cuando un órgano jurisdiccional común sea competente respecto de un demandado, con arreglo al punto 2, en un litigio por vulneración de una patente europea que ocasione perjuicios dentro de la Unión, dicho órgano jurisdiccional también podrá ser competente en relación con los perjuicios que dicha vulneración haya ocasionado fuera de la Unión.

Dicha competencia judicial solo podrá establecerse cuando los bienes propiedad del demandado estén situados en cualquier Estado miembro que sea parte en el instrumento por el que se establece el órgano jurisdiccional común y el litigio guarde suficiente conexión con ese Estado miembro.”

En virtud de este texto, la competencia supletoria resultará de aplicación únicamente en situaciones en las que conforme a las reglas del capítulo II del RB I *bis* el TUP tenga competencia respecto a un demandado no domiciliado en un Estado miembro “en un litigio por vulneración de una patente europea que ocasione perjuicios dentro de la Unión” (cabe plantear que la referencia a la Unión debería entenderse como referida en el caso del TUP únicamente al territorio de los Estados miembros contratantes del ATUP). Además, la competencia supletoria se limita a añadir que el TUP “también podrá ser competente en relación con los perjuicios que dicha vulneración haya ocasionado fuera de la Unión”. Además, conforme al texto aprobado finalmente la competencia supletoria requiere que el litigio presente conexión suficiente con el Estado miembro en el que estén situados los bienes del demandado.

³⁰ COM(2013) 554 final, p. 7.

³¹ Para un análisis crítico de la Propuesta de la Comisión, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, “La Propuesta de modificación del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) para su adaptación al Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes”, *La Ley: Unión Europea*, nº 7, septiembre de 2013, p. 3–8.

17. En consecuencia, el texto adoptado finalmente es más restrictivo que el contenido en la propuesta de la Comisión. El cdo. nº 7 Reglamento 542/2014 insiste expresamente en la circunstancia de que la regla de competencia supletoria del nuevo art. 71 *ter* ap. 3 hace posible que el TUP conozca de ciertas controversias en que intervengan demandados de terceros Estados, por vulneración de una patente europea que ocasione perjuicios tanto dentro como fuera de la Unión. Pero además el considerando nº 7 proporciona indicaciones específicas acerca de los elementos que pueden ser relevantes para apreciar que se cumple el requisito de que un litigio presente una conexión suficiente con el Estado contratante del ATUP en el que se encuentran los bienes propiedad del demandado. En concreto, como ejemplos de tal conexión menciona que el demandante tenga en ese Estado su domicilio o que se disponga ahí de pruebas relativas al asunto.

Desde la perspectiva española, en la medida en que la nueva norma va referida a demandados no domiciliados en un Estado miembro del RB I *bis*, la regla de competencia del art. 71(b)(3) no resulta aplicable a los demandados domiciliados en España. Tampoco resulta de aplicación directa por los tribunales españoles, pues en tanto España se mantenga al margen del ATUP, respecto a los demandados no domiciliados en un Estado miembro de la UE ni del Convenio de Lugano los tribunales españoles deberán seguir aplicando la LOPJ para determinar su competencia judicial internacional en materia de patentes. Ahora bien, como se analizará más adelante, los tribunales españoles si tendrán que aplicar el régimen de reconocimiento y ejecución del RB I *bis* con respecto a la eficacia en España de las resoluciones adoptadas por el TUP con base en esa regla de competencia)

4. Valoración crítica de la competencia basada en la presencia de bienes del demandado

18. Aunque la evolución experimentada por el art. 71 *ter* ap. 3 a lo largo de su tramitación ha matizado el texto inicial, el resultado alcanzado resulta controvertido. Como ha quedado reseñado, esta nueva disposición introducida en el RB I *bis* está destinada a ser de aplicación con respecto a la competencia del TUP para conocer de litigios frente a demandados no domiciliados en un Estado miembro por vulneración de una patente europea que ocasione perjuicios dentro de la Unión y fuera de la Unión. La regla supletoria atribuye competencia al TUP para conocer de los perjuicios que la vulneración de la patente europea haya ocasionado fuera de la Unión.

La introducción de esta regla de competencia supletoria parece responder al objetivo de potenciar una de las principales ventajas que el TUP podría llegar a ofrecer para poder convertirse en una alternativa a los tribunales de EE UU co-

mo foro de litigación principal en materia de patentes³². Facilitar en especial a los titulares de patentes la posibilidad de obtener ante un único tribunal la tutela de sus derechos a nivel europeo con repercusión en un amplio mercado resulta clave a ese respecto. La regla adicional de competencia reseñada proporciona la posibilidad de ampliar el alcance de la tutela unitaria para abarcar la infracción de patentes europeas fuera de la Unión Europea respecto de demandados domiciliados en terceros Estados, sin necesidad de tener que acudir a los tribunales del Estado de la vulneración correspondiente.

19. Ciertamente, la regla de competencia subsidiaria parece destinada a complementar la competencia basada en el art. 7.2º RB I *bis*, que en materia delictual atribuye competencia a los tribunales del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. A la luz de la interpretación por parte del Tribunal de Justicia del art. 5.3º RB I (equivalente del art. 7.2º RB I *bis*), la expresión “lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso” debe entenderse referida tanto al lugar donde se ha producido el daño como al lugar del hecho causal que lo originó, de modo que el demandante puede ejercitar la acción, a su elección, ante los tribunales de cualquiera de esos dos lugares³³. Con respecto a la aplicación de estos dos criterios de conexión, el Tribunal ha mantenido que, en contraste con el limitado alcance de la competencia de los tribunales del lugar de manifestación del daño que se restringe a los daños causados en el foro³⁴, los tribunales del lugar del hecho que lo originó tienen competencia para reparar la totalidad de los daños causados³⁵.

Por consiguiente, si el lugar donde se localiza el hecho generador de la vulneración de la patente europea que ocasiona perjuicios fuera de la Unión se encuentra en un Estado miembro contratante del ATUP, cabe entender que el TUP tendría competencia para conocer de la totalidad de los daños causados (incluso en Estados europeos no pertenecientes a la UE) con base en el art. 7.2º RB I *bis*, sin necesidad de una regla adicional de competencia. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la posibilidad de disociación entre el lugar donde se produce el

³² Para un análisis crítico del sistema del TUP destacando sus diferencias con el modelo federal de EE UU, *vid.* D. Xenos, “The European Unified Patent Court: Assessment and Implications of the Federalisation of the Patent System in Europe”, (2013) 10:2 *SCRIPTed*, <<http://script-ed.org/wp-content/uploads/2013/08/xenos.pdf>>, pp. 246, 277, at p. 275.

³³ STJ 16 mayo 2013, C-228/11, *Melzer*, ap. 25; STJ 19 abril 2012, C-523/10, *Wintersteiger*, ap. 19; STJ 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ap. 26; y STJ 5 junio 2014, C-360/12, *Coty*, ap. 46.

³⁴ STJ 19 abril 2012, C-523/10, *Wintersteiger*, ap. 25; y STJ 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ap. 37.

³⁵ STJ 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill*, ap. 33; STJ 25 octubre 2010, C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising y Martínez*, ap. 42; y acerca de la determinación del lugar del hecho causal que origina el daño, STJ 19 abril 2012, C-523/10, *Wintersteiger*, aps. 30 ss.

daño y el lugar del hecho causal que lo originó resulta excepcional en la práctica relativa a vulneraciones de patentes³⁶.

Las situaciones más habituales son aquellas en las que los hechos que originan la vulneración de una patente europea que ocasione perjuicios dentro de la Unión y fuera de la Unión se localicen diversos Estados, normalmente tantos como países en los que se vulnera la patente europea. A este respecto, en la medida en que lo que la nueva regla de competencia establezca la posibilidad de que el TUP conozca de los daños en Estados europeos que no sean parte de la UE como consecuencia de la infracción en esos países de una patente europea, debe destacarse que de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación deriva que típicamente que se tratará de infracciones independientes. Así, con respecto a los Estados parte del Convenio de Múnich³⁷ que no son Estados contratantes del ATUP, resulta de interés que el Tribunal de Justicia ha destacado que de los arts. 2, ap. 2, y 64, ap. 1, del Convenio de Múnich se desprende que una patente europea se rige por la normativa nacional de cada uno de los Estados contratantes para los que se ha concedido; así como que del art. 64, ap. 3 resulta que cualquier violación de patente europea debe examinarse a la luz de la normativa nacional de cada uno de los Estados para los que se ha concedido.³⁸ Aunque el texto del primer párrafo del art. 71 *ter* ap. 3 RB I *bis* se refiera a “dicha vulneración (de una patente europea)”, cabe considerar que un procedimiento relativo a la vulneración de una patente europea que ocasione perjuicios dentro de la Unión y fuera de la Unión irá propiamente referido a varias vulneraciones de la patente europea, en el sentido de vulneraciones en territorios diversos regidas por diferentes legislaciones. En tales circunstancias, la extensión de la competencia del TUP para permitirle conocer la vulneración de patentes europeas fuera del territorio de los Estados contratantes del ATUP sencillamente porque el demandado tenga bienes en un Estado miembro del ATUP, en situaciones en las que el TUP no resultaría competente con base en las reglas de competencia del Capítulo II del RB I *bis*, no parece justificado.

20. Esta postura se ve reforzada por la circunstancia de que el criterio de conexión que utiliza el nuevo art. 71 *ter* apartado tercero no parece adecuado en relación con litigios relativos a la vulneración de patentes. Aunque la redacción final de la norma es más restrictiva que la contenida en la propuesta de la Comisión, pues se exige que los bienes del demandado se encuentren en un Estado

³⁶ Vid. W. von Meibom y J. Pitz, “Cross-Border Injunctions in International Patent Infringement Proceedings”, *EIPR*, 1997, pp. 469–478, p. 470.

³⁷ Convenio sobre concesión de patentes europeas, de 5 octubre 1973 (BOE, 30-IX-1986).

³⁸ STJ 13 julio 2006, C-593/03, *Roche Nederland*, aps. 27 ss; vid. A. Kur, “A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions *GAT v LuK* and *Roche Nederland v. Primus and Goldenberg*”, *IIC*, 37 (2006), pp. 844–855.

parte del ATUP con el que el litigio presente una conexión suficiente, resulta que según el mencionado considerando quinto del Reglamento 542/2014 tal conexión se apreciará sencillamente porque el demandante esté domiciliado en ese país.

Tratándose de la infracción de una patente (aunque la protección tenga su origen en la concesión de una patente europea) en un Estado parte del Convenio de Múnich no miembro de la UE como consecuencia de actividades realizadas en ese Estado, atribuir competencia al TUP en tales circunstancias por la mera presencia en un Estado miembro del ATUP de bienes del demandado (unido a que ahí se encuentre el domicilio del demandante) no parece resultar normalmente apropiado.

21. Esa conclusión no resulta alterada por el hecho de que desde una perspectiva general un fuero basado en el lugar de existencia de bienes del demandado en el foro puede en ocasiones resultar apropiado. Por ejemplo, cabe entender que así lo es un fuero, como el establecido en el art. 22.3º LOPJ, que atribuye competencia a los tribunales españoles “en las acciones relativas a bienes muebles, si éstos se encuentran en territorio español al tiempo de la demanda”. De hecho, en la Propuesta de la Comisión de 14 diciembre 2010 de reforma del RB I³⁹, que finalmente dio lugar al Reglamento 1215/2012, se preveía la introducción de una regla en virtud de la cual en relación con los litigios relativos a los derechos reales o a la posesión de bienes muebles, se atribuía competencia al tribunal del lugar en que estuviere situado el bien. Esta norma no fue finalmente introducida en el RB I *bis*, lo que puede resultar criticable, pues el fuero especial previsto en la propuesta inicial buscaba superar lo que puede ser considerado una carencia del RB I, al no contemplar un fuero especial en esa materia, a diferencia del art. 22.3º LOPJ. Ahora bien, lo que podría tener sentido como fuero especial en los litigios relativos a bienes muebles no parece resultar apropiado como fuero de competencia judicial internacional en los litigios sobre patentes y protecciones afines sometidos al TUP. Además, en realidad el nuevo art. 71 *ter* apartado tercero se encuentra más próximo a la regla de competencia adicional prevista en la propuesta de la Comisión de 2010 en relación con demandados no domiciliados en un Estado miembro.

Por otra parte, es cierto que en varios Estados miembros hay reglas de competencia judicial internacional que atribuyen competencia con base en la existencia en el foro de bienes propiedad del demandado⁴⁰, incluso si el litigio no es relativo

³⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) COM(2010) 748 final, de 14 diciembre 2010.

⁴⁰ *Vid.*, v.gr., art. 23 Ley de enjuiciamiento civil de Alemania (*Zivilprozeßordnung*), *vid.* H. Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 5ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2010, p. 131–135.

a los bienes en cuestión. Además, aunque se trata de criterios de competencia que pueden resultar excesivos o exorbitantes –como refleja su inclusión en el Anexo I RB I–, cabe entender que con determinadas salvaguardias pueden llegar a resultar apropiados en ciertas situaciones; y de hecho, el art. 71 *ter* ap. 3 exige una cierta vinculación. Ahora bien, cuando la norma de competencia se pretende introducir en relación con litigios sobre patentes y protecciones afines (como los sometidos al TUP), la atribución de competencia judicial internacional en ese tipo de litigios con base en la existencia de bienes del demandado en el foro no parece justificada⁴¹.

Debe tenerse en cuenta que la regla supletoria sólo es de aplicación en situaciones en las que el TUP carezca de competencia con respecto a esa vulneración de la patente europea con base en las reglas de competencia del capítulo II del RB I *bis*, por lo que la acción ejercitada no debe ir referida a bienes muebles directamente relacionados con la vulneración de la patente. Típicamente la presencia de directamente relacionados con la infracción, como mercancías infractoras, resultará determinante para atribuir competencia con base en el art. 7.2º RB I *bis*. También conforme al capítulo II del Reglamento (y el párrafo segundo de su nuevo art. 71 *ter*, ap. 2) pueden adoptarse medidas provisionales para evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales de la jurisdicción correspondiente o sean retirados de los mismos⁴².

22. Atribuir competencia adicional al TUP para conocer de vulneraciones de patentes (europeas) en terceros Estados con base en la presencia de bienes del demandado en un Estado miembro contratante del ATUP resultará normalmente un criterio de competencia no sólo exorbitante sino también inapropiado. El carácter inadecuado de una regla de competencia de este tipo se ve confirmado a la luz del contenido de los diversos conjuntos de principios relativos a la competencia judicial internacional en litigios sobre propiedad intelectual elaborados en los últimos años, en particular, por el Grupo Europeo Max Planck sobre Derecho internacional privado de la propiedad intelectual (CLIP)⁴³ y el *American Law Institute*⁴⁴.

⁴¹ Aunque en otros Estados miembros de la UE la presencia en el foro de bienes propiedad del demandado puede ser un criterio tradicional de atribución de competencia en el Derecho nacional, no ha sido normalmente aplicado a litigios relativos a la infracción de derechos de propiedad intelectual, *vid.* J.J. Fawcett y P. Torremans, *Intellectual...*, *op. cit.*, p. 282.

⁴² C. Heinze, *Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Immaterialgüterrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008, pp. 188–260.

⁴³ Grupo Europeo Max Planck sobre Derecho internacional privado de la propiedad Intelectual (CLIP), Principios sobre Derecho internacional privado de la propiedad Intelectual, <http://www.cl-ip.eu/files/pdf2/Principios_CLIP.pdf>. Con notas y comentarios, *vid.* European Max-Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property (The CLIP Principles and Commentary)*, Oxford, OUP, 2013.

⁴⁴ The American Law Institute, *ALI Principles – Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, Chestnut, ALI, 2008.

En este sentido, los Principios CLIP no contemplan la presencia de bienes del demandado no relacionados con la controversia como un criterio para atributivo de competencia en litigios relativos a la infracción de derechos de propiedad intelectual (en sentido amplio)⁴⁵. Más explícito a este respecto resultan los Principios del ALI, como consecuencia de que en su sección 207 incluyen una lista de criterios de competencia que se consideran inapropiados (*“Insufficient Grounds for Jurisdiction over Transnational Disputes”*). Precisamente, el primer criterio de conexión que menciona como insuficiente es la presencia de bienes propiedad del demandado, excepto cuando el litigio se encuentra directamente relacionado con tales bienes. Un enfoque semejante han adoptado las propuestas de normas modelo sobre competencia judicial internacional en materia de propiedad intelectual elaboradas en otras regiones del mundo⁴⁶.

23. El carácter potencialmente exorbitante del criterio de competencia empleado en el nuevo art. 71 *ter*, ap. 3 del RB I *bis* se ve reafirmado por la circunstancia, ya reseñada, de que el considerando nº 7 del Reglamento (UE) nº 542/2014 considera suficiente para apreciar que el litigio presenta una conexión suficiente con el Estado en el que se localicen bienes propiedad del demandante el que en ese Estado el demandante tenga su domicilio. Cabe apreciar, además, que ese criterio de competencia resultará básicamente aplicable en situaciones en las que el Estado no miembro de la UE en el que la patente (también) se infringe (y posiblemente en el que el demandado tiene su domicilio) será un Estado contratante del Convenio de Múnich que presente una conexión particularmente estrecha con la controversia, referida la vulneración de una patente europea en su territorio.

En tales circunstancias, cabe entender que una resolución del TUP fundada en tal criterio de competencia típicamente no superará el estándar del control de la competencia judicial internacional el tribunal de origen en el marco de reconocimiento y ejecución de resoluciones⁴⁷, de modo que difícilmente podrá hacerse

⁴⁵ Vid. European Max-Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict...*, op. cit., pp. 56–195, con respecto a la interpretación de la Parte 2 de los Principios CLIP, relative a la competencia judicial internacional; C. Heinze, “A Framework for International Enforcement of Territorial Rights: The CLIP Principles on Jurisdiction”, J. Basedow, T. Kono y A. Metzger (eds.), *Intellectual Property in the Global Arena – Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2010, pp. 53–77; y A. Kur y B. Ubertazzi, “The ALI Principles and the CLIP Project: A Comparison”, S. Bariatti (ed.), *Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-Border: EU Regulations, ALI Principles, CLIP Project*, Pádua, Cedam, 2010, pp. 89–147.

⁴⁶ Vid. P. Jurčys, “International Jurisdiction in Intellectual Property Disputes”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 3, 2012, pp. 174–226, p. 177.

⁴⁷ Cf. P.A. De Miguel Asensio, “Recognition and Enforcement of Judgments in Intellectual Property Litigation: The CLIP Principles”, J. Basedow, T. Kono y A. Metzger (eds.), *Intellectual...*, op. cit., pp. 239–292, p. 274.

valer en terceros Estados. Sin embargo, precisamente la presencia de bienes del demandado en el foro y las reglas sobre reconocimiento y ejecución del RB I *bis* normalmente harán posible la ejecución de la resolución sin necesidad de tener que acudir al Estado europeo (no miembro de la UE) en el que (también) se ha vulnerado la patente europea y en el que puede encontrarse el domicilio del demandado. A este respecto, resulta relevante, que el considerando n° 7 Reglamento 542/2014 señale que al establecer su competencia, el TUP debe tener en cuenta el valor de los bienes propiedad del demandado, que debe ser tal que permita ejecutar la resolución judicial, por lo menos parcialmente, en los Estados miembros partes del ATUP.

V. Reconocimiento y ejecución de resoluciones

1. Alcance del Reglamento (UE) n° 542/2014

24. En materia de reconocimiento y ejecución, el Reglamento 542/2014 introduce un nuevo art. 71 *quinquies* en el RB I *bis*. Se trata de una norma en buena medida innecesaria, que clarifica que el RB I *bis* es aplicable al reconocimiento y ejecución de las resoluciones del TUP en los Estados miembros que no sean parte del ATUP, así como a las resoluciones de los tribunales de estos últimos que pretendan ser reconocidas y ejecutadas en un Estado miembro contratante del ATUP. Este último aspecto resulta una obviedad a la luz del ámbito de aplicación del RB I, al margen de la adopción del Reglamento 542/2014.

En línea con el alcance propio del RB I *bis*, no se contemplan normas relativas al reconocimiento y ejecución de resoluciones procedentes de terceros Estados. En lo que respecta a la situación creada entre los Estados miembros contratantes del ATUP, punto de partida obligado es el contenido del propio Acuerdo. Conforme al ap. 1 del art. 82 ATUP, las resoluciones y órdenes del TUP tendrán fuerza ejecutiva en todos los Estados miembros contratantes. En consecuencia, la eficacia de tales resoluciones en los Estados participantes en el TUP no se subordina a su previo reconocimiento y ejecución. Por el contrario, los mecanismos de ejecución no son objeto de unificación por el ATUP⁴⁸.

Conforme al art. 34 ATUP, relativo al alcance territorial de las resoluciones del TUP, éstas tendrán fuerza de cosa juzgada, en el caso de una patente europea, en el territorio de los Estados miembros contratantes en que tenga efecto la patente europea. De este modo, en los litigios relativos únicamente a patentes

⁴⁸ Vid. R. Baratta, “The Unified Patent Court – What is the ‘common’ trait about?”, C. Honorati (ed.), *Luci e ombre ...*, op. cit., pp. 101–117, p. 111.

europas con efecto unitario, tal alcance no debe comprender el territorio de los Estados miembros de la UE en los que la patente europea fue validada pero que no son parte del ATUP. En todo caso, como criterio general, el alcance territorial de una prohibición de seguir cometiendo actos de violación de una patente viene determinado por dos elementos: el alcance de la competencia judicial internacional del tribunal que conoce del asunto y el ámbito territorial del derecho infringido⁴⁹.

25. El apartado segundo del nuevo art. 71 *quinquies* RB I *bis*, incorpora una previsión según la cual, en caso de que se solicite el reconocimiento y la ejecución de una resolución del de un órgano jurisdiccional común (como es el caso del TUP) en un Estado miembro que es parte en el instrumento por el que se establece el órgano jurisdiccional común, las normas de dicho instrumento (como el ATUP) en materia de reconocimiento y ejecución se aplicarán en lugar de las del presente Reglamento.

Se trata de una disposición que en relación con el TUP no parece necesaria, habida cuenta de lo dispuesto en el reseñado art. 82.1º ATUP. En todo caso, esta disposición del art. 71 *quinquies* parece aceptar que en un acuerdo de ese tipo los Estados puedan establecer reglas de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materias reguladas por el RB I *bis*; no obstante tal posibilidad parece contraria a la competencia exclusiva externa de la Unión respecto de convenios que incluyan ese tipo de normas (y al propio art. 71 RB I *bis*).

2. Motivos de denegación del reconocimiento

26. El nuevo art. 71 *quinquies* RB I *bis* deja claro que el régimen de reconocimiento y ejecución de dicho Reglamento resulta aplicable a la eficacia de las resoluciones del TUP en los Estados miembros del Reglamento no contratantes del ATUP. En consecuencia, ese régimen resulta aplicable incluso si la resolución ha sido adoptada en el marco de un procedimiento en el que el TUP se hubiera declarado competente con base en la regla de competencia subsidiaria respecto de demandados no domiciliados en un Estado miembro.

Los posibles motivos de denegación del reconocimiento y ejecución se hallan establecidos en el art. 45 RB I *bis*, que no resulta modificado por el Reglamento 542/2014. Además, serán aplicables los motivos de denegación o de suspensión de la ejecución de la legislación del Estado requerido en la medida en que no sean incompatibles con los motivos del art. 45 (art. 41.2º RB I *bis*). A grandes rasgos, cabe señalar que los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución establecidos ahora en el art. 45 RB I *bis* coinciden con los previstos previamente en los arts. 34 y 35 RB I: orden público; control del derecho de defensa del

⁴⁹ STJ 12 abril 2011, C-235/09, *DHL Express*, ap. 33.

demandado que permaneció en rebeldía; inconciliabilidad entre resoluciones; y control limitado de la competencia del tribunal de origen⁵⁰.

La vertiente procesal del control del orden público permitirá en el marco del art. 45 RB I *bis* a los tribunales de los Estados miembros que no sean contratantes del ATUP controlar si las resoluciones del TUP y su procedimiento de adopción son respetuosos con las garantías procesales básicas⁵¹.

27. En el marco del art. 45 RB I *bis* sólo es posible el control de la competencia judicial internacional del tribunal de origen en supuestos muy limitados, como para controlar que la resolución no es contraria a las reglas sobre competencias exclusivas. A este respecto, cabe destacar que una resolución del TUP acerca de la invalidez de una patente europea no puede abarcar el territorio de un Estado miembro de la UE que no sea parte contratante del ATUP. Este criterio debe operar también como un límite al reconocimiento y ejecución de las resoluciones del TUP en el marco del RB I *bis*, pues el alcance de la competencia exclusiva conforme a su art. 24.4º se proyecta sobre la aplicación del art. 45. No debe olvidarse que conforme a esa disposición la competencia exclusiva en materia de inscripciones o validez de patentes se afirma independientemente de que la cuestión se haya suscitado por vía de acción o por vía de excepción.

El enfoque muy restrictivo en relación con el control de la competencia del tribunal de origen que inspira se vincula con la circunstancia de que el Reglamento unifica en los Estados miembros las reglas sobre competencia judicial internacional. Tal unificación no existe en principio con respecto a los demandados no domiciliados en un Estado miembro (art. 6 RB I *bis*). Las críticas formuladas en relación con la regla supletoria de competencia prevista en el ap. 3 del nuevo art. 71 *ter* para los demandados domiciliados en terceros Estados, que se basa en la presencia de bienes propiedad del demandado en un Estado miembro contratante del ATUP resultan de particular relevancia. El art. 45.1º.e) RB I no permite denegar el reconocimiento y ejecución por el hecho de que el criterio en que el TUP hubiera fundado su competencia pudiera ser considerado exorbitante.

3. Medidas de ejecución

28. Conforme al art. 82 ATUP, sin perjuicio de lo dispuesto en el Acuerdo, el procedimiento de ejecución de las resoluciones se rige por el Derecho del Estado miembro contratante en que tenga lugar la ejecución. Por otra parte, se exige que la ejecución se produzca en las mismas condiciones que la de una resolución dic-

⁵⁰ Vid. P.A. De Miguel Asensio, "Recognition...", *loc. cit.*, pp. 267 ss.

⁵¹ Vid. M. Bosshard, "L'entrata...", *loc. cit.*, p. 227.

tada en el Estado miembro de ejecución. Este régimen resulta coherente con la circunstancia de que como las resoluciones del ATUP son ejecutivas en todos los Estados miembros contratantes del ATUP, se incorporan en los respectivos ordenamientos jurídicos como si se tratara de resoluciones nacionales susceptibles de ejecución.

El art. 82.4º ATUP incorpora una disposición específica sobre medidas de ejecución. Si bien con carácter general opta por remitirse a la legislación nacional del Estado miembro de ejecución, la introducción de reglas sobre medidas de ejecución en el ATUP se corresponde con la circunstancia de que las mismas van referidas a la ejecución en sentido propio de las resoluciones, y no al reconocimiento y ejecución el que se ocupa el RB I *bis* y sobre el que los Estados miembros carecen de competencia para establecer reglas en convenios internacionales, por tratarse de una cuestión sobre la que la UE tiene competencia exclusiva externa.

29. Con respecto a las posibles medidas de ejecución, el art. 82.4º ATUP se refiere a una cuestión concreta, al disponer que si una parte incumple lo dispuesto en una orden del TUP, podrá ser sancionada con el pago de una multa coercitiva pagadera al Tribunal. Se trata de una medida de ejecución de gran importancia en algunos ordenamientos para asegurar la efectividad de los mandamientos judiciales de abstención o cesación de conductas, habituales en los litigios en materia de patentes. Acerca de la configuración de la multa, el Acuerdo se limita a prever que será proporcional a la importancia de la orden que deba ejecutarse y se entenderá sin perjuicio del derecho de la parte a reclamar indemnización por daños y perjuicios o una garantía.

En lo relativo al reconocimiento y ejecución de tales multas en Estados miembros del RB I *bis* que no sean contratantes del ATUP, resulta de interés la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En concreto, con respecto a la medida de ejecución similar establecida en el art. 890 de la Ley de enjuiciamiento civil de Alemania, el Tribunal de Justicia ha tenido ya ocasión de establecer que, pese a que se trata de medidas de ejecución que presentan significativos elementos de Derecho público y pueden resultar desconocidas en el Estado de ejecución, el RB I *bis* es aplicable con respecto al reconocimiento y ejecución de una multa coercitiva de esas características cuando se adopta con el fin de hacer cumplir una resolución judicial dictada en materia civil y mercantil⁵². En el marco del RB I lo determinante a tal fin es el objeto del litigio o la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes del mismo⁵³. De este modo, cuando el litigio tiene por objeto la

⁵² Vid. C. Honorati, "Il riconoscimento delle decisioni in materia di proprietà intellettuale", A. Giussani (ed.), *Il processo industriale*, Turín, G. Giappichelli Editore, 2012, pp. 481-523, esp. pp. 511-513.

⁵³ STJ 18 octubre 2011, as. C-406/09, *Realchemie Nederland*, ap. 42.

tutela de derechos de carácter privado, como es el caso de los litigios por infracción de patentes, se impone la inclusión de la resolución relativa a la cesación de los actos de infracción así como de las medidas de ejecución de tales mandamientos dentro de la categoría “materia civil y mercantil”, incluso si tales medidas tienen importantes elementos de Derecho público.

Por último, en relación con la eficacia de ese tipo de medidas de ejecución en situaciones transfronterizas, resulta también de interés que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que, como su disponibilidad y configuración pueden variar según las legislaciones nacionales, en los supuestos en los que en la legislación del Estado de ejecución no se prevean medidas coercitivas análogas a aquellas cuyo reconocimiento y ejecución se solicita, el tribunal requerido debe aplicar un criterio de equivalencia funcional, recurriendo a las disposiciones que en la legislación nacional aseguren el mismo objetivo⁵⁴. Como novedad frente al texto del Reglamento 44/2001, el art. 54 RB I *bis* también aborda esta cuestión en el mismo sentido, al establecer que si una resolución contiene una medida que no es conocida en el ordenamiento del Estado requerido, la medida se adaptará, en lo posible, a una medida conocida en dicho ordenamiento que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares. El art. 54.2º garantiza a las partes la posibilidad de impugnar la adaptación de la medida.

VII. Conclusión

30. El Reglamento 542/2014 extiende las reglas de competencia del RB I *bis* a demandados no domiciliados en un Estado miembro para las materias atribuidas al TUP, y complementa esas reglas estableciendo un fuero de competencia adicional para los litigios relativos a esa categoría de demandados. La nueva regla de competencia permite al TUP conocer de litigios relativos a demandados de terceros Estados por vulneración de una patente europea que ocasione perjuicios dentro de la Unión también en relación con los perjuicios que dicha vulneración haya ocasionado fuera de la Unión. La atribución de competencia adicional al TUP para conocer de vulneraciones de patentes (europeas) en terceros Estados con base en la presencia de bienes del demandado en un Estado miembro contratante del ATUP, en las circunstancias previstas en el Reglamento 542/2014 que modifica el RB I *bis*, resultará normalmente un criterio de competencia no sólo exorbitante sino también inapropiado, que puede menoscabar la posición de otros Estados europeos (en particular, aquellos en cuyo territorio un demandado ahí domiciliado infringe —además de en algún Estado miembro del ATUP— la patente europea). Se trata de una regla cuestionable, aunque su fundamento sea

⁵⁴ STJ 12 abril 2011, as. C-235/09, *DHL Express*, aps. 55–56.

facilitar la concentración ante un único tribunal de acciones que facilite la tutela de las patentes europeas en relación con el territorio una pluralidad de países, para promover la posición del TUP como foro atractivo para grandes litigios en materia de patentes.

Bibliografía

- Arenas García, R.: “Competencia judicial internacional y litigios en materia de patentes: Bruselas, LOPJ y Tribunal Unificado de Patentes, *liaisons dangereuses?*”, *Problemas actuales de Derecho de la propiedad industrial*, Cizur Menor, Civitas, 2013, pp. 123–176.
- Baratta, R.: “The Unified Patent Court – What is the ‘common’ trait about?”, C. Honorati (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale (The EU Patent Protection – Lights and Shades of the New System)*, Turín, G. Giappichelli, 2014, pp. 101–117, p. 111.
- Bosshard, M.: “L’entrata in vigore del pacchetto sul brevetto unitario: il regime transitorio e la dichiarazione di opt out”, C. Honorati (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale (The EU Patent Protection – Lights and Shades of the New System)*, Turín, G. Giappichelli Editore, 2014, pp. 203–230.
- Brandi-Dohrn, M.: “Some Critical Observations on Competence and Procedure of the Unified Patent Court”, *IIC*, vol. 43, 2012, pp. 372–389.
- De Miguel Asensio, P.A.: “La Propuesta de modificación del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) para su adaptación al Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes”, *La Ley: Unión Europea*, nº 7, septiembre de 2013, p. 3–8.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Recognition and Enforcement of Judgments in Intellectual Property Litigation: The CLIP Principles”, J. Basedow, T. Kono y A. Metzger (eds.), *Intellectual Property in the Global Arena – Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2010, pp. 239–292.
- De Miguel Asensio, P.A.: “The Unified Patent Court Agreement and the Amendment to the Brussels I Regulation (Recast)”, C. Honorati (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale (The EU Patent Protection – Lights and Shades of the New System)*, Turín, G. Giappichelli Editore, 2014, pp. 153–170.
- de Visscher, F.: “European Unified Patent Court: Another More Realistic and More Equitable Approach Should Be Examined”, *GRUR Int.*, 2012, 214–224.
- Desantes Real, M.: “Hacia un Tribunal unificado y un efecto unitario para las patentes europeas en casi todos los Estados miembros de la Unión Europea. Consecuencias de la autoexclusión de España”, *REDI*, vol. 49, 2013(2), pp. 51–70.
- Desantes Real, M.: “Le ‘paquet européen des brevets’, paradigme du chemin à rebours: de la logique institutionnelle à la logique intergouvernementale”, *Cahiers dr. eur.*, vol. 49, 2013, pp. 577–670, pp. 651–670.
- Fawcett J.J. y P. Torremans: *Intellectual Property and Private International Law*, 2ª ed., Oxford, OUP, esp. pp. 143–192 y pp. 341–393.
- Grabinski, K.: “Zur Bedeutung des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens (Brüsseler Übereinkommens) und des Lugano-Übereinkommens in Rechtsstreitigkeiten über Patentverletzungen”, *GRUR Int.*, vol. 50, 2001, pp. 199–211.
- Heinze, C.: “A Framework for International Enforcement of Territorial Rights: The CLIP Principles on Jurisdiction”, J. Basedow, T. Kono y A. Metzger (eds.), *Intellectual Property in the Global Arena*

- *Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2010, pp. 53–77.
- Heinze, C.: *Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Immaterialgüterrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008, pp. 188–260.
- Honorati, C.: *Il riconoscimento delle decisioni in materia di proprietà intellettuale*, A. Giussani (ed.), *Il processo industriale*, Turín, G. Giappichelli Editore, 2012, p. 481–523, pp. 511–513.
- Iglesias Buhigues, J.L.: “Derecho internacional privado, patente europea con efecto unitario y Tribunal Unificado de Patentes”, C. Pellisé (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 145–154.
- Jaeger, T.: “All Back to Square One? – An Assessment of the Latest Proposals for a Patent and Court for the Internal Market and Possible Alternatives”, *IIC*, vol. 43, 2012, pp. 286–308.
- Jurčys, P.: “International Jurisdiction in Intellectual Property Disputes”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 3, 2012, pp. 174–226, p. 177.
- Kur A. y B. Ubetazzi: “The ALI Principles and the CLIP Project: A Comparison”, S. Bariatti (ed.), *Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-border: EU Regulations, ALI Principles, CLIP Project*, Pádua, Cedam, 2010, pp. 89–147.
- Kur, A.: “A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions GAT v LuK and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg”, *IIC*, 37, 2006, p. 844–855.
- Moura Vicente, D.: “La propriété intellectuelle en droit international privé”, *Reueil des Cours*, vol. 335, 2008, p. 105–503.
- Schack, H.: *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 5ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2010, p. 131–135.
- Schauwecker, M.: *Extraterritoriale Patentverletzungsjurisdiktion: Die internationale Zuständigkeit der Gerichte außerhalb des Patenterteilungsstaates für Verletzungsverfahren*, Colonia, Heymanns, 2009.
- Scuffi, M.: “Il Tribunale unificato dei brevetti: evoluzione storica, ordinamento e regole Procedimentali”, C. Honorati (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale (The EU Patent Protection – Lights and Shades of the New System)*, Turín, G. Giappichelli, 2014, pp. 73–100.
- Trimble, M.: *Global Patents (Limits of Transnational Enforcement)*, Oxford, OUP, 2012, esp. pp. 46–47.
- Ubetazzi, B.: *Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012.
- Véron, P.: “Thirty Years of Experience with the Brussels Convention in Patent Infringement Litigation”, *J. Pat. & Trademark Off. Soc’y*, vol. 84, 2002, pp. 431–455.
- von Meibom, W. y J. Pitz: “Cross-Border Injunctions in International Patent Infringement Proceedings”, *EIPR*, 1997, pp. 469–478, p. 470.
- Xenos, D.: “The European Unified Patent Court: Assessment and Implications of the Federalisation of the Patent System in Europe”, (2013) 10:2 *SCRIPTed*, <<http://script-ed.org/wp-content/uploads/2013/08/xenos.pdf>>, pp. 246, 277, at p. 275.

RELACIÓN ENTRE EL ACUERDO SOBRE EL TRIBUNAL DE LA PATENTE UNIFICADA EUROPEA Y EL NUEVO REGLAMENTO DE BRUSELAS I SOBRE COMPETENCIA Y RECONOCIMIENTO

Johan ERAUW *

SUMARIO: I. En general. 1. Introducción. 2. Alcance territorial limitado. 3. Aplicación en el tiempo. 4. Ámbito de aplicación material. II. Los criterios de competencia material del nuevo Tribunal Unificado de Patentes. III. Relación del ATUP con el Reglamento de Bruselas I *bis* y con el Convenio de Lugano. 1. Literalmente vinculado a Bruselas I *bis* sólo en competencia judicial 2. Competencia del TPU sobre la base de normas existentes. 3. El domicilio del demandado: definiendo “domicilio o “residencia” 4. Cuando el domicilio del demandado está en un Estado miembro de la UE no parte en el ATUP. 5. Cuando el demandado está domiciliado fuera de la UE. 6. La competencia basada en el acuerdo de las partes frente a la competencia *in rem*. 7. Competencia exclusiva sobre asuntos relativos a derechos de propiedad intelectual y otras demandas relativas a la patente unitaria. 8. Fueros alternativos: contractuales y extracontractuales (infracción). 9. Criterios de competencia relativos a demandas reconventionales, codemandados, intervención de terceros y asuntos conexos y el principio de *lis alibi pendens*. 10. Reconocimiento o “efecto territorial” y ejecución transfronterizos. IV. Las partes y su representación: defensa legal. V. Novedades procesales del ATUP. VI. Consideraciones sobre la ley aplicable en el ATUP.

RESUMEN: El Acuerdo internacional para la creación de un Tribunal Unificado de Patentes (ATUP) fue firmado el 19 febrero 2013 por 25 Estados miembros de la UE. El Tribunal Unificado de Patentes (TPU) será competente para resolver disputas relativas a las futuras patentes unitarias y las “clásicas” patentes europeas actuales. En materia de competencia judicial internacional, el Acuerdo se remite al Reglamento 1215/2012, Bruselas I *bis*. El ATUP también ofrece un complejo conjunto de criterios de competencia del Tribunal, para el reparto entre las divisiones que lo integran, y regula la ejecución de las decisiones. En el verano de 2013 la Comisión Europea presentó una propuesta de reforma del Reglamento Bruselas I *bis* con el fin de que resulte efectiva antes de la aplicación del Reglamento 1215/2012. Esta reforma era necesaria al surgir dudas sobre la relación entre los Estados parte en el ATUP y España (u otros Estados miembros que puedan no sumarse al Acuerdo), especialmente en lo que concierne al reconocimiento y la ejecución de decisiones, sometida a la aplicación del Reglamento que ha de ser modificado.

* Professor. University of Ghent.

PALABRAS CLAVE: TRIBUNAL UNIFICADO DE PATENTES – PATENTES UNITARIA Y EUROPEAS – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y TERRITORIAL – RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN – DERECHO APLICABLE.

ABSTRACT: *The international Agreement on the Unified Patent Court (UPCA) was signed on 19 February 2013 by 25 EU member states. The Unified Patent Court (UPC) will be competent to handle disputes concerning both future unitary patents and current “classical” European patents. It refers for the contracting member states’ jurisdiction grounds to the Brussels–I bis Regulation 1215/2012. The AUPC also offers a complex set of “competence” criteria for the Court, dividing the internal competence among its divisions, and refers to the enforcement of decisions of the UPC. In the summer of 2013 the EU Commission made a proposal for EU Regulation amending the Brussels–I bis Regulation to become effective as a “recast” version not any later than when the 1215/2012 Regulation enters into force. This recasting was necessary, because indeed issues do arise over the relationship between Contracting states to the UPCA and Spain (or other member states that might not be joining the Agreement). Notably the issue of recognition and enforcement is covered by that regulation to amend.*

KEYWORDS: UNIFIED PATENT COURT – UNITARY AND EUROPEAN PATENTS – INTERNATIONAL AND TERRITORIAL JURISDICTION – RECOGNITION AND ENFORCEMENT – APPLICABLE LAW.

I. En general

1. Introducción

Algunos de nosotros hemos acumulado cierta experiencia en cuestiones relativas a la competencia judicial internacional en disputas sobre los derechos de propiedad intelectual (DPI) y su explotación. El Reglamento 44/2001 sobre competencia y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil¹ ha conllevado un duro proceso de aprendizaje. Ha sido necesario manejar la teoría de las acciones *in rem* en contraposición con las reclamaciones sobre la explotación o la infracción de los derechos, así como asimilar que la puesta en práctica del Reglamento ha permitido tretas y retrasos procesales que provocan frustración. Llegados a este punto, la lectura de las nuevas normas del Acuerdo sobre el Tribunal Unificado de Patentes (ATUP o “el acuerdo”) que obligará a un amplio número de Estados miembros de la UE, lleva a plantearse ciertas cuestiones.

El ATUP fue firmado el 19 febrero 2013 por 25 Estados Miembros de la Unión Europea (UE)². Este Tribunal será competente para resolver las disputas

¹ Reglamento del Consejo de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 12 de 16.01.2000, p. 1, y Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 351 de 20.12.2012, p. 1.

² *Vid.* en sitio web de la Comisión <http://www.unified-patent-court.org/#sthash.KY9SPxMD.dpuf>; y el de la Patente Unitaria en la web de la Oficina de la Patente Europea <http://www.epo.org/law-practice/unitary/unitary-patent.html>. La situación a mediados abril 2014 es que Austria y Francia han

relativas tanto a las futuras patentes unitarias como a las “clásicas” patentes europeas actuales. Leer el acuerdo requiere esfuerzo. No se trata de un acuerdo sobre competencia y reconocimiento y, para el establecimiento de la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros, se remite al Reglamento 1215/2012, “Bruselas I bis” (RB I bis). Pero el ATUP ofrece también un conjunto complejo de normas de “competencia” para su reparto interno entre las divisiones del Tribunal. El ATUP también se refiere a la ejecución de las decisiones del Tribunal. En el verano de 2013, la Comisión de la UE presentó una propuesta para modificar el Reglamento Bruselas I bis con el fin de contar con una versión reformada en el momento en que éste deviniera aplicable³. Esta reforma es necesaria porque, de hecho, surgen dificultades en torno a la relación entre los Estados parte en el ATUP y España (u otros Estados miembros que no se sumen al Acuerdo). Especialmente, el Reglamento debe modificarse para abordar el reconocimiento y la ejecución –nuevo art. 71 (d) RB I bis–.

La cuestión es si, hacia el final de 2015, la experiencia ayudará a entender y aplicar las nuevas normas del ATUP junto con las del RB I bis reformado. ¿Qué lecciones cabe encontrar en la comparación de lo antiguo con lo nuevo? y ¿cómo se puede encajar el juego de las dos fuentes normativas?.

De entrada, considero las numerosas normas del ATUP extremadamente difíciles: un nuevo sistema de tribunales, con competencias materiales específicas a las que se añaden competencias territoriales que difieren dependiendo de si los tribunales son centrales, regionales o locales. Las complejas competencias territoriales dependen *inter alia* de los distintos tipos de demandas. Además, el ATUP ofrece también las opciones requeridas y la libertad de elegir un tribunal competente. Será un auténtico reto para los abogados en ejercicio y resulta una pesadilla tratar de explicarlo de forma ordenada. Igualmente problemático resultará para los abogados que el Acuerdo no se aplique en todos los Estados miembros de la UE ni a todos los que son parte del Convenio de la Patente Europea (CPE); tampoco se aplicará a todas las patentes ni su puesta en práctica tendrá lugar de manera uniforme durante un largo período transitorio.

En este trabajo no pretendo abordar la estructura del TUP de la UE⁴ ni tampoco su ubicación, composición o los jueces que la integran. La entrada en vigor

ratificado, Bélgica está tramitando la ratificación. Dinamarca celebrará un referéndum el 26 mayo 2014. También lo harán Irlanda, Estonia, Latvia, Lithuania y Suecia organizarán un tribunal regional.

³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM (2013) 554 final. *Vid.* también la remisión al Parlamento Europeo con su discusión y adopción el 21 enero 2014, así como el debate en la sesión plenaria de 15 abril 2014, fecha en la que se escriben estas líneas.

⁴ Aunque integrada por distintas divisiones el TUP es un tribunal único con un único órgano de apelación que salvaguarda la interpretación uniforme de las normas aplicables (básicamente, el propio ATUP,

y aplicación temporal del ATUP se regula en el su art. 89⁵. En la quinta reunión del Comité Preparatorio del Tribunal, celebrada el 19 marzo 2014, se acordó que el TUP no estará operativo hasta, por lo menos, finales de 2015.

El compromiso idiomático sobre la aplicación de la patente unitaria fue, además de práctico, político y, habiendo sido muy discutido, es la razón de que España e Italia no se adhirieran al mismo. Sin minusvalorar su importancia⁶, la cuestión lingüística queda al margen de este trabajo salvo algunas indicaciones sobre la lengua del procedimiento ante el TUP.

2. Alcance territorial limitado

La aplicación en el espacio viene determinada, en primer lugar, por los Estados que participan en el Reglamento 1257/2012 de 17 diciembre 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente, sobre el que no voy a abundar. Por lo tanto, las disputas planteadas bajo el TPU no incluirán a España ni, quizás, a Croacia⁷. En estos países, como en Polonia y otros Estados miembros de la UE que no ratifiquen finalmente el ATUP, las nuevas normas del RB I bis modificado, serán, sin embargo, aplicables, dando lugar a distintas soluciones a las dificultades propias de los DPI que conocíamos, como ocurre con la nueva norma de litispendencia.

De forma semejante, este Acuerdo no nos vincula con Noruega, Suiza y Turquía, miembros del CPE, que tendrán que concluir acuerdos separados, seguramente mediante la firma de tratados internacionales, para entrar en el ATUP, por lo que se enfrentarán con las dificultades de intentar encajar en el sistema jurisdiccional “uniforme”. Abordaré más adelante la relación del ATUP con los regímenes de Bruselas y Lugano.

sus normas de procedimiento, el Derecho comunitario y el Convenio de la Patente Europea). El procedimiento que regirá la actuación de este tribunal está pendiente de aprobación a 15 abril 2014, manejándose la decimosexta versión de su texto.

⁵ Condicionado a la ratificación de 13 Estados miembros, entre las que habrán de estar los tres países más Fuertes en material de patentes, y a la entrada en vigor del Reglamento 1215/12 reformado.

⁶ Basta decir que un país como Bélgica, que aparentemente ha decidido no organizar un tribunal local ni crear un tribunal regional conjuntamente (con Holanda y Luxemburgo), deja a sus residentes en el momento de la ratificación sin la protección judicial que corresponde asegurar constitucionalmente con, cuando menos, dudas sobre el idioma sobre el lenguaje de los servicios jurídicos estatales a los que el país contribuye.

⁷ Italia no es parte de la patente unitaria aunque ha firmado el ATUP. Croacia es miembro de la Oficina de la Patente Europea y, desde que se integró en la UE, tiene la posibilidad de sumarse a la cooperación reforzada para la patente unitaria y firmar y ratificar en ATUP, si bien todavía no lo ha hecho. Polonia, por otra parte, ha participado renuentemente en la cooperación reforzada pero no ha firmado el ATUP.

3. Aplicación en el tiempo

Durante los primeros siete años de aplicación del ATUP, los Estados parte podrán optar por no utilizarlo (art. 83 ATUP) y, posiblemente, este plazo se prolongará otros siete años más.

En efecto, el art. 83.1º ATUP establece un régimen transitorio de siete años tras su entrada en vigor en el que los tribunales nacionales mantendrán sus competencias para las acciones de infracción o revocación. Además, durante este período el titular de una patente o de un certificado complementario de protección puede optar por excluir la competencia del TUP para someterse únicamente a los tribunales nacionales mediante la presentación una declaración a estos efectos en el registro oportuno⁸.

4. Ámbito de aplicación material

El TPU tiene competencia material sobre acciones de infracción o revocación relativas a todas las patentes con efecto unitario así como sobre las patentes europeas y las solicitudes de patentes pendientes en el momento de la entrada en vigor del ATUP que no tengan efecto unitario. Sin embargo, en el último caso, cabe excluirla.

Además de sobre patentes, el Tribunal tendrá competencia sobre los Certificados Complementarios de Protección (CCP) de medicamentos⁹ y de productos fitosanitarios¹⁰ —cuando la patente de estos productos está sujeta a la competencia del tribunal, no para las solicitudes de los CCP—. En este ámbito material operan las nuevas normas de competencia judicial a las que se suman la relativa a obligación de ejecutar y así como otras sobre la organización y funcionamiento del Tribunal.

⁸ Art. 83.3º ATUP. *Vid.* el art. 10 para el registro y sus sub-registros (sección 2). La declaración puede retirarse en tanto no se haya presentado demanda ante ningún tribunal (art. 83.4º ATUP). El Comité Preparatorio del TUP quiso evitar la incertidumbre sobre la ley que deberían aplicar los tribunales nacionales durante el período transitorio y ha manifestado que si se opta por sacar del sistema del TUP (o durante el período transitorio se presenta un asunto ante un tribunal nacional) una solicitud de patente europea o una patente europea o certificado complementario de protección que haya sido concedido, el ATUP no podría aplicarse después para las cuestiones relativas a los mismos. Como consecuencia el tribunal nacional competente aplicaría el Derecho nacional que corresponda.

⁹ Concedida bajo el Reglamento 469/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 mayo 2009 relativo al certificado complementario de protección para los medicamentos, DO L152 de 16.6.2009, p. 1.

¹⁰ Concedido bajo el Reglamento 1610/96 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 julio 1996 relativo a la creación de un certificado complementario de protección para productos fitosanitarios, DO L 198 de 8.08.1996, p. 30.

Las competencias de las tres divisiones del Tribunal Central de primera instancia se describen en el Anexo II del ATUP. Dependen del objeto de la patente y se basan en las clasificaciones de patentes. Algunos abogados han señalado que no será posible en la práctica mantener claramente separados los asuntos claramente separados y, consiguientemente, demandar sobre cada uno de ellos en tribunales distintos. Otros, sin embargo, discrepan. Lo que es un hecho es que para determinadas cuestiones sobre patentes o relativas a su explotación, los litigantes tendrán que viajar aquí o allá si necesitan acudir a una división del Tribunal Central (siendo conscientes del régimen lingüístico para decidirse). Si en su país se ha constituido un tribunal local o está vinculado a un tribunal regional, los jueces técnicamente competentes, junto a los necesarios dos jueces de otra nacionalidad, viajarán allí actuando en un tribunal con una competencia material más general, a pesar de ser “local”.

Si uno mira la legislación “europea” en materia de DPI, el panorama es más complejo que lo que el ATUP nos permite presumir. El ATUP se aplica sólo a parte de las patentes registradas (en una primera fase transitoria sólo las patentes europeas con efecto unitario) y, de hecho, se aplicará a más y más patentes solicitadas a medida que transcurra el tiempo y el número de patentes unitarias crezca. En el marco de los DPI, más allá de las disputas sobre patentes, están los litigios sobre marcas, frecuentemente asociados a los primeros cuando se trata de la explotación de licencias mixtas. Para las marcas, las normas de competencia judicial europeas difieren¹¹. También hay cuestiones relativas a los derechos de autor que pueden estar vinculadas –o que, simplemente, pueden alterar el equilibrio cuando se planea una estrategia de ataque o defensa en un expediente complejo¹²–.

Puede ocurrir que algunas de las cuestiones litigiosas no estén sujetas a la competencia del TUP. No debe olvidarse que incluso considerando sencillamente las cuestiones “contractuales” potencialmente involucradas en una disputa entre las partes de un acuerdo de licencia (ruptura de negociaciones o incumplimiento de las obligaciones contraídas) pueden encontrarse aspectos que parcialmente escapan el alcance del ATUP, especialmente cuando no dan lugar a defensas apoyadas en la validez de la patente. Sobre esto, véase más adelante.

¹¹ Reglamento 207/2009 del Consejo, de 26 febrero 2009, sobre la marca comunitaria, DO L 78 de 23.03.2009, p. 1, que, en su art. 97, establece la aplicación subsidiaria de las normas del RBI.

¹² El TJUE ha decidido ya la interpretación del lugar del hecho dañoso conforme al art. 5.3º RB I para la difamación en prensa (asunto *Shevill*, 1995), para la difamación a través de internet (asunto *eDate*, 2011), para el uso de *adwords* en motores de búsqueda (asuntos *Google* y *l'Oréal*, 2010 y 2011), para la infracción de una marca nacional a través de vínculos en internet (asunto *Wintersteiger*, 2012), así como sobre el abuso de los derechos de imagen (asunto *De Visser*, 2012); y otros casos irán surgiendo.

II. Los criterios de competencia material del nuevo TUP

Por razón de la materia, el ATUP establece el carácter exclusivo de ciertas competencias (cualquiera que sea la división local de que se trate). De hecho, el art. 32 reconoce una competencia amplia porque contempla la especialización que se generará en el Tribunal y concentra las reclamaciones legales que mayoritariamente se presentan juntas.

Art. 32. *Competencia del Tribunal*. 1 El Tribunal tendrá competencia exclusiva en materia de:

- (a) acciones en caso de infracción o riesgo de infracción de las patentes y de los certificados complementarios de protección y defensas relacionadas, incluyendo las demandas de reconvención relativas a licencias;
- (b) acciones declarativas de no violación de las patentes y de los certificados complementarios de protección;
- (c) acciones para la adopción de medidas provisionales y cautelares y ordenes de cesación;
- (d) acciones de nulidad de las patentes y de la declaración de invalidez de los certificados complementarios de protección;
- (e) reconvenciones por nulidad de las patentes y por declaración de invalidez de los certificados complementarios de protección;
- (f) acciones por daños y perjuicios o indemnización derivada de la protección provisional conferida por una solicitud de patente europea publicada;
- (g) acciones relativas a la utilización de la invención antes de la concesión de la patente o del derecho fundado en una utilización anterior de la invención;
- (h) acciones de indemnización por licencias sobre la base del art. 8 del Reglamento (UE) nº 1257/2012; y
- (i) acciones relativas a las decisiones de la Oficina Europea de Patentes en cumplimiento de las funciones establecidas en el art. 9 del Reglamento (UE) nº 1257 /2012.

2. Los tribunales nacionales de los Estados miembros contratantes seguirán siendo competentes para las acciones relativas a las patentes y a los certificados complementarios de protección que no entren dentro de las competencias exclusivas del Tribunal”.

Estas competencias son claramente mayores que las reservadas a los fueros exclusivos en la reglamentación de la competencia judicial internacional (art. 24.4º RB I *bis* o art. 22.3º RB I), que simplemente incluye la validez de la patente o las cuestiones relativas a su registro. En síntesis, en el art. 32.1º ATUP encontramos las esperadas acciones y oposiciones frente a las revocaciones y declaraciones de nulidad –subsecciones (d) y (e)– y las cuestiones sobre usos previos –sección (g)– y sobre el cumplimiento de las funciones de la Oficina Europea de Patentes – sección (i)–. Pero, más allá de las que esperamos encontrar, aparecen también las relativas a las infracciones y las acciones declarativas de no infracción, así como las medidas provisionales o cautelares y las reclamaciones de indemnización por daños. Todas estas competencias son conferidas al Tribunal con carácter exclusivo.

A partir de ahí, el art. 33 ATUP, con gran detalle, continúa esparciendo las acciones sobre el territorio europeo ante tribunales locales o regionales y concediendo la competencia territorial única de la división central (y sus subdivisiones fijas) sobre algunas materias. Esto supone que la competencia exclusiva ya no será la que viene determinada por la regulación del sistema de Bruselas I. La situación se complica. No estoy seguro de que todo el mundo vaya a entender las consecuencias de este art. 33 del mismo modo.

Y, repentinamente, se permite el juego de la autonomía de la voluntad. El art. 33.7º ATUP establece: “Las partes podrán acordar plantear las acciones señaladas en el art. 32(1)(a) a (h) ante la división que elijan, incluida la división central”. Esto supone una desviación de la competencia exclusiva fijada en el Reglamento de Bruselas –que no puede ser alterada por acuerdo de las partes– que resulta comprensible en el contexto de un único y gran tribunal europeo.

La subsección 9 establece: “Las acciones señaladas en el art. 32(1)(i) serán planteadas ante la división central”. Esto constituye la mayor centralización de todas las reclamaciones particulares relativas a las decisiones de la OEP cuando actúa como administrador de la patente unitaria. Los Estados parte aceptan un solo tribunal para todo el territorio.

III. Relación del ATUP con el Reglamento Bruselas I bis y el Convenio de Lugano

1. Literalmente vinculado a Bruselas I bis sólo en competencia judicial

El legislador europeo clarifica la relación entre los Estados parte en la cooperación reforzada y los Estados miembros que no se suman a la iniciativa. El ATUP establece en el art. 89.1º que no entrará en vigor hasta al menos cuatro meses después de la aplicación del RB I bis (esto es, no antes del 15 abril 2015); lo que resalta su estrecha relación.

La relación entre los textos normativos se explica tanto en el RB I bis como en el ATUP. El art. 71 Reglamento 1215/2012 establece la aplicación preferente de los convenios internacionales especiales que obliguen un Estado miembro. En la versión modificada del Reglamento, los aps. a) a d) del art. 71 darán detalle en lo que concierne al ATUP¹³. El ap. a) introduce la noción de “tribunal común”

¹³ En las subsecciones 1 a 2 y en el párrafo 2 proporciona respectivamente el principio de primacía, el respeto por los criterios de competencia judicial cuando el demandado está domiciliado en un Estado no parte en el convenio en particular y para el reconocimiento y ejecución de decisiones de Estados miembros obligados por convenios específicos o para las partes de un convenio con normas de reconocimiento más detallados en las que parecen prevalecer las más beneficiosas.

(entendido como un tribunal común a más de un Estado miembro) para el TUP – al igual que para el Tribunal de Justicia del Benelux, si es que se le reconociese competencia en la materia– y el ap. b) reconoce su competencia.

2. Competencia del TPU sobre la base de las normas existentes

El art. 31 ATUP introduce una referencia muy amplia a las normas de competencia del RB I *bis*: “La competencia judicial internacional del Tribunal se establecerá de conformidad con el Reglamento 1215/2012”¹⁴. Las normas del RB I *bis* conservan su aplicabilidad salvo que una disposición más específica se aleje de ellas. Por supuesto, las nuevas normas del RB I *bis*, aplicables desde el 10 enero 2015, contienen las correcciones que se consideraron necesarias para resolver cuestiones en materia de DPI. Esta confirmación de la preminencia en la regulación de la competencia implica, en primer lugar, que los principios generales del sistema del RB I *bis* son aplicables:

i) La regla general es que el demandante debe acudir a los tribunales del domicilio del demandado –el *forum rei* del “antiguo” art. 2 RB I, que pasa a ser art. 4 en la “nueva” versión de 2012–, entendido como el fuero de la parte contra la que se dirige la acción. De esta forma, el artículo simultáneamente determina el alcance personal del Reglamento que regula a las partes que residen en el territorio de los Estados miembros de la UE y quienes son, en cuanto tales, las partes protegidas¹⁵.

ii) Continúa una norma de competencia para los casos en los que el demandado reside fuera del territorio de la UE (nuevo art. 6), que será modificado.

iii) Hay libertad de elección de tribunal territorialmente competente si las partes lo acuerdan expresamente (nuevo art. 25) o si el demandado comparece sin cuestionar la competencia (nuevo art. 26); lo que conduce a un foro exclusivo que será válido en todos los casos en los que las partes hayan acordado la competencia del tribunal de un Estado miembro “con independencia de su domicilio”. Hemos visto que, en materia de patentes, la libertad de elección de las partes será ampliada.

iv) Pero para ciertas materias, tales como las relativas a la validez del registro de una patente, diseño o marca, o las disputas relativas al proceso de su registro,

¹⁴ Cuando Dinamarca ratifique, se tratará de su versión del tratado de este mismo texto así como la versión del Convenio de Lugano para los Estados parte en el mismo.

¹⁵ Proporciona protección a las partes que tienen su domicilio en la UE, tal y como éste es definido. El Reglamento excluye explícitamente algunos criterios de competencia de origen estatal que tienen carácter discriminatorio.

Europa ha conferido la competencia exclusiva a determinados tribunales nacionales (nuevo art. 24.4º)¹⁶. Ahora establece que las cuestiones de validez *in rem* o los aspectos de la validez del registro pueden plantearse por vía de acción o como defensa. La exclusividad se aplica a todas las partes con independencia de que el lugar de su domicilio (o, en caso de empresas, donde tengan su sede estatutaria, administración central o su centro principal de actividad) esté dentro o fuera de la UE. Los mayores cambios se encuentran en este punto.

v) Los tipos de acciones para los que el demandante dispone de fueros alternativos se mencionan en el art. 7 (antes art. 5) –principalmente en sus subsecciones sobre litigios en material de obligaciones contractuales (art. 7.1º, extracontractuales, art. 7.2º) y acciones en las que las empresas pueden ser demandadas allí donde se encuentre su sucursal u otro establecimiento (art. 7.5º)¹⁷.

vi) Una relación de criterios secundarios de competencia se refiere a las demandas reconconvencionales, los co-demandados, la intervención de terceros y las causas conexas, además del principio de *lis abili pendens*.

A continuación, me referiré brevemente a cada uno de estos fueros para comentar cómo funcionarán en el contexto de las nuevas normas del ATUP.

3. El domicilio del demandado: definiendo “domicilio” o “residencia”

El concepto de domicilio se define en los nuevos arts. 62 y 63 RB I *bis*. Pero, extrañamente, su aplicación se complica en el TUP. Según el art. 33.1º ATUP, el lugar en el que la mayoría de las acciones del art. 32 pueden presentarse viene determinado, más específicamente, por la “residencia”. De paso, este precepto resuelve también la cuestión de los co-demandados. El ATUP permite que una controversia se plantee ante la división local del Tribunal

“... en el Estado parte en el que el demandado o, en el caso de varios demandados, uno de ellos, tiene su residencia o centro principal de actividad, o, en ausencia de residencia o de centro principal de actividad, su lugar de negocio o la división regional en la que participe el Estado miembro. Una acción puede ser presentada contra varios demandados solo cuando los demandados tengan una relación comercial y cuando la acción se refiera a la misma infracción”.

La redacción confiere la competencia alternativa al tribunal de la residencia del demandado cuando ésta se encuentra dentro del territorio de la UE, en una

¹⁶ Art. 22.3º RB I. Esta regla de competencia da lugar a muchas dificultades prácticas en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual.

¹⁷ No hace falta que me refiera a las normas de competencia en contratos de consumo, laborales o de seguro.

localidad o región para las acciones descritas en el art. 33.1º como enmarcadas en el art. 32.1º.a), c), f) y g), y también en el art. 32.1º.h). Cuando ninguno de los países en los que los demandados tienen tal “residencia” cuenta con una división local ni participa en una división regional, este fuero alternativo no está disponible¹⁸. Como consecuencia, para los litigantes que residan en países sin divisiones locales o regionales así como en Polonia y España (posiblemente también Croacia), la competencia local sólo estará en las divisiones del Tribunal del lugar en el que se produjo la infracción o la amenaza de infracción de la patente (cf. sección V).

4. Cuando el domicilio del demandado está en un Estado miembro de la UE no parte en el ATUP

Cuando, para la aplicación ordinaria de las normas de competencia basadas en el domicilio el demandado, éste tiene su residencia fuera del territorio de los Estados parte, incluyendo otros Estados miembros de la UE, el art. 33.1º, parte 3 y 4 del ATUP establece la competencia de la(s) división(es) central(es) del TUP.

Creo que si un demandante domiciliado fuera de los Estados parte del ATUP, ya sea en el territorio de los Estados miembros de la UE que aplican el RB I bis o en terceros países, inicia un proceso en el espacio geográfico del ATUP sobre materias para las que se establece la competencia exclusiva del TUP (art. 32), deberá respetar estas mismas reglas de competencia de los Estados miembros que son parte en el mismo sobre la base de la primacía de la especialidad de estas normas.

5. Cuando el demandado está domiciliado fuera de la UE

La tercera subsección del art. 33.1º ATUP aclara que

“Las acciones contra los demandados que tienen su residencia, o sede principal de sus negocios o, en la ausencia de residencia o sede principal de sus negocios, su lugar de negocios, fuera del territorio de los Estados miembros contratantes, serán presentadas ante la división local o regional de acuerdo con el apartado (a) del primer subapartado¹⁹ o ante la división central”.

Esto es así simplemente porque, para los demandados domiciliados, se ofrece al demandante –en el primer párrafo del art. 33– la posibilidad de elegir entre su lugar de residencia, que deviene inútil en este caso, y el lugar de la infracción.

¹⁸ Más allá del lugar de residencia, la competencia local alternativa para dichas acciones es, según el art. 33.1º.a) “la división local del Estado miembro contratante donde el daño actual o la amenaza de infracción ha ocurrido o puede ocurrir o la división regional en la que participa dicho Estado miembro contratante”.

¹⁹ Siendo ésta la “división local del Estado miembro parte en el que la infracción real o potencial haya ocurrido o pueda ocurrir, o la división regional en la que participe dicho Estado miembro contratante”.

Pero, además, para la misma hipótesis se permiten fueros potencialmente mucho más amplios bajo el art. 71 RB I bis:

“2. Cuando el demandado no está domiciliado en un Estado miembro y este Reglamento no confiera competencia exclusiva sobre él, las disposiciones del Capítulo II²⁰ de aplicarán como si estuviera domiciliado en un Estado miembro. El art. 35²¹ se aplicará incluso si los tribunales de un Estado no miembro tienen competencia sobre el fondo del asunto.

3. Cuando el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro y ningún tribunal de Estado miembro tenga competencia sobre la base de este Reglamento, el demandado podrá serlo en el tribunal común si:

- a) el demandado tiene bienes en un Estado parte del Acuerdo que establece el tribunal común;
- b) el valor de los bienes no es insignificante comparado al de la demanda;
- c) la controversia tiene conexión suficiente con cualquier Estado miembro parte en el acuerdo que establece el tribunal común.”

Esto amplía en gran medida las normas de competencia en los procesos internacionales y unifica el tratamiento de esta materia en Europa –sustituyendo la aplicación de las normas nacionales en el proceso en los supuestos, frecuentes en la práctica, en los que el demandado está domiciliado fuera del territorio europeo. El preámbulo de la reforma del Reglamento aclara que se trata de un deseo de la Comisión. Se extiende, por lo tanto, la aplicación de todas las normas de competencia del Reglamento a los demandados domiciliados en terceros países para las acciones que correspondan al TUP (así como las que competen al Tribunal del Benelux). Cabe destacar especialmente la existencia de competencia para adoptar medidas provisionales, incluyendo las medidas de protección, hasta en los casos en los que los tribunales de terceros países tienen competencia sobre el fondo del asunto²².

El preámbulo de la reforma del Reglamento 1215/2012 explica cómo el ap. 3 del art. 71(b) incorpora un fuero específico para las diferencias que afectan a demandados domiciliados fuera de la UE, señalando que se trata de permitir que sean demandados “en el lugar en el que los bienes muebles que pertenecen a tal parte están situados” siempre que su valor no sea insignificante comparado con el valor de la reclamación y que la disputa tenga suficiente conexión con el Estado miembro en el que se presentó la demanda²³. Esto permite que “procesos contra demandados de terceros Estados se planteen, en particular, ante los tribu-

²⁰ Estas son las nueve secciones sobre normas de competencia, arts. 4 a 35.

²¹ Se trata, en particular de las normas que permiten la adopción de medidas provisionales, incluyendo medidas de protección.

²² Sin perjuicio de la especial posición de las partes en Dinamarca o en los Estados miembros del Convenio de Lugano.

²³ La norma sustituye a las disposiciones nacionales y puede explicarse por el hecho de que dicha regla existe actualmente en un amplio número de Estados miembros y tiene la ventaja de asegurar que una sentencia pueda ser ejecutada en el estado en el que se dictó.

nales del Estado miembro en el que el demandante está domiciliado (*forum actoris*), precisamente, [se argumenta en el preámbulo], en situaciones en las que la extensión de las normas de competencia del Reglamento no permitirían la competencia y en las que tal competencia puede ser apropiada. Por ejemplo, respecto del TUP, la competencia basada en la presencia de bienes aseguraría que el Tribunal tendría competencia frente a un demandado turco que infringiera una patente europea vigente en varios Estados miembros y Turquía”.

Habría, por supuesto, efecto indirecto o “halo” de las nuevas normas de competencia vis-à-vis no domiciliados en la UE respecto de los Estados miembros que no son parte del ATUP ya que sus tribunales estarán obligados a reconocer y ejecutar las decisiones adoptadas sobre la base de dichas normas de competencia conforme al régimen del Reglamento de Bruselas.

6. La competencia basada en el acuerdo de las partes frente a la competencia in rem

Frente al tratamiento que recibe bajo el Reglamento de Bruselas (tanto en la antigua –art. 22.3º– como en la nueva versión –art. 24.4º–), la exclusividad de la competencia en los litigios sobre patentes se relaja. El art. 33.7º ATUP establece: “Las partes pueden acordar plantear las acciones señaladas en el art. 32(1)(a) hasta (h) ante la división de su elección, incluyendo la división central”. Esto sólo deja fuera del alcance de la autonomía de la voluntad la subsección (i) del art. 32. El margen de elección se encuentra entre las divisiones del Tribunal en los Estados parte del ATUP –implicando una gran diversidad geográfica y regímenes lingüísticos. Esto supone que hay una diferencia clara en las relaciones con los Estados miembros que no participan en el ATUP pues los términos del art. 24.4º RB I bis se mantienen firmes, sin permitir desviaciones a las partes. Evidentemente, el ATUP se refiere a la patente con efecto unitario y la relajación a este respecto es comprensible puesto que las divisiones de la patente uniforme son similar o igualmente expertas en cuestiones técnicas relativas al derecho de patentes y merecen el mismo respeto.

7. Competencia exclusiva sobre asuntos relativos a DPI y otras demandas relativas a la patente unitaria

El Tribunal uniforme con sus divisiones tendrá competencia “exclusiva” para una larga lista de acciones incluyendo, como se ha explicado, algunas que van más allá de las relativas a la validez o el registro. En todos estos casos, el art. 33 conferirá competencia territorial a las divisiones locales o regionales (manteniendo en reserva a las divisiones “centrales”) al menos para parte de las deman-

das. No obstante, el párrafo 7 permite a las partes acordar libremente el planteamiento de sus diferencias ante otra división (ver más arriba).

Por lo tanto, la “exclusividad” se refiere, en principio, a la competencia material de los Estados parte. No funciona, sin embargo, como la competencia *territorial* normal que conocemos distribuyendo la competencia entre los tribunales de los Estados miembros. Esto supone que el ATUP se desvía de importantes criterios de competencia del art. 24.4º RB I *bis*. La percepción de la “exclusividad” en el Reglamento, como en el Tratado original de 1968, es más una cuestión de distancia y sede (“*Näherbemächtigung*” – autoridad por cercanía); aunque también está relacionada con la familiaridad de dicho tribunal con la aplicación de las normas del foro (“*Gleichlauf*” – paralelismo). El art. 33 proporciona algunas reglas que imponen de forma efectiva la exclusividad de los tribunales centrales del ATUP (*cf.* más arriba).

8. Fueros alternativos: contractuales y extracontractuales (infracción)

El ámbito de la competencia material del TUP incluye demandas bajo el art. 32.1º.a), b), f) y h), que, respectivamente, son: acciones de infracción, no infracción, daños o indemnización, y acciones de indemnización por licencias sobre la base del art. 8 Reglamento 1257/2012 – el titular cumplimenta una declaración con la OEP indicando que está dispuesto a permitir a cualquier persona utilizar la invención como licenciataria a cambio de una compensación adecuada y las subsiguientes licencias contractuales que puedan resultar-. Estas últimas demandas de indemnización llaman la atención. Cuando se aplican los criterios de competencia territorial del RB I *bis* para las diferencias sobre las materias mencionadas, los tribunales competentes son los de los Estados miembros, incluidos los que participan en el ATUP. Reiterando lo señalado, los tribunales serían, en función del caso, bien el acordado por las partes (art. 25), bien el del domicilio del demandado (art. 4), el del lugar de ejecución de un contrato controvertido o el de la comisión de un daño (o daño potencial) y, como otra alternativa más, el del lugar (país) en el que se encuentre una sucursal involucrada (art. 7.5º).

Para los abogados, el territorio de un Estado miembro era y es conocido, al igual que las subdivisiones, principalmente las regionales que se encuentran en cada Estado. Estas áreas geográficas cambiarán ahora y el ámbito de los tribunales dependerá de cómo los Estados miembros redefinan sus competencias para ciertas divisiones del Tribunal; por lo tanto, cambiando el paisaje o las “áreas” en las que los hechos o las infracciones tienen lugar o en las que las partes tienen su domicilio y residencia.

Con la remisión al tribunal del lugar del daño el RB I *bis* (art. 7.2º) establece la competencia del tribunal local; de hecho, la norma de la UE establece tanto la

competencia internacional como la territorial interna. Evidentemente, esto va a cambiar. Es necesario dar más detalles: bien organizar el funcionamiento de los criterios de competencia en el nivel más subsidiario de los muchos y diversos tribunales locales, regionales y centrales que, juntos, constituyen el TUP en términos que necesitaremos aplicar las normas de competencia; eventualmente normas más específicas bajo el Reglamento. El art. 33 se ocupa de la mayoría de los detalles. He indicado antes cómo una división del tribunal es competente en el lugar de la residencia del demandado e, igualmente, como posibilidad alternativa para el demandante, en el lugar del daño. Pues bien, el art. 33.1º.a) establece la competencia de “la división local del Estado parte en el que la infracción o la amenaza de infracción ha ocurrido o puede ocurrir, o la división regional en la que participa dicho Estado miembro”.

Las acciones basadas en contratos pueden presentarse como demandas iniciales o reconvencionales. Para estas últimas, está claro que el tribunal que conoce de una demanda por infracción tiene competencia. Si la reclamación contractual es la principal, los criterios de competencia se dan en distintos lugares de forma alternativa –entre ellos, quizás, aquel en el que las partes acordaran dirimir sus posibles disputas–. Las eventuales defensas *in rem* sobre la validez de la patente pueden presentarse como demandas reconvencionales. Pero en general toda disputa contractual se reconduce a esta jurisdicción, con jueces especiales y también con derechos de representación restringidos para abogados especializados, excluyendo probablemente a aquellos con una práctica meramente transaccional o corporativa. El ATUP también cubre claramente los derechos de los licenciarios en un acuerdo de licencia exclusiva cuando demandan sobre la base de su contrato o cuando se dirigen a terceros infractores y –para el mismo amplio tipo de asuntos– incluso aquellos comprometidos como licenciarios y licenciantes en acuerdos de licencia no exclusivos (*cf.* más adelante).

En virtud del ATUP el tribunal competente será con frecuencia una división local que, en cierto modo, es un tribunal “nacional” con, *inter alia*, jueces internacionales. Sin embargo, para un país como Bélgica, que ha decidido no crear si quiera un tribunal nacional “local”, esto supondrá que determinación de la competencia conforme al Reglamento de Bruselas revertirá en el tribunal central. De ahí que para una norma basada en el territorio y que permite al demandante iniciar acciones en el lugar del daño, ese “lugar” será ahora “Europa” y que la remisión se produzca a un espacio europeo integrado en el que tiene competencia un tribunal uniforme o en el que una de las ramas de este tribunal central está situado en Londres, Múnich o París, dependiendo de la materia. Cada una de las tres ramas tiene competencia para todo el territorio europeo que constituye la “localización” de la comisión de la infracción. El texto original del Reglamento de Bruselas continua siendo aplicable pero en la práctica, el Sistema en su con-

junto perderá su objetivo; esto es, plantear las disputas ante el juez del lugar en el que se cometió el daño.

9. Criterios de competencia relativos a demandas reconvencionales, codemandados, intervención de terceros y asuntos conexos y el principio de lis alibi pendens

Las normas de competencia en casos de demandas reconvencionales, intervención de terceros y asuntos conexos se encuentran intercaladas en el art. 33 ATUP, que describe la división de las competencias locales. En lo que concierne a los asuntos conexos, este precepto contiene diversas normas. Sus apartados 4 y 5 establecen:

“(4) Las acciones contempladas en el art. 32 (1) (b) y (d) deberán ser presentadas ante la división central. Si, sin embargo, una acción por infracción contemplada en el art. 32 (1) (a) entre las mismas partes en relación con la misma patente ha sido planteada ante una división local o regional, estas acciones sólo podrán interponerse ante la misma división local o regional.

(5) Si una acción de nulidad a que se refiere el art. 32 (1) (d) está pendiente ante la división central, una acción por infracción contemplada en el art. 32 (1) (a) entre las mismas partes en relación con la misma patente, podrá interponerse ante cualquier sección, de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, o ante la división central. La división local o regional de que se trate gozará de discrecionalidad para proceder de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo”.

En la competencia sobre asuntos conexos puede plantearse una dificultad idiomática especial cuando una lengua es utilizada sólo por una de las partes –*vid.* art. 48.3º ATUP–. Cabe preguntarse si un tribunal puede, al amparo de estas normas, extender su competencia a una cuestión conexa en una diferencia sobre otra patente (una que quede fuera del alcance del ATUP, *v.gr.*, tras haber excluido las partes su competencia) o relativa a otro derecho de propiedad intelectual. Creo que la respuesta debería ser negativa²⁴.

En lo que concierne a la excepción de litispendencia, es de sobra conocida la frustración que conllevan los retrasos procesales provocados por demandantes espabilados al introducir una demanda de infracción o declarativa de no infracción ante los tribunales sobrecargados de trabajo y particularmente lentos de un Estado (lanzando un “torpedo” a su oponente). No parece que los arts. 29 a 34

²⁴ Tampoco parece posible ignorar las normas de competencia específicas del ATUP entre los Estados miembros para atribuir la competencia exclusiva, o sobre otro criterio de competencia, a un tribunal conforme al RB I *bis*. El Reglamento no opera fácilmente para acumular asuntos sobre la base de la identidad de partes o la conexidad de las causas y/o objetos. Si las partes lo acuerdan, cabe encontrar un arreglo más armonioso sobre la base del margen permitido a la autonomía de la voluntad en estas fuentes normativas. La evolución bajo el ATUP hacia un tribunal compuesto por jueces mejor preparados en un Derecho de patentes uniforme argumenta en contra de las desviaciones producidas a instancia de las partes; especialmente si luego se observa que estas divisiones locales del Tribunal llevan a cabo un buen trabajo.

RB I *bis* vayan a resultar de gran ayuda para resolver este problema como ya ocurría bajo el RB I. Sin embargo, gracias al ATUP, el problema de la *lis pendens* podrá ser resuelto de forma más racional a través de las competencias materiales exclusivas establecidas en los arts. 32 y 33 ATUP (ver más arriba). El art. 33.6º ATUP establece nueva norma específica en la materia, a través de una regla de preferencia de las divisiones locales sobre la división central cuando distintos tribunales reciben demandas de forma consecutiva:

“La acción declarativa de no infracción contemplada en el art. 32 (1) (b) pendiente ante la división central se suspenderá una vez que una acción por infracción contemplada en el art. 32 (1) (a) entre las mismas partes o entre el titular de una licencia exclusiva y de la parte que solicita la declaración de inexistencia de infracción en relación con la misma patente, se presente ante una división local o regional dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se inició la acción ante la división central”.

A nivel de la clásica excepción de litispendencia, la modificación del RB I *bis* asegurará que los tribunales que conocen del asunto son también los “tribunales comunes” bajo el ATUP²⁵.

10. Reconocimiento o “efecto territorial” y ejecución transfronterizos

Las decisiones del TPU son ejecutables en el territorio de todos los Estados miembros contratantes, constituyendo una ejecutabilidad *de iure* (art. 34 ATUP, del mismo modo que bajo el art. 29 del RB I *bis*) sin ninguna declaración de ejecutabilidad, con efecto jurídico automático. El ATUP no hace ninguna referencia a las reglas del RB I *bis* o el Convenio de Lugano sobre reconocimiento y ejecución. Sin embargo, estos instrumentos son aplicables respecto de los Estados miembros no partes en el ATUP así como a los Estados miembros de Lugano que no lo son de la UE y entre todos los miembros de la UE para las patentes y cuestiones no cubiertas por el ATUP. El preámbulo y el texto de la versión modificada del RB I *bis* sobre la que se trabaja actualmente se refieren expresamente a las normas de ejecución aplicables a los asuntos decididos por el TPU. Respecto de los Estados miembros no partes y los terceros Estados obligados por el Convenio de Lugano, el reconocimiento y ejecución deberían ser sencillos: las decisiones del TUP son las de un tribunal de Estado miembro²⁶.

²⁵ Art. 71(c) de la Propuesta para reformar el RB I *bis* establece: “1. Los arts. 29 a 32 se aplicarán cuando se ejerciten acciones ante un órgano jurisdiccional común y ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no sea parte en el acuerdo por el que se crea ese órgano jurisdiccional común. 2. Los arts. 29 a 32 se aplicarán cuando, durante el período transitorio al que se hace referencia en el art. 83, ap. 1, del ATUP, se ejerciten acciones ante el Tribunal Unificado de Patentes y ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que sea parte en el ATUP”.

²⁶ En virtud del art. 1.2º ATUP y de los arts. 36 y 39 RB I *bis* para reconocimiento y ejecución. En términos similares y explícitamente se recogerá en la reforma del RB I *bis* (art. 71.d); si bien no figu-

A primera vista, podría haberse considerado innecesario trasplantar las normas del RB I *bis* para el reconocimiento y la ejecución; el art. 34 sencillamente establece que la fuerza ejecutiva de las decisiones del TPU se extiende hasta “alcanzar, en el caso de las patentes europeas, los territorios de los Estados miembros contratantes en las que ésta tenga efectos”. Destaco que se menciona la “patente europea” puesto que el art. 2 la define como la patente concedida al amparo del CPE que no se beneficia del efecto unitario. De ahí puedo concluir dos cosas: (1) se trata de una novedad en un ámbito no cubierto por la patente unitaria; esto es, reforzar la ejecución transfronteriza automática, al menos cuando pase un tiempo (véanse las disposiciones transitorias); (2) esto ilustra el amplio alcance del poder obligatorio de las decisiones de las divisiones del TPU, que tienen efecto en todo el territorio²⁷.

A mediados de 2013 se publicó la propuesta complementaria para modificar el RB I *bis* en la que los aspectos del reconocimiento mutuo y la ejecución se abordan con más detalle²⁸. La modificación traerá consigo definiciones sobre lo que sea un “tribunal de Estado miembro” proporcionando las bases legislativas necesarias y arrumbando cualquier duda que pueda surgir sobre si los países del Benelux señalaran al Tribunal de Benelux como el tribunal regional de patentes con competencia en esta materia (cosa que no hicieron en el caso de las marcas)²⁹. En efecto, la modificación es necesaria pues el Reglamento se remite a “tribunales nacionales” y los Estados parte tendrán que haber decidido cómo organizar la actividad judicial que trascenderá sus propias fronteras nacionales, en particular en el caso los tribunales “regionales” del ATUP. Con este fin, se introducirá en el RB I *bis* el art. 71(a). Además, las modificaciones pretenden clarificar el régimen de ejecución.

Para el reconocimiento y la ejecución de las decisiones del TPU en y de aquellos Estados miembros que no son contratantes (provisionalmente cabe señalar a Croacia, Polonia y España)³⁰ y aquellos que son miembros del Convenio de Lugano se presentan las siguientes normas:

rá en el Convenio de Lugano, donde, para los Estados no miembros de la UE sólo podrá utilizarse el argumento general.

²⁷ Esto ilustra como un tribunal europeo ha recibido una transferencia de competencias de los tribunales nacionales, tales como la participación de los Estados miembros en un tribunal regional; pero sobre todo en un país como Bélgica, que deja a sus residentes sometidos a la autoridad jurisdiccional de un tribunal central.

²⁸ *Vid. supra*, nota 3.

²⁹ Protocolo de 12 octubre 2012 que enmienda el Tratado originario del Benelux, de 31 marzo 1965.

³⁰ Si Dinamarca no ratificara, la versión idéntica de las reglas existentes sobre competencia y reconocimiento que le vinculan con los demás Estados miembros de la UE se fundamenta formalmente en el tratado concluido en 2005.

Primero: resoluciones de un Estado miembro parte en el ATUP. Como es sabido, el RB I *bis* solo impone un estricto respeto (y posterior control de oficio) de los criterios de competencia judicial exclusivos del art. 22.3³¹. La inserción del propuesto art. 71(d) haría ejecutables las decisiones del TPU bajo la disciplina del RB I *bis*. El texto del precepto dice: “las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Unificado de Patentes o el Tribunal de Justicia del Benelux que deban ser reconocidas y ejecutadas en Estados miembros que no sean partes contratantes en los Acuerdos por los que se crean el Tribunal Unificado de Patentes o el Tribunal del Benelux; y [...]”.

Segundo: resoluciones de un Estado no parte en el ATUP. De otro lado, cuando una decisión es adoptada en Polonia o España y, eventualmente Croacia, o en un Estado miembro de Lugano (Islandia, Suiza y Noruega) y tenga que ver con una patente europea (sin efecto unitario o con efecto unitario potencial en caso de que procediera de Polonia) cuyos efectos se extiendan a un Estado miembro parte en el ATUP, también tendrá efectos fuera de sus fronteras. El art. 71(d) clarificará que “En materia de reconocimiento y ejecución, el presente Reglamento se aplicará al reconocimiento y la ejecución de ... “b) las resoluciones judiciales dictadas por los órganos jurisdiccionales de Estados miembros que no sean partes contratantes en los Acuerdos por los que se crean el Tribunal Unificado de Patentes o el Tribunal del Benelux y que deban ser reconocidas y ejecutadas en Estados miembros que sí sean partes contratantes en dichos Acuerdos”.

Cuando un tribunal impone medidas correctivas contra una parte (art. 64 ATUP), le ordena que comunique cierta información (art. 67.1º ATUP) u ordena a un tercero implicado que proporcione la información de un solicitante sobre bienes o servicios (art. 67.2º ATUP) tiene efecto más allá de las fronteras. Lo mismo sucede para los efectos de tales medidas (reconocimiento y ejecución) más allá de las fronteras de Polonia y España sobre la base del RB I *bis*³². Esto, sin embargo, no es necesariamente así en el caso de resoluciones de los Estados miembros parte en el ATUP que sean llevadas a países obligados por el Convenio de Lugano ya que el texto de este instrumento no estará todavía adaptado. No obstante, puede argumentarse la aplicación ordinaria de Lugano a una decisión que procede de un Estado parte para darle efectos.

Lo mismo cabría decir respecto de las decisiones adoptadas en las divisiones del TUP (en Estados miembros parte) cuya ejecución se persiga en Estados miem-

³¹ No es preciso controlar la quiebra de la competencia territorial que se deriva del art. 33 ATUP. Entre los Estados contratantes del ATUP debe respetarse el establecimiento de la competencia judicial a un tribunal centralizado.

³² Vid. M. Pertegás Sender, *Cross-border Enforcement of Patent Rights – An Analysis of the Interface Between Intellectual Property and Private International*, Oxford, University Press, 2002, p. 360.

bro no parte, que recibirían una resolución en materia de responsabilidad extracontractual o contractual relativa a una patente europea con efecto unitario. En efecto, esta hipótesis es razonable cuando la parte residiera en dicho país.

Si, por otra parte, una decisión originaria de uno de esos Estados no parte en el ATUP no abordara cuestiones de responsabilidad por infracción, daños o pago de royalties para derechos licenciados, incluso para una patente unitaria, las solicitudes de ejecución deben ser aceptadas en el Estado requerido por los tribunales nacionales territorialmente competentes conforme al RB I *bis* o el Convenio de Lugano. La exclusividad de la competencia del TPU no está diseñada para operar en la fase de ejecución y no será modificada.

Las normas relativas a los procesos de ejecución son las del país en el que se ejecuta la decisión (art. 82.3º ATUP). Al igual que en art. 41 RB I *bis*, parecería que, en lo que concierne al reconocimiento y la ejecución, deberían conocer los tribunales nacionales, no los uniformes, pues debe haber continuidad de la competencia del tribunal local y el que resuelva sobre el reconocimiento y ejecución. No encuentro ninguna reforma sobre este asunto en el ATUP que no atribuya competencia al TUP en la materia. Por el contrario, el art. 82.3º ATUP que acabo de citar, menciona de nuevo a los tribunales nacionales del país requerido. Además, en algunos Estados miembros contratantes, no existirá la división local del TUP.

IV. Las partes y su representación: defensa legal

El alcance territorial del RB I *bis* viene determinado mayoritariamente por el domicilio del demandado –tal y como se define en los arts. 61 y 62. Una vez que la competencia judicial internacional se ha establecido, habrá que descender a determinar la competencia territorial local. Para ello el ATUP utiliza la noción “residencia” porque el Tribunal unificado ejerce su competencia a través o más allá de las clásicas fronteras nacionales, lo que puede provocar cierta confusión. La residencia de una parte y la sede principal de los negocios son los criterios determinantes del reparto de la competencia territorial entre las diferentes divisiones del TUP (art. 33). En defecto de esta residencia en los Estados miembros contratantes, se recurrirá al lugar en el que se encuentre el negocio³³.

El art. 47 ATUP establece que el titular de la patente está legitimado para presentar demandas ante el Tribunal. También lo están el titular de una licencia exclusiva (salvo que el contrato no le reconociese este derecho) en las mismas

³³ El criterio de la residencia respect de acciones de sujetos de Derecho privado contra un Estado basada en su responsabilidad por violación del Derecho de la UE y, en cuanto tal, permite el *forum actoris* (residencia del demandante) se detalla en el art. 22.2º UPCA.

condiciones que el titular del derecho pero con la obligación de informarle anticipadamente, e incluso el titular de una licencia no exclusiva (si esto se establece expresamente en el contrato y se informa previamente al titular licenciante). El titular puede sumarse a las acciones entabladas por el licenciataria. La validez de la patente no puede ser contestada en una acción de infracción planteada por el titular de la licencia cuando el titular del derecho no participa en el proceso de forma que, la parte que quiera introducir esta cuestión, habrá de involucrarlo en el proceso.

En defecto de presentación de escritos de defensa o de comparecencia en la audiencia oral provoca la rebeldía, lo que no obsta que pueda adoptarse una decisión (art. 37 anexo I, Protocolo del Estatuto del Tribunal).

La capacidad procesal, para demandar o ser demandado se basa en la ley personal. El art. 47.6º y 7º del ATUP sigue la norma de conflicto que opta a estos efectos por la nacionalidad de una persona (o entidad corporativa).

La representación de las partes corresponderá a los abogados admitidos para litigar ante los tribunales de los Estados miembros participantes –dice el art. 48.1º ATUP–. En mi opinión, esto puede crear dificultades para la libre circulación de abogados de España, Polonia y, eventualmente Croacia (u otros Estados miembros no participantes) que ejercieran en países obligados por el ATUP pero que aparentemente no podrían ser elegidos como representantes de una parte, con la excepción señalada en el art. 32.1º(i) ATUP³⁴. Observo que, a la hora de preparar el procedimiento ante el TUP, se pone a cargo de una persona la elaboración de las competencias especiales que los abogados en ejercicio necesitarían probar antes de ser aceptados.

Se establecen ciertas inmunidades para los representantes (art. 48.5º ATUP) de forma que se nos recuerdan las importantes implicaciones vinculadas al privilegio abogado–cliente; pero yo presumiría que esto puede ser puesto en práctica de distintas formas bajo los diversos sistemas procesales nacionales.

V. Novedades procesales del ATUP

En el ATUP, la flexibilidad idiomática es notable. Es diferente del régimen lingüístico de las solicitudes de patente, que fue tan discutido. Las partes pueden renunciar a ciertos derechos relativos a la traducción; al mismo tiempo tienen derecho a reclamar asistencia en la traducción. No obstante, no parece una prerrogativa del tribunal juzgar en equidad y considerando un número de factores,

³⁴ La última es la competencia exclusiva del TPU sobre las decisiones adoptadas por la OEP cuando desarrolla las funciones atribuidas por el art. 9 Reglamento 1257/2012 (relativo a labores administrativas que los países participantes en la cooperación reforzada atribuyan a la OEP en el marco de la patente unitaria). Esto parece una excepción futil.

tales como la posición económica de las partes que pueden o no estar en disposición de afrontar los gastos de sus propias traducciones, decidir sobre el idioma que se utilizará. En esto el procedimiento ha devenido más flexible que los estrictos regímenes nacionales que podrían ser asfixiantes para procesos auténticamente internacionales³⁵.

Una norma sorprendente permite que cualquier división requiera el pago de las tasas judiciales básicas más un plus basado en la valoración del asunto. Esto lleva a pensar en el coste de los mecanismos alternativos para la solución de diferencias, como el arbitraje en el que las partes terminan evaluando la eficacia y los costes del arbitraje frente a otras instituciones. El texto no es claro en este asunto por lo que preocupa la posición de clientes con menos recursos y pequeñas y medianas empresas etc. Las normas sugieren que el perdedor pagará todos los costes jurídicos de la parte vencedora –aunque con cierta atenuación pues el texto señala “hasta un límite razonable salvo si la equidad requiere otra cosa” (art. 64.1º ATUP). El demandado puede pedir al tribunal que se imponga al demandante el depósito de una garantía por los costes del proceso que pueda causar indebidamente (el art. 69.4º ATUP introduce la *cautio iudicatum solvi* a pesar de haber sido ésta eliminada en algunos procesos nacionales).

Otro aspecto interesante es la forma en la que los tribunales multinacionales funcionarán en la realidad. Primero pensamos en las competencias técnicas, el aprendizaje jurídico y la aplicación de las normas nacionales a las obligaciones contractuales o extracontractuales; después en la comunicación interna en ciertos idiomas. Puedo presumir que aparecerán nuevas dinámicas; que se ofrecerán interesantes carreras y que aparecerá un campo de experiencia hasta ahora no imaginado de amplios intercambios europeos que resultarán en influencias mutuas. Habrá retos pero la práctica será inspiradora y enriquecedora. El plan de formar a los jueces y mantener reuniones regulares con ellos para estudiar los desarrollos y esforzarse por la unidad y el respeto a los precedentes resulta encomiable. La función del tribunal de apelaciones en Luxemburgo será crucial y el papel de guía del Tribunal de Justicia de la UE para las cuestiones sobre el Derecho de la UE será igualmente relevante. No cabe imaginar un sistema uniforme de patente que emerja y sea mantenido salvo que cuente con un sistema uniforme y auténticamente internacional de solución de controversias. Aquellos que han visto ventajas en el arbitraje comercial internacional apreciarán inmediatamente los paralelismos.

³⁵ Esto favorece a los países cuyos idiomas son preferidos porque hay mucho gira en torno al idioma en el que se presentó la solicitud de patente. Tienen también una posición más privilegiada en las disputas sobre patentes y los derechos relativos al uso de la tecnología (cuestiones de infracción) o sobre contratos relativos al derecho de uso.

En lo que concierne al método de funcionamiento del TUP, se señalan medios modernos a los que los académicos procesalistas y los abogados están atentos; esto es, la introducción de herramientas para el manejo de los casos, el impacto de las partes en los procedimientos y el uso del registro electrónico y las comunicaciones electrónicas de las partes entre sí y con el tribunal, además de las video-conferencias.

Muchas normas importantes traslucen el amplio espectro de poderes que residen en el TPU a través de las diferentes medidas que puede adoptar tales como las órdenes de cesación –v.gr., inmovilizar los bienes– incluso, si es necesario, antes del inicio del proceso imponiendo medidas provisionales o dictando órdenes de protección con amplia discreción en lo que concierne a los intereses de las partes y ordenando la retención de bienes, adoptando interdictos y prohibiendo la continuación de acciones –incluyendo a los intermediarios– y aplicando sanciones recurrentes, adoptando decisiones de invalidar o revocar una patente total o parcialmente (y decidir la correspondiente modificaciones de las demandas) ordenando medidas de protección frente a las infracciones, ordenando la comunicación de información y también el ejercicio de las competencias atribuidas a la OPE.

Un nuevo aspecto para muchos de los Estados miembros en la UE es que, junto a las normas generales sobre imparcialidad de los jueces y la sobre la duda como causa para la renuncia, ahora la duda sobre la imparcialidad será causa de recusación por el presidente del tribunal o a instancia de una de parte (art. 7 Anexo I del Estatuto del ATUP).

Hay una mención explícita al secreto de las deliberaciones (art. 34 Anexo I del Estatuto del ATUP) y a la necesidad de que los jueces que deciden firmen personalmente su sentencia (art. 35)³⁶. Para ello se añade (art. 36) la posibilidad de que un juez manifieste una opinión disidente, lo que debe ser bienvenido. A diferencia de los tribunales arbitrales en los que los árbitros pueden tener inclinación a congraciarse con quienes los designaron, aquí hay menos tentaciones que temer y la disidencia puede añadir circunspección y matices para un mayor análisis y, eventualmente, para presentar apelaciones. Ciertamente, esto puede contribuir al desarrollo del derecho de patentes con efecto unitario.

Una regla muy interesante, en particular para la práctica en Reino Unido pero que puede ser conocida en otros Estados miembros, es la exhortación a los abogados para no mentir o, podríamos decir, no torcer la verdad. El art. 48.6º ATUP establece: “Los representantes estarán obligados a no falsificar casos o hechos ante el Tribunal ya sea a sabiendas o con una buena razón para saber”. Resulta realmente intrigante como un principio expresamente recogido en un tratado.

³⁶ Hay normas sobre la responsabilidad de los tribunales y sobre la ley aplicable a esta cuestión.

Tengo alguna experiencia ante los tribunales belgas donde los abogados se atreven a manejar la verdad en lo que concierne a los hechos y el derecho de manera menos patente, hasta el punto que esto sería un elemento de formación interesante. Sobre la cuestión de proporcionar argumentos legales objetivos, podrían plantearse dudas sobre la forma en la que los asesores presenten el derecho sobre la base de precedentes (la norma se refiere a “falsificar casos”) para lo que se espera que los informes sean completos y honestos, incluyendo la referencia a los casos relevantes que contradicen el argumento defendido. Sin embargo, la norma no incluye sanciones y, por lo tanto, será una cuestión que se resuelva en función del posible resentimiento de los jueces cuando descubran que el abogado viola la confianza que el ATUP le impone en esta regla de conducta. Considero que se trata de una cuestión de procedimiento que se sustanciará conforme al Derecho procesal interno y la práctica del foro más que a través de las asociaciones o colegios profesionales que velan por el cumplimiento de la obligación de los abogados de respetar la deontología profesional. La práctica ante un tribunal británico podría sorprender en esta materia a los abogados extranjeros.

VI. Consideraciones sobre ley aplicable en el Acuerdo del TUP

El art. 24 del ATUP establece las “fuentes del Derecho” que habrá de utilizar el tribunal. Un cierre poco habitual que muestra la naturaleza especial de este Acuerdo. Esta norma puede ser el resultado del conflicto que se planteó ante el Tribunal de Justicia de la UE en torno a las garantías requeridas para que las normas del Derecho de la UE fueran respetadas bajo su orientación en las cuestiones interpretativas que pudieran surgir. La primera sección proporciona el clásico resumen del Derecho comunitario, instrumentos internacionales y “Derecho interno”, y la segunda incluye “el Derecho de los Estados no parte cuando resulte relevante”. La ley aplicable vendrá determinada a través de una relación jerárquica de normas de conflicto de leyes de origen europeo, establecidas en tratados o, finalmente “por disposiciones nacionales de Derecho internacional privado determinadas por el Tribunal”. Esto constituye una nueva forma de definir las normas de conflicto obligatorias para un tribunal dejando libertad al TUP para apoyarse en las disposiciones del foro (solución clásica) o de otro sistema jurídico, o –parece– incluso construir una norma sobre bases comparativas³⁷. En

³⁷ No debemos olvidar que el tribunal competente puede no ser el de las partes bien por que se trate de un tribunal regional o central (un país como Bélgica puede haber optado por no establecer un tribunal local).

el arbitraje comercial la evolución se ha completado³⁸. El ATUP aún requiere referencia a una norma de conflicto para designar el Derecho nacional aplicable. El art. 24.3 señala que puede establecerse la aplicación del Derecho interno de un Estado no parte. Esto es especialmente cierto en relación con algunos preceptos del ATUP, en particular:

- Arts. 25 a 28: sencillamente, la descripción de los derechos de patente, su contenido, prevención del uso de la invención y sus límites ... *et al.*;
- Art. 54: reglas sobre la carga de la prueba ... pueden ser las de otro país;
- Art. 55: la inversión de la carga de la prueba por presunciones, o las reglas sobre alegaciones o pruebas en contrario;
- Art. 64: además de adjudicar los daños, pueden adoptarse medidas correctivas en procesos de infracción, tales como la retirada de productos de los circuitos comerciales, destrucción de productos o materiales;
- Art. 68: los daños pueden establecerse conforme a un Derecho extranjero, incluido el de un Estado miembro no parte;
- Art. 72: es una norma material que establece un plazo de cinco años para cualquier reclamación de indemnización económica.

La ley nacional aplicable a un contrato de licencia (tanto a la forma como al fondo) habrá de ser identificada aplicando las normas de conflicto del Reglamento 593/2007, “Roma I”, y podrá ser la ley de un Estado miembro no parte o un Estado no miembro. Las normas sobre disposiciones contractuales imperativas tendrán que ser consideradas.

³⁸ Con un mandato bajo las normas de una institución arbitral o bajo normas procesales nacionales complementarias, los tribunales arbitrales eligen las normas de conflicto “adecuadas” para alcanzar una solución adecuada. Esto implica la obligación de motivar y explicar qué regla fue usada y por qué. Pero incluso se adopta un paso más; esto es, tomar la ruta directa utilizando la norma material o la costumbre sin la intervención de la norma de conflicto.

LOS TRATADOS SOBRE LIBRE COMERCIO E INVERSIONES TRANSFRONTERIZAS Y EL CONFLICTO DE LEYES

Matthias LEHMANN *

SUMARIO: I. Cuestiones preliminares. II. La influencia de la Unión Europea sobre el Derecho internacional privado 1. La jurisprudencia sobre el Derecho aplicable a las sociedades. 2. El Derecho aplicable a las mercancías. 3. Otras reglas de conflicto de leyes afuera del campo del Derecho mercantil. III. La necesidad de incluir reglas sobre el conflicto de leyes en los acuerdos sobre libre comercio e inversiones transfronterizas 1. Normas sobre proveedores de servicios. 2. Normas sobre mercancías. 3. Normas sobre derechos de propiedad intelectual. IV. Posibles normas sobre conflicto de leyes.

RESUMEN: El artículo examinará si los tratados sobre libre comercio e inversiones transfronterizas influyen en el Derecho internacional privado (DIPr). Usando el ejemplo de la Unión Europea (UE), se analizará el impacto de esos tratados sobre el Derecho aplicable a los pleitos civiles. El objetivo de ese artículo no es un simple traslado del Derecho europeo al nivel mundial. Su propósito es establecer si en el contexto de las demás zonas de libre comercio pueden surgir problemas similares a los que han motivado a la UE a encargarse de los conflictos de leyes. El análisis nos conduce a una respuesta claramente positiva. Se llegará a la conclusión de que sería aconsejable prever normas expresas de conflictos de leyes en los demás tratados para determinar el Derecho aplicable, por lo menos, en tres áreas distintas: las sociedades, la responsabilidad por productos defectuosos, y las obligaciones extracontractuales resultantes de la violación de un derecho de propiedad intelectual. El estudio finalizará con la propuesta de algunas normas concretas de DIPr que se podrían adoptar con relación a estas áreas, por ejemplo en el futuro Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (*Transatlantic Trade and Investment Pact – TTIP*).

PALABRAS CLAVE: TRATADOS SOBRE LIBRE COMERCIO E INVERSIONES TRANSFRONTERIZAS – PRINCIPIO DEL PAÍS DE ORIGEN – RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS –DERECHO DE LAS SOCIEDADES – DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

ABSTRACT: This article investigates whether trade and investment treaties can impact private international law. Using the European Union (EU) as a guide, the possible influence of such treaties on the law governing to private relationships will be studied. The aim pursued is not to simply mirror EU law on a worldwide level. Rather, it will be analysed whether problems similar

* Catedrático. Universidad Martin–Luther–Universität Halle–Wittenberg (Alemania).

to those that have driven the EU to act in the area of conflict of laws could arise in other free trade zones. The answer given in this article is a resounding "yes". It will be argued that in order to achieve their aims, trade and investment treaties must provide conflict of laws rules that determine the applicable law with regard to at least three issues: companies, product liability, and obligations arising out of the violation of intellectual property rights. The contribution concludes with the suggestion of some models for such conflicts rules, which could be adopted for instance in the text of a future Transatlantic Trade and Investment Pact (TTIP).

KEYWORDS: FREE TRADE AGREEMENTS – COUNTRY-OF-ORIGIN PRINCIPLE – PRODUCT LIABILITY – COMPANY LAW – INTELLECTUAL PROPERTY LAW.

I. Cuestiones previas

Tradicionalmente, se distingue entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado (DIPr). La distinción entre estas dos áreas del Derecho se considera fundamental. El primero se encarga de regular las relaciones entre Estados, mientras que el segundo regula los vínculos entre personas privadas.

Es cierto que la distinción no es tan clara como se puede pensar a primera vista, ya que existen muchos tratados internacionales que influyen en el DIPr. Los ejemplos más significativos son los acuerdos concluidos bajo los auspicios de la Conferencia de la Haya. Siguiendo una idea de Pasquale Stanislao Mancini, esta conferencia recurre al instrumento del tratado internacional para armonizar y uniformar las normas de conflicto de leyes¹. Los acuerdos concluidos bajo la Conferencia de la Haya son convenios de Derecho uniforme, o "*lois uniformes*", donde su principal finalidad es eliminar las diferencias existentes entre los países en la determinación del Derecho aplicable.

Sin embargo, esta finalidad es básicamente una excepción debido a que la gran mayoría de los acuerdos internacionales no tratan sobre el Derecho aplicable a las relaciones privadas, sino sobre las relaciones interestatales. Esto se aplica, en particular, a los acuerdos referentes al comercio internacional de bienes y servicios, como por ejemplo algunos de los más conocidos, el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)², los cuales son administrados por la Organización Mundial del Comercio (OMC). Estos acuerdos aspiran a eliminar las barre-

¹ Sobre la Conferencia de la Haya, *vid., v.gr.*, Ph.W. Amram, "A Unique Organization: the Conference on Private International Law", *American Bar Association Journal*, vol. 43, 1957, pp. 408 ss; J. Basedow, "Was wird aus der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht?", *Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag*, München, Sellier European Law Publishers GmbH, 2001, pp. 463 ss; A. Borrás, "Cuatro elementos estructurales de los Convenios de La Haya, con especial referencia a los Convenios ratificados por España", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1993-1, pp. 9 ss.

² General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) del 30 octubre 1947, General Agreement on Services (AGCS), en vigor desde el 1 enero 1995.

ras impuestas al comercio entre los Estados miembros de la organización. A primera vista, no tienen nada que ver con el DIPr, puesto que no contienen reglas de conflicto de leyes y ni siquiera abarcan relaciones de Derecho privado. Parecen ser acuerdos “de Derecho internacional público puro”.

El mismo valor tiene para los demás acuerdos regionales bi-, tri- o multilaterales sobre el comercio internacional y las inversiones transfronterizas, que se han concluido en abundancia en estos últimos tiempos, debido a la ausencia de éxito en las negociaciones de la Ronda de Doha. Estos acuerdos crean zonas de libre comercio en el sentido del art. XXIV del GATT y del art. 5 AGCS. Ejemplos recientes son el Acuerdo de Asociación (AdA) entre la UE y varios países centroamericanos firmado en 2012³ y el Acuerdo Comercial (AC) entre la Unión Europea, Colombia y Perú firmado en el mismo año⁴. Aunque estos acuerdos incluyen disposiciones de amplio alcance, como por ejemplo sobre el diálogo político, la cooperación, o el respeto de los derechos humanos, ellos también tratan ante todo sobre el comercio internacional. Su principal objetivo es acabar con las barreras existentes tanto para la importación como para la exportación de bienes y servicios, permitiendo el acceso comercial al mercado a ambas partes, consolidando la atracción de las inversiones y otorgando seguridad jurídica. Así mismo, es también válido para el Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (*Transatlantic Trade and Investment Pact* – TTIP), que se negocia en estos momentos entre los Estados Unidos y la Unión Europea.

Esta contribución tiene como objetivo destacar que los acuerdos sobre comercio internacional e inversiones transfronterizas sí tienen relación con el DIPr. Para evitar cualquier confusión, es preciso distinguir este problema de la cuestión –muy controvertida– de la inclusión del arbitraje entre inversores y Estados miembros en ese tipo de acuerdos. Se trata aquí de determinar el Derecho aplicable en los pleitos entre privados, independiente de si el foro competente es un tribunal arbitral o estatal. La tesis de esta contribución es que los acuerdos sobre comercio internacional influyen en el DIPr, aún de manera indirecta, y que esta influencia debe ser reconocida y regulada mediante la inclusión de normas expresas de conflicto de leyes. Para llegar a estas conclusiones, se analizará en un primer momento la relación entre los acuerdos de Derecho internacional público y el DIPr, usando el ejemplo del Derecho de la Unión Europea (II). Después, se examinarán los otros acuerdos sobre áreas de libre comercio, para demostrar que

³ Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá), firmado el 29 junio 2012. El AdA se aplica en las relaciones entre la UE con Honduras, Nicaragua y Panamá desde el 1 junio 2013. Entre las relaciones UE con Costa Rica y El Salvador, se aplica desde el 1 octubre 2013.

⁴ Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y Perú, por otra, de 26 junio 2012, DO L 354 de 21.12.2012, p. 3.

ellos igualmente necesitan normas de conflicto de leyes para lograr sus fines (III). Finalmente, se propondrán algunas normas concretas de conflicto de leyes para este tipo de acuerdo (IV).

II. La influencia de la Unión Europea sobre el Derecho internacional privado

Cuando alguien se pregunta sobre la posible influencia de los acuerdos de libre comercio sobre el DIPr, es recomendable echar una mirada al Derecho de la Unión Europea, la cual en su origen no era más que un área de libre comercio. Los fundamentos de esta área se encuentran en el Tratado firmado en 1952 sobre la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y en los dos Tratados concluidos en Roma cinco años después, estableciéndose la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa o Euratom) y la Comunidad Económica Europea (CEE). Esta última ha sido especialmente importante para el desarrollo del DIPr.

Al principio, no parecía así, ya que el Tratado sobre la CEE, en su forma original, no contenía ninguna referencia al conflicto de leyes. Sin embargo, en los años 1970, la Comisión Europea presentaba un anteproyecto de Convenio sobre el Derecho aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales⁵. Esta propuesta encontró la resistencia de los Estados miembros de la Comunidad. No obstante, en 1980, los Estados miembros adoptaron un Convenio que regulaba únicamente una parte del conflicto de leyes en materia de las obligaciones, el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁶. Este Convenio se concluyó entre sus miembros, sin la participación de las instituciones de la Comunidad Europea, como tratado clásico de Derecho internacional público. Sin embargo, los órganos de la Comunidad empiezan a interesarse, de nuevo, en el conflicto de leyes después de la llegada del nuevo milenio. Antes, en 1999, el Tratado de Ámsterdam había introducido una nueva competencia para la Comunidad que consistió en armonizar las normas de DIPr⁷. Sobre la base de este texto, se adoptó en 2008 un instrumento de Derecho comunitario que contenía normas de conflicto de leyes para obligaciones extracontractuales, el Reglamento Roma II (RR II)⁸. Un año después, el Convenio de Roma fue remplazado por el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones

⁵ Texto en versión alemán en *RabelsZ*, vol. 38, 1974, pp. 211 ss.

⁶ Convenio 80/934/CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 junio 1980.

⁷ Título IV del Tratado de Roma en la versión después del Tratado de Ámsterdam, esp. art. 65.

⁸ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II"), DO L 199 de 31.7.2007, p. 40.

contractuales⁹. En los últimos años, se han multiplicado los nuevos textos europeos sobre el conflicto de leyes, como demuestra, por ejemplo, la adopción de un reglamento sobre el DIPr de sucesiones¹⁰.

El mismo paralelismo entre un acuerdo de libre comercio y normas para resolver conflictos de leyes se encuentra también en otras partes del mundo. Por ejemplo, los Estados miembros del Mercosur han concluido un número importante de acuerdos sobre cuestiones de DIPr, sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil¹¹. Pero esos acuerdos no poseen por hoy términos comparados a la situación de la UE¹². Como ha afirmado un autor, “no había o ha habido una relación sistemática entre los avances en DIPr a nivel interamericano y lo que se ha alcanzado a nivel de integración económica”¹³.

Dejamos entonces las normas codificadas de conflicto de leyes para atendernos a otra fuente. Para analizar la influencia de los tratados sobre libre comercio e inversiones transfronterizas en el conflicto de leyes, es más importante la obra hermenéutica del TJUE en lo que respecta a las libertades garantizadas por el Tratado de Roma. A este Tribunal se le ha pedido, en el contexto de cuestiones preliminares, por los tribunales nacionales, interpretar ese Tratado en algunos casos precisos que envolvían al DIPr. El TJUE se manifestó positivamente, estableciendo ciertas normas de conflicto de leyes. Este hecho es especialmente importante dado de que el TJUE se basó, en estas sentencias, en la libre circulación de mercancías y servicios y el derecho de libre establecimiento, es decir, en libertades que son garantizadas por el Tratado de Roma, y no sobre un texto especialmente dedicado al conflicto de leyes. Puesto que los demás acuerdos de libre comercio, por ejemplo el GATT y el AGCS, prevén libertades similares, se pone entonces la cuestión si se puede transferir esa jurisprudencia a ellos.

Debe presentarse ahora, y en términos breves, la jurisprudencia del TJUE.

⁹ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”), DO L 177 de 4.6.2008, p. 6.

¹⁰ Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DO L 201 de 27.7. 2012, p. 107.

¹¹ Vid. sobre esos acuerdos J.C. Fernández Rozas, “Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el derecho internacional privado”, *Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2002, pp. 151–192.

¹² *Ibid.*, n° 24.

¹³ L. Pereznieto Castro, *El Derecho internacional privado interamericano*, p. 258, citado por J.C. Fernández Rozas, *loc. cit.*, n° 24, nota a pie de página 88.

1. La jurisprudencia sobre el Derecho aplicable a las sociedades

La primera influencia del Tratado de Roma sobre el conflicto de leyes ha sido deducida en la materia del Derecho aplicable a las sociedades. Paulatinamente, el TJEU ha limitado el margen de maniobra de los Estados miembros con respecto a la determinación del Derecho aplicable a las personas jurídicas. Este desarrollo comenzó en 1999, cuando el Tribunal dictó su famoso fallo en el caso *Centros*¹⁴. La base legal de esa sentencia fue la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado de Roma¹⁵. Según la interpretación adoptada por el TJCE, esa libertad obliga a los Estados miembros a aceptar el registro de la sucursal de una sociedad constituida con arreglo a las leyes de otro Estado miembro en el cual esa sociedad tiene su sede social, aunque no realice ninguna actividad en ese último¹⁶. Desde el punto de vista del DIPr, esa sentencia podría ser explicada como una afirmación del criterio de la constitución, según el cual siempre se debe aplicar a una sociedad el Derecho del lugar de su constitución¹⁷.

Sin embargo, persistió la duda sobre la cuestión de saber si realmente el TJUE quería establecer una regla de DIPr. Esa duda se suprimió con la sentencia de 2002 en el caso *Überseering*¹⁸. En este fallo, el TJUE dictaminó que Alemania debía aceptar la existencia de una sociedad creada en los Países Bajos que había transferido posteriormente su sede social a Alemania usando su libertad de libre establecimiento. El TJUE no se limitó a prescribir al juez alemán el reconocimiento de la sociedad extranjera, pero reclamó también de él la aplicación del Derecho holandés a la sociedad. Es importante, para nuestra discusión, que esa última reclamación no fue necesaria, desde un punto de vista estricto del libre comercio. Hubiera sido totalmente suficiente, para lograr el objetivo del libre establecimiento, que los jueces nacionales aplicaran su propio Derecho nacional a la sociedad, siempre que este reconociese la existencia de la sociedad, validase las acciones de sus órganos en el pasado y no impusiese límites a sus actividades en el futuro¹⁹. Pero el TJUE fue más allá. En las motivaciones de su fallo –que

¹⁴ STJCE 9 marzo 1999, as. C-212/97: *Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Rec. 1999, p. I-01459 (en adelante *Centros*).

¹⁵ Ex-art. 52 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE).

¹⁶ As. *Centros*, nº 39.

¹⁷ Sobre ese criterio, *vid. v.gr.*, J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Cizur Menor, 2009, pp. 314–315, nºs 275–276; F.J. Garcimartín, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, 2012, p. 312, nº 23.4; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Granada 2009, p. 404.

¹⁸ STJCE 5 noviembre 2002, as. C-208/00: *Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Rec. 2002, p. I-09919 (en adelante *Überseering*).

¹⁹ En este sentido las conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 4 diciembre 2001 en el asunto *Überseering*, Rec. 2002, p. I-09919, nº 69.

desgraciadamente parecen ser desconocidas aún por muchos especialistas del DIPr–, el Tribunal insistió que el reconocimiento se hace por la vía de la aplicación del Derecho del Estado de la constitución de la sociedad, en caso el Derecho holandés²⁰. Así, queda claramente probado que el TJUE razona desde el punto de vista del conflicto de leyes²¹, aunque algunos autores mantengan una opinión contraria²². Los jueces en la UE, cuando están en presencia de una sociedad creada en otro Estado miembro, deben aplicar el Derecho de este estado. El fallo *Überseering*, de esta forma, ha introducido un tipo de principio de país de origen en el Derecho de sociedades. A pesar de que las decisiones posteriores del TJUE no han confirmado expresamente la aplicabilidad de este principio, tampoco lo han puesto en duda²³.

2. El Derecho aplicable a las mercancías

Otro ámbito en el cual la UE, y en particular el Tratado de Roma, ha tenido una gran influencia concierne a las mercancías. En un área de libre comercio entre Estados miembros con sus propios sistemas jurídicos, existen diferentes estándares de seguridad, higiene, orden, calidad, comercialización, etc. Estas diferencias jurídicas ponen obstáculos a la libre circulación de las mercancías de un Estado a otro. Según la interpretación ya clásica que fue adoptada por el TJUE, el Tratado de

²⁰ Asunto *Überseering*, nº 80 (“como sociedad neerlandesa”).

²¹ En este sentido, *vid.*, *v.gr.*, P. Behrens, “Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem *Überseering*-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu *Inspire Art*”, *IPrax*, 2003, pp. 193 ss, esp. pp. 200 ss; A.L. Calvo Caravaca y J. Carracos González, *op. cit.*, p. 414; H. Eidenmüller y G.M. Rehm, “Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2004, p. 159, esp. pp. 165 ss; F. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 315 ss; M. Gómez Jene, en A.P. Abarca Junco, *Derecho internacional privado*, Madrid, 2013, p. 436; S. Leible y J. Hoffmann, “‘Überseering’ und das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2003, pp. 925 ss, esp. p. 926; G. Kegel y K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9ª ed. 2004, § 17 II 2; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6ª ed., 2006, § 55 II 1–3; M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, 3ª ed., 2011, p. 142, nº 136; D. Jasper y S. Wollbrink, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, vol. 3, 4ª ed., 2012, § 75 VI 1; C. Reithmann, D. Martiny y R. Hausmann, *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 7ª ed., Colonia, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010, no. 5060; H.J. Sonnenberger, *Münchener Kommentar BGB*, vol. 10, 5ª ed., 2010, Einl. IPR no. 140; H.J. Sonnenberger, “Europäische Herausforderungen des Internationalen Gesellschaftsrechts”, *Le droit international privé: Esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, París, 2005, p. 753; K. Thorn, *Palandt, BGB*, 73. ed., 2014, Anhang zu EGBGB 12, nºs 1, 6, 7 y 10; U. Thölke, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, vol. 6, 2013, § 1 VI 4 a (nº 94).

²² *Vid.* V. Heuzé y P. Mayer, *Droit international privé*, 10ª ed., 2010, p. 759 ss; P. Kindler, *Münchener Kommentar BGB, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, vol. 11, 5ª ed., 2010, nº 123; *id.*, “Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft?– Die ‘Überseering’–Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht”, *NJW*, 2003, pp. 1073 ss, esp. pp. 1076 ss.

²³ *Vid.* STJCE 13 diciembre 2005, as. C–411/03, *Rec.* 2005, I–10805; STJCE 16 diciembre 2008, as. C–210/06: *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, *Rec.* 2008, I–9641.

Roma resuelve ese problema dando una preferencia al Derecho del Estado de origen sobre el del Estado de destino²⁴. Se aplica entonces el principio del Estado de origen. Según una opinión doctrinal, su funcionamiento podría ser parecido al usado por el DIPr²⁵. Desde la perspectiva de esta opinión, el Derecho de la UE resuelve constantemente conflictos de leyes. Pero cabe destacar que en ese contexto, el término “conflicto de leyes” no tiene el mismo significado que el usado normalmente. Se habla aquí no de conflictos de leyes de Derecho privado, sino público. Además, el conflicto que resuelve el Derecho europeo en estos casos no es realmente un conflicto de diferentes leyes nacionales, sino un conflicto entre un Derecho nacional y una norma supranacional dictada por los órganos de la UE.

Sin embargo, las famosas decisiones del TJUE sobre la libre circulación de mercancías, como, *v.gr.*, en el fallo *Cassis de Dijon*, tienen una influencia indirecta sobre el DIPr. Esta influencia se pone de manifiesto cuando una persona interpone una demanda por un daño causado por un producto defectuoso. En este caso, el Derecho privado aplicable será determinado, por los tribunales de la UE – excepto por los tribunales de Dinamarca y de los países en los cuales se aplica el convenio de la Haya de 1973, como España– por el art. 5 RR II, que prevé una compleja lista de puntos de conexión. El Reglamento también prescribe en su art. 17 que para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, los tribunales de la Unión deben tener en cuenta “las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho dañoso”. En el contexto de esa disposición es donde se debe atender a la libertad de circulación de mercancías y a su interpretación por la jurisprudencia²⁶. El TJUE ha deducido, en el caso *Cassis de Dijon*, que en la Unión se deben aplicar, en principio, los estándares de producción y de seguridad del país de origen. Eso significa que el Estado miembro de origen del producto debe ser considerado como el lugar del hecho dañoso, y por eso se debe tener en cuenta su Derecho según el contexto del art. 17. Está prohibido identificar el lugar del hecho dañoso con otro lugar, como por ejemplo el país en el cual el producto había sido comercializado, a menos que el producto se haya fabricado en otro país de la UE. Se debe entonces aplicar el estándar de seguridad y comportamiento vigente en el Estado miembro de origen. Eso vale tanto en el *contexto del Derecho público*, es decir, por lo que es el permiso de entrada del producto en el territorio de otros Estados miembros, como en el *contexto del Derecho civil*, es decir, por la determinación de la responsabilidad del productor. En ese

²⁴ En este sentido STJCE 20 febrero 1979, as. 120/78: *Rewe-Zentral AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (“Cassis de Dijon”), *Rec.* 1979, p. 353.

²⁵ Vid. sobre todo J. Basedow, “Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt”, *RabelsZ*, vol. 59, 1995, pp. 1 ss.

²⁶ M. Lehmann, *Nomos-Kommentar BGB*, vol. 6, *Rom-Verordnungen*, Baden-Baden 2014, Art. 17 Rom II-VO, n^{os} 69–70.

sentido, el principio del país de origen posee el papel de una regla de conflicto de leyes que vale tanto para el Derecho público como para el Derecho privado.

3. Otras reglas de conflicto de leyes afuera del campo del Derecho mercantil

Esas no son los únicos avances del TJUE en el ámbito del conflicto de leyes. El tribunal se atrevió también, con algunas sentencias, a penetrar en el peligroso espacio del Derecho del nombre²⁷. Pero esa jurisprudencia se basa en la libre circulación de los ciudadanos de la UE²⁸, una especialidad del Derecho europeo que resulta de la estrecha cooperación política y que no está prevista en los típicos acuerdos sobre mercancías y servicios. La UE rebasa, en este punto, los límites de un espacio simple de libre comercio, y por eso lo vamos a ignorar en este artículo.

Otra materia que está más vinculada al libre comercio es la protección de los derechos de propiedad intelectual. En ese contexto, no es la jurisprudencia del TJEU sino el legislador europeo quien da una indicación sobre el Derecho aplicable. El art. 8 RR II prevé que la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual será la del país para cuyo territorio se reclama la protección²⁹. En otras palabras, se aplica la ley del país donde se encuentre protegido el bien inmaterial. Eso significa una extensión del principio de la territorialidad, que domina el Derecho de propiedad intelectual, al Derecho de obligaciones extracontractuales. La solución no se limita al DIPr de la UE, sino que ha sido adoptada también en la legislación y la jurisprudencia de terceras países³⁰.

III. La necesidad de incluir reglas sobre el conflicto de leyes en los acuerdos sobre libre comercio e inversiones transfronterizas

Después de haber demostrado cómo el Derecho de la UE influye en el DIPr, cabe preguntarse si esta influencia es una casualidad que se debe, tal vez, a la particularidad del proyecto europeo, o si, al contrario, esta influencia existe necesariamente cuando algunos Estados quieren liberalizar el comercio entre sí y proteger a sus inversiones. Para responder a esta pregunta, se recomienda enfocarse en los convenios modernos sobre libre comercio e inversiones trans-

²⁷ STJCE 2 octubre 2003, as. C-148/12: *García Avello*, Rec. 2003, I-11613; STJCE 14 octubre 2008, as. C-353/06: *Grunkin Paul*, Rec. 2008, I-7639; STJUE 22 diciembre 2010, as. C-208/09: *Sayn-Wittgenstein*.

²⁸ Art. 21 TFUE.

²⁹ Art. 8, ap. 1 RR II.

³⁰ *Vid.*, v.gr., art. 54 Proyecto de Ley de DIPr de la República Dominicana.

fronterizas, ya que ellos poseen problemas similares a los que existían en la UE y sus antecesores.

1. Normas sobre proveedores de servicios

Comenzamos con el tratamiento de las personas jurídicas, sobre todo de las sociedades. Uno de los acuerdos que trata sobre ellas es el AGCS. Este Tratado garantiza a los proveedores de servicios de los Estados miembros un acceso a ciertos mercados definidos en una lista³¹. En este contexto, prohíbe a los Estados miembros todas las “medidas que restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica ... por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio”³². Lo interesante es cómo define el acuerdo la noción “persona jurídica”. Según su art. XXVIII literal l), el término significa “toda entidad jurídica debidamente constituida u organizada de otro modo con arreglo a la legislación aplicable, con o sin ánimo de lucro, y ya sea de propiedad privada o pública”, incluido, por ejemplo, el *trust*. Es evidente que esta definición alude al DIPr porque se refiere a la “legislación aplicable”. Sin embargo, no se encuentra ninguna norma sobre la determinación de esta legislación en el AGCS. Es decir: el acuerdo evita dar una indicación sobre el DIPr.

El art. XXVIII literal m) AGCS, que define la “persona jurídica de otro Miembro”, da criterios más precisos. Según esta disposición, el término significa una persona jurídica que “esté constituida u organizada de otro modo con arreglo a la legislación de ese otro Miembro y que desarrolle operaciones comerciales sustantivas en el territorio de ese Miembro o de cualquier otro Miembro”. El sentido y la función de esta definición son controvertidos. Algunos autores han propuesto que detrás de las letras se escondería una regla de conflicto de leyes dando competencia para regular las cuestiones de Derecho de sociedades al Estado de constitución de la persona jurídica³³. Estos autores subrayan que el AGCS otorga indirectamente la misma libertad de establecimiento que el Tratado de Roma. Por lo tanto, el AGCS se debería interpretar de la misma manera que este último, es decir en el sentido de que se aplique el derecho del estado de la constitución, según la regla que ha sido deducida por el TJUE en el fallo *Überseering*.

Esta opinión ha sido controvertida por otra opinión³⁴. Esta última subraya que la disposición citada sirve, en primer lugar, para definir a las personas

³¹ Art. XVI ap. 2 AGCS.

³² Art. XVI ap. 2 literal e) AGCS.

³³ J. Hoffmann, *Anwaltkommentar zum BGB*, vol. 1, Baden-Baden 2005, Anh zu Art. 12 EGBGB, n^{os} 146–149; C. Tietje, en Christian Tietje (ed.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, Berlin 2009, § 1 No. 116.

³⁴ M. Lehmann, “Fällt die Sitztheorie jetzt auch international? – Zur Vereinbarkeit der kollisionsrechtlichen Anknüpfung an den Gesellschaftssitz mit dem GATS”, *Recht der Internationalen*

jurídicas que se benefician del régimen del AGCS, y no a determinar el Derecho aplicable. Igualmente, esa opinión destaca que la transferencia de la jurisprudencia *Überseering* y demás podría ser motivo de discusión ya que, como hemos demostrado, en este caso la aplicación del Derecho de la constitución de la sociedad no era necesaria para garantizar la libertad de establecimiento, ya que el TJUE hubiera podido limitarse a demandar el reconocimiento de las sociedades constituidas al extranjero sin dictar el Derecho aplicable a ellas. Además, se debe subrayar, según esta opinión, que hasta este momento falta una decisión llevada a cabo por los órganos de la OMC en el sentido del fallo *Überseering*³⁵. En particular, su Órgano de Solución de Diferencias (*Dispute Settlement Body*) nunca ha adoptado una interpretación tan amplia del acuerdo AGCS como la interpretación que el TJUE ha realizado al respecto de la libertad del establecimiento del Tratado de Roma.

Fuera lo que fuera, es verdad que se crea un problema de reconocimiento mutuo de las sociedades, no solamente en el marco de la UE, sino también en el contexto de los acuerdos firmados bajo el auspicio de la OMC. Cuando un acuerdo de libre comercio no se limita a la libre circulación de mercancías, pero recoge igualmente la libre prestación de servicios, se debe necesariamente reconocer la existencia de los proveedores de estos servicios, que no solo pueden ser personas físicas, sino también personas jurídicas. Sin ese reconocimiento, las sociedades que han prestado un servicio a un cliente en otro Estado miembro del área de libre comercio no podrían reclamar la contraprestación, es decir el precio, por su servicio, porque una entidad que no existe no puede tener derecho ninguno. En esas circunstancias, es lógico que estas sociedades eviten contratar con personas situadas en los otros miembros. En efecto, sin reconocimiento de sociedades no habría libre comercio de servicios. Además, es necesario que un Estado reconozca la autorización de los órganos sociales, porque sin esa autorización todos los contratos concluidos por ellos en el nombre de la sociedad serían nulos. Esas enseñanzas se deben, precisamente, al caso *Überseering*. Aunque la solución aportada por el TJUE a ese caso no se puede, sin más, transferirse a otros tratados, el mismo problema que estaba al fondo de ese fallo existe también en el contexto de las demás áreas de libre comercio. Es inevitable, entonces, que los Estados miembros de los demás acuerdos sobre libre comercio de servicios reconozcan por lo menos a las sociedades creadas en el extranjero y a la autorización de sus órganos. El reconocimiento es un método del DIPr en el sentido amplio, aunque no sea idéntico a

Wirtschaft 2004, pp. 816–823; M. Lehmann, en S. Leible y J. Reichert (ed.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, vol. 6, München 2013, § 5, No. 23.

³⁵ En este sentido M. Lehmann, “Fällt die Sitztheorie...”, *loc. cit.*, pp. 816–823; *id.*, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, *op. cit.*

la determinación del Derecho aplicable³⁶. Por eso, es correcto decir que para lograr su fin, el AGCS, hoy o en el futuro, también debe influir en el DIPr. Esa influencia no se produce directamente por la definición de las personas jurídicas, sino por una regla de reconocimiento mutuo que se debe insertar, o por un cambio del texto o por una interpretación del acuerdo por el Órgano de Solución de Diferencias. En otras palabras, la definición de la persona jurídica no es una norma de conflicto de leyes, y precisamente por esa razón se necesita adoptar una nueva norma.

La misma relación con el DIPr se puede observar en los acuerdos regionales sobre libre comercio e inversiones transfronterizas. A menudo, estos prevén no solamente la libre circulación de las mercancías, sino también la libre prestación de servicios, que se puede efectuar de manera transfronteriza o a través de un establecimiento en el territorio de la otra parte, lo que implica la posibilidad y la protección de la inversión³⁷. Esta protección es particularmente importante en las situaciones –muy frecuentes– en las cuales los servicios son propuestos por una sociedad. Por eso, los acuerdos citados definen a la persona jurídica en ese contexto. Usan definiciones muy similares a las usadas por el AGCS³⁸. La utilización de estos criterios sirve para identificar a los proveedores de servicios que se beneficiarían del régimen de los acuerdos. Esto significa también que los Estados miembros que hayan firmado esos acuerdos no podrán discriminar a una persona jurídica de origen extranjero cuando esa persona cumpla con todos los requisitos enumerados en el acuerdo. Especialmente, no podrán rechazar a un proveedor de servicios con el argumento de que no sería constituido en conformidad con las reglas aplicables desde el punto de vista de su DIPr. Es suficiente que la constitución de la persona jurídica corresponda con el derecho de la otra parte, siempre que la persona jurídica tenga su domicilio social o real, o su establecimiento principal en este otro país. En este caso, no se podrá negar la existencia de la persona jurídica, ni el poder de sus órganos para actuar en su nombre. En este sentido, los acuerdos forzaron a los Estados miembros a aceptar la existencia de sociedades constituidas al extranjero. Por lo tanto, se puede establecer que los acuerdos deben influir en el DIPr de la misma manera que el AGCS.

2. Normas sobre mercancías

Según lo analizado anteriormente, es interesante estudiar las normas de los tratados sobre los productos. Se ha mencionado previamente que en la UE el

³⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* H.P. Mansel, “Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums”, *RebelsZ*, 2006, pp. 651–731.

³⁷ *Vid.*, *v.gr.*, art. 164 ss. AdA y art. 111 ss. AC.

³⁸ Art. 160 lit. d, e AdA y art. 108 AC.

estándar de la seguridad es determinado por el principio del país de origen, es decir por el Derecho del Estado miembro del cual proviene la mercancía en cuestión, y que ese estándar también se aplica cuando se analiza la responsabilidad por daños de una mercancía defectuosa.

El Derecho de la UE, bajo la influencia del TJUE, es muy particular y avanzado a este respecto. Por otra parte, los otros acuerdos comerciales no conocen el principio del país de origen. Sin embargo, sí conocen el problema de las diferencias entre las normas que establecen las características específicas de un producto, *v.gr.*, el tamaño, la forma, el diseño, las funciones o el rendimiento, o bien la manera en que se etiqueta o embala antes de ponerlo en venta. Estas diferencias están integradas en la noción de “obstáculos técnicos al comercio” y poseen un papel extremadamente importante en el Derecho moderno del comercio³⁹.

Como ejemplo, en el marco del antiguo GATT un acuerdo especial sobre estos obstáculos había sido firmado por 32 países⁴⁰. Bajo la protección de la OMC, se concluyó el nuevo Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), que vincula a todos sus miembros. Ese acuerdo tiene por objetivo la protección de la seguridad y de la salud de las personas, de la salud y de la vida de los animales y de los vegetales, y del medio ambiente. Al mismo tiempo, aspira a evitar que las normas que sirven esos objetivos no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional. Para lograr este fin, prescribe la manera en la cual los Estados miembros deben adoptar reglamentos técnicos y evaluar la conformidad de las mercancías y servicios con estos reglamentos. Prevé, por ejemplo, que cuando existe una norma internacional pertinente, los Estados miembros deben utilizar esta norma y no una norma nacional particular⁴¹. Al mismo tiempo, dispone que los Estados miembros deben participar en la armonización de sus reglamentos técnicos mediante las instituciones internacionales competentes⁴².

Todo lo establecido en estos párrafos anteriores es muy importante, ya que significa que desde el punto de vista del acuerdo, el derecho nacional regula exclusivamente el estándar de seguridad al cual deben corresponder los productos de procedencia extranjera. Para el OTC, un principio del país de origen de la misma manera que se aplica en la UE sería demasiado radical. En realidad, en la UE aún no está consagrado como en el texto del Tratado de Roma, pero ha sido deducido por la jurisprudencia del TJUE. Los órganos de solución de diferencias del OMC podrían difícilmente adoptar la misma interpretación,

³⁹ *Vid.*, *v.gr.*, K.E. Maskus y J.S. Wilson, *Quantifying the Impact of Technical Barriers to Trade – Can it be Done?*, University of Michigan Press, 2001, p. vii y *passim*.

⁴⁰ Acuerdo (plurilateral) sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de 1979.

⁴¹ Art. 2.4 OTC.

⁴² Art. 2.6 OTC.

dado que el OTC reconoce expresamente la competencia de los Estados miembros de aplicar su Derecho.

El principio del país de origen no se encuentra tampoco en los acuerdos regionales de libre comercio, como el AdA o el AC. Al igual que el OTC, aquellos acuerdos también contienen normas sobre obstáculos técnicos al comercio⁴³. Estas normas presuponen que cada uno de los Estados miembros guarda, en principio, el derecho de aplicar sus reglas a los bienes importados. En cuanto a la responsabilidad por productos defectuosos, se establece que los Estados miembros no están obligados a aplicar las normas del país de origen como estándar de seguridad y pueden seguir su propio derecho, o el de otro estado, para determinar ese estándar. Los acuerdos no les obligan y les dejan libertad sobre esa cuestión.

Sin embargo, eso no significa que un principio similar al principio del país de origen no pudiera adoptarse *nunca* en el marco de los acuerdos sobre libre comercio e inversión transfronterizas al margen del Tratado de Roma. Todos estos acuerdos tienen por objetivo reducir la necesidad de pruebas múltiples en el país de origen y en los países destinatarios, ya que esas pruebas resultan muy costosas, y constituyen en sí mismas barreras al libre comercio. Por esta razón, el OTC anima a los Estados miembros al reconocimiento mutuo de los procedimientos de evaluación de conformidad⁴⁴. Esa obligación de reconocimiento se encuentra más detallada en los acuerdos bilaterales como el AdA y el AC⁴⁵. Cuando un Estado sigue este consejo, y reconoce la evaluación de la seguridad hecha por los órganos de otro estado, eso tiene por resulta un efecto similar a la aplicación del principio del país de origen.

Parece que este principio podría ser de una magna importancia por el Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (*Transatlantic Trade and Investment Pact – TTIP*) que se está negociando en este momento entre la UE y los Estados Unidos. Como los aranceles son ya casi inexistentes entre los dos bloques económicos, las negociaciones van a enfocarse en la eliminación de los obstáculos técnicos al comercio y a las pruebas múltiples. Si realmente la UE va a reconocer las evaluaciones de conformidad hechas por las autoridades norteamericanas, y los EE UU van a aceptar las evaluaciones hechas por los órganos europeos, un principio del país de origen podría establecerse. En este caso, sería consecuente transferirlo también al contexto del Derecho privado. En resultado, se debería aplicar a la responsabilidad civil por productos defectuosos el estándar de segu-

⁴³ Vid. arts. 71 ss TLC, art. 125 ss AdA.

⁴⁴ Art. 6.1º OTC.

⁴⁵ Art. 129 ss AdA; art. 71 ss AC.

ridad del país de origen, ya que el productor de la mercancía debería respetar solamente ese estándar.

3. Normas sobre derechos de propiedad intelectual

Todos los acuerdos modernos sobre libre comercio e inversiones transfronterizas abordan el problema de la protección de los derechos de propiedad intelectual. En la Ronda de Uruguay, en el que resultó el establecimiento del OMC, se incluyó un convenio separado, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Este acuerdo prevé niveles mínimos de protección que cada gobierno ha de otorgar a la propiedad intelectual de los demás miembros, por ejemplo a las patentes o las marcas comerciales otorgados por las oficinas de estos Estados miembros. El acuerdo también requiere sanciones civiles, como por ejemplo daños y perjuicios que puede demandar el titular del derecho de propiedad intelectual que había sido violado⁴⁶. Los acuerdos regionales sobre libre comercio e inversiones transfronterizas protegen esos bienes con reglas específicas⁴⁷.

Generalmente, los acuerdos no prevén el Derecho aplicable a pleitos civiles. Se basan en el principio de que cada una de las partes aplica su Derecho nacional a la violación de los derechos de propiedad intelectual, y se enfocan en reforzar el contenido de ese Derecho nacional. En este sentido, siguen la tradición de los acuerdos decimonónicos sobre derechos de propiedad intelectual, como el Convenio de París⁴⁸ o el Convenio de Berna⁴⁹. Sin embargo, también se puede establecer que los tribunales civiles de un estado puedan juzgar un pleito sobre la violación de un derecho de propiedad intelectual en otro Estado miembro. En este caso, se pone el problema del conflicto de leyes.

Como hemos visto, la UE determina el derecho aplicable a esos pleitos en función del derecho de propiedad intelectual violado⁵⁰. Cabe preguntarse, una vez más, si eso es una solución idiosincrática del Derecho europeo o si refleja una conexión necesaria entre el derecho de bien inmaterial y la obligación nacida de su violación. En ese contexto, es interesante ver una discusión en la doctrina. Según algunos autores, el principio de territorialidad que determina el alcance de los derechos de la propiedad intelectual implicaría que la responsabilidad extracontractual derivada de la violación de un tal derecho debe necesaria-

⁴⁶ Art. 45 ADPIC.

⁴⁷ Vid. art. 235 ss AdA; art. 195 ss AC.

⁴⁸ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 20 marzo 1883, revisado.

⁴⁹ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 9 septiembre 1886, revisado.

⁵⁰ Art. 8 RR II.

mente ser regida por la misma ley⁵¹. Otros autores piensan, al contrario, que el principio de territorialidad no prejuzga la determinación del Derecho aplicable⁵². Estos autores proponen que sea posible de aplicar otra ley distinta a la del país en el cual el bien inmaterial está protegido.

Desde un punto neutral, parece que esta última posición es correcta. En principio, un Estado es libre sancionar las violaciones de derechos de propiedad intelectual de cualquier modo si la violación se produce fuera de su territorio, sin perjuicio de las obligaciones internacionales que este Estado haya asumido. Los acuerdos internacionales sobre los derechos de propiedad industrial y el derecho de autor conciernen, en primera línea, al contenido del derecho substancial y no al Derecho aplicable. Es verdad que unos autores deducen de la prohibición de discriminar titulares extranjeros la aplicabilidad del Derecho nacional a todas las violaciones de derechos inmateriales, incluidos los extranjeros⁵³. Pero esta interpretación ha sido controvertida por el TJUE en el contexto del Convenio de Berna. El Tribunal de Justicia estima que el objeto de ese Convenio no es determinar la ley aplicable en materia de protección de las obras literarias y artísticas, sino de garantizar el trato nacional de los derechos relativos a tales obras⁵⁴. Esta interpretación parece correcta. Como la mayoría de los acuerdos sobre derechos de propiedad intelectual se refieren a ese convenio⁵⁵, se desprende que esos acuerdos tampoco determinan el Derecho aplicable.

Los acuerdos sobre la protección de los derechos de propiedad intelectual, entonces, no influyen directamente en el DIPr. Sin embargo, se aconseja que los tribunales apliquen a las obligaciones extracontractuales derivadas de la violación de derechos inmateriales la misma ley que rige esos derechos. No tendría mucho sentido someter la responsabilidad a un estándar más estricto o más liviano que las instancias del país en el cual el derecho es registrado o reconocido y violado. Eso produciría un *forum shopping* y debilitaría el sistema internacional de protección de derechos de propiedad intelectual. En consecuencia, la regla contenida en el art. 8 ap. 1 RR II es aconsejable para lograr los fines de los acuerdos internacionales. En otras palabras, aunque los convenios sobre la protección de derechos inmateriales no contienen una norma de conflicto de leyes, es necesario completarlos con una. Según esa regla, que podría insertarse en la legislación o adoptarse por la jurisprudencia, la ley que garantiza el derecho de propiedad determinará también

⁵¹ En este sentido R. Sack, "Das internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB-Novelle, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2000, p. 269.

⁵² *Vid.*, v.gr., J. Drexler, *Münchener Kommentar zum BGB*, 5ª ed., München 2010, vol. 10, *Internationales Immaterialgüterrecht*, nº 14.

⁵³ *Ibid.*, nº 66 ss.

⁵⁴ STJUE 30 junio de 2005, as. C-28/04, *Rec.* 2005, p. I-5781, No. 32.

⁵⁵ *Vid.*, v.gr., art. 9 ADPIC.

las consecuencias civiles de su violación. Habrá entonces una identidad entre la regla de conflicto de leyes en ambas materias.

V. Posibles normas de conflicto de leyes

El análisis anterior ha demostrado que los acuerdos sobre libre comercio e inversiones transfronterizas no contienen normas de conflicto de leyes, pero sí influyen al DIPr. Se aconseja reconocer esta influencia y clarificar el Derecho aplicable mediante unas normas expresas de conflicto de leyes. Esas normas podrían ser adoptadas por los órganos de solución de conflictos, o, preferiblemente, podrían ser insertadas expresamente en el texto de los acuerdos.

En cuanto al Derecho aplicable a las personas jurídicas, la experiencia europea demuestra que el criterio de la constitución de la sociedad es el único adecuado para lograr la libre circulación de los servicios, debido a que permite el movimiento transfronterizo de las sociedades sin que con ello pierdan su personalidad jurídica. Sería entonces recomendable fijar una regla en los acuerdos que prevea que, en el contexto de los pleitos civiles sobre estos servicios, los tribunales deben seguir el criterio de la constitución. Esto no es decir que los Estados miembros deban aplicar el Derecho del Estado de la constitución a todos los aspectos de la sociedad, teniendo en cuenta que el objetivo principal de ese tipo de acuerdos es la liberalización del comercio internacional, y no del DIPr. Para lograr los fines de esos acuerdos, es suficiente que se reconozca la existencia de las personas jurídicas, la responsabilidad limitada de sus socios y los poderes de sus representantes cuando la persona jurídica es constituida con arreglo a ley del país de su constitución. Por esta razón, nada parece impedir a un Estado miembro someter, por ejemplo, un pleito entre los socios de una sociedad privada a un otro Derecho. Se podría determinar, a partir de lo examinado anteriormente, que el impacto del DIPr es limitado. Además, el reconocimiento solamente se debe en el ámbito de los acuerdos y no en otros contextos. Por esa razón, son cubiertas por la regla de conflicto de leyes solamente las personas jurídicas “de la otra parte” en el sentido de las definiciones citadas por los acuerdos. Pero no es necesario repetir esa definición, sino que es suficiente con clarificar su ámbito limitado. La norma de conflicto de leyes se establece sin necesidad de repetir la existencia de un vínculo real con la otra parte, ya que no se trata de distribuir un privilegio comercial a otro Estado miembro o a sus sociedades, sino solamente de reconocer el hecho de su existencia y del poder de sus órganos. Una posible norma podría ser:

“En los pleitos de Derecho civil que conciernan al ámbito de este acuerdo, los tribunales de cada parte deben reconocer la existencia de las personas jurídicas, la eventual responsabilidad limitada de

sus socios y la autorización de sus órganos siempre que esas personas son constituidas con arreglo a la ley de otro Estado miembro”.

En cuanto a los pleitos sobre la responsabilidad por los bienes o servicios defectuosos, es aconsejable consagrar el principio del país de origen, por lo menos si los Estados miembros reconocen mutuamente sus estándares de seguridad. Se debería entonces formular una norma de conflicto de leyes que consagre la aplicación del estándar de seguridad del país de origen. Un posible ejemplo de la norma podría ser:

“En los pleitos sobre la responsabilidad por bienes o servicios defectuosos que conciernan al ámbito de ese acuerdo, los tribunales de cada parte deberán aplicar las reglas de seguridad y calidad del país de procedencia de los bienes o servicios”.

Finalmente, en lo que respecta a la protección de la propiedad intelectual, se podría inspirar del modelo del art. 8 RR II. Se podría adoptar una norma así:

“En los pleitos sobre la responsabilidad por la infracción de un derecho de propiedad intelectual, la ley aplicable será la ley del país donde se encuentre protegido dicho derecho”.

Bibliografía

- Amram, Ph.W.: “A Unique Organization: the Conference on Private International Law”, *American Bar Association Journal*, vol. 43, 1957, pp. 408 ss.
- Basedow, J.: “Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt”, *RabelsZ*, vol. 59, 1995, pp. 1 ss.
- Basedow, J.: “Was wird aus der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht?”, *Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag*, Múnich, Sellier European Law Publishers GmbH, 2001, pp. 463 ss.
- Behrens, P.: “Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art”, *IPrax*, 2003, pp. 193 ss.
- Borrás, A.: “Cuatro elementos estructurales de los Convenios de La Haya, con especial referencia a los Convenios ratificados por España”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1993–1, pp. 9 ss.
- Calvo Caravaca, A.L. y J. Carrascosa González: *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Granada 2009.
- Drexel, J.: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5ª ed., Múnich 2010, vol. 10, *Internationales Immaterialgüterrecht*.
- Eidenmüller, H. y G.M. Rehm: “Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2004, pp. 159 ss.
- Fernández Rozas, J.C. y S. Sánchez Lorenzo: *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Cizur Menor, 2009.

- Fernández Rozas, J.C.: “Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional privado”, *Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2002, pp. 151–192.
- Garcimartín, F.J.: *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, 2012.
- Gómez Jene, M.: *Derecho internacional privado* (A.P. Abarca Junco y otros), Madrid, 2013, pp. 436 ss.
- Heuzé V. y P. Mayer, *Droit international privé*, 10ª ed., 2010
- Hoffmann, J.: *Anwaltkommentar zum BGB*, vol. 1, Baden–Baden 2005
- Jasper, D. y S. Wollbrink: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, vol. 3, 4 ed., 2012.
- Kegel, G. y K. Schurig: *Internationales Privatrecht*, 9ª ed. 2004.
- Kindler, P.: “Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft?– Die “Überseering”– Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht”, *NJW*, 2003, pp. 1073 ss, esp. pp. 1076 ss.
- Kindler, P.: *Münchener Kommentar BGB, Internationales Handels– und Gesellschaftsrecht*, vol. 11, 5 ed., 2010.
- Kropholler, J.: *Internationales Privatrecht*, 6ª ed., 2006.
- Lehmann, M.: “Fällt die Sitztheorie jetzt auch international? – Zur Vereinbarkeit der kollisionsrechtlichen Anknüpfung an den Gesellschaftssitz mit dem GATS”, *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2004, pp. 816–823
- Lehmann, M.: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts* (S. Leible y J. Reichert, eds.), vol. 6, München, 2013.
- Lehmann, M.: *Nomos–Kommentar BGB*, vol. 6, *Rom–Verordnungen*, Baden–Baden 2014
- Leible, S. y J. Hoffmann: ““Überseering” und das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2003, pp. 925 ss.
- Mansel, H.P.: “Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums”, *RabelsZ*, 2006, pp. 651–731.
- Maskus, K.E. y J.S. Wilson: *Quantifying the Impact of Technical Barriers to Trade – Can it be Done?*, University of Michigan Press, 2001.
- Menjucq, M.: *Droit international et européen des sociétés*, 3ª ed., 2011.
- Reithmann, C., D. Martiny y R. Hausmann: *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 7ª ed., Colonia, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010
- Sack, R.: “Das internationale Wettbewerbs– und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB–Novelle, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2000, pp. 269 ss.
- Sonnenberger, H.J.: “Europäische Herausforderungen des Internationalen Gesellschaftsrechts”, *Le droit international privé: Esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, París, 2005, pp. 753 ss.
- Sonnenberger, H.J.: *Münchener Kommentar BGB*, vol. 10, 5ª ed., 2010.
- Thölke, U.: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, vol. 6, 2013.
- Thorn, J.K.: *Palandt, BGB*, 73. ed., 2014.
- Tietje, C. (ed.): *Internationales Wirtschaftsrecht*, Berlín 2009.

SOBRE LA SUMISIÓN TÁCITA EN EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS

Nuria MARCHAL ESCALONA *

SUMARIO: I. Introducción. II. Alcance y límites de la sumisión tácita en el Reglamento Bruselas I bis. 1. La regulación de la sumisión tácita en el RB I bis. 2. Las incógnitas a despejar en la aplicación práctica del art. 26.2º Reglamento Bruselas I bis. III. El papel de la sumisión tácita en los procesos europeos. IV. Eficacia de decisiones versus sumisión tácita. V. Conclusiones.

RESUMEN: El objeto de este trabajo es analizar el papel y el funcionamiento práctico que el art. 26.2º Reglamento (UE) nº 1215/2012 (RB I bis) está llamado a desempeñar en el espacio judicial europeo al admitir el juego de la sumisión tácita en los contratos celebrados por consumidores, seguros e individuales de trabajo. En concreto, este precepto obliga al tribunal ante el cual se ha presentado una demanda a asegurarse de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia y de las consecuencias de la comparecencia o no. El presente artículo incluye una valoración crítica de dicho precepto, en la medida en que no resuelve los problemas prácticos que su aplicación plantea.

PALABRAS CLAVE: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – SUMISIÓN TÁCITA. REGLAMENTO 1215/2012 – PROCESOS MONITORIO EUROPEO– PROCESO EUROPEO DE ESCASA CUANTÍA– RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES.

ABSTRACT: *This paper has the aim of analyse the roll and functioning of the in the art. 26.2º of the new Council Regulation (EU) number 1215/2012 (Regulation “Brussels I bis”) is called to play in the European Judicial Area conferring jurisdiction by way of entering an appearance before a court of a Member State, in cases of consumer, insurance and individual employment contracts. In fact, this article oblige to the court before which he has filed a lawsuit to ensure that the defendant is informed of his right to contest the jurisdiction of the court and of the consequences of entering or not entering an appearance. The present article includes a critical review of this article insofar as it does not solve the serious practical problems when it comes to implementation.*

KEYWORDS: INTERNATIONAL JURISDICTION – SUBMISSION TO THE JURISDICTION –REGULATION 1215/2012 – EUROPEAN PAYMENT PROCESS– SMALL CLAIMS– RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF DECISIONS.

* Profesora titular de Derecho internacional privado. Universidad de Granada.

I. Introducción

En el espacio judicial europeo las reglas que determinan la competencia judicial internacional en los litigios en los que concurre una parte débil en la relación contractual bien sea un consumidor, un trabajador, el tomador de un seguro, el asegurado, o bien el beneficiario del mismo tienden a protegerlos. El legislador comunitario consciente de los posibles abusos que pueden producirse en los contratos de adhesión, así como de las dificultades de acceso a la justicia que existen en los casos en los que el contratante débil tiene que desplazarse a otro Estado distinto del lugar donde reside habitualmente, predispuso en el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RB I¹) un régimen de competencia judicial internacional especial, con rasgos propios, respecto de los contratos de seguros (Sección 3)², de consumidores (Sección 4)³ y de trabajadores (Sección 5)⁴. Esta política de protección se materializa al restringir las opciones procesales de las que dispone el demandante (empresario), dado que la única jurisdicción de la que dispone es la del foro del domicilio de la contraparte (*actor sequitur forum rei*), así como la validez los pactos atributivos de jurisdicción.

La cuestión está en saber si en los supuestos en los que existe una parte débil debe admitirse la operatividad del foro de la sumisión tácita –ex art. 24 RB I–. Una duda más que razonable después de lo establecido en la STJ 22 mayo 2008 en el asunto *Glaxosmithkline* (C-462/06)⁵, que excluía la operatividad de

¹ DO L 12 de 16.1.2001, pp. 1–23; corrección de errores en DO L 307 de 24.11.2001, p. 28, y en DO L 176 de 5.7.2002, p. 47; para la versión codificada mas reciente de las modificaciones introducidas en sus Anexos, *vid.* Reglamento (UE) n° 156/2012 de la Comisión, de 22 febrero, DO L 50 de 23.2. 2012, pp. 3–10]. Este instrumento quedará derogado y será sustituido, a partir del 10 enero 2015, por el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351 de 20.12.2012, pp. 1–32).

² *Vid.* M.J. Fernández Martín, “La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad y seguros de conformidad con el RB I”, *Revista Española de Seguros*, n° 140, 2009, pp. 651–680.

³ P. De Miguel Asensio, “La tutela de los consumidores en el mercado global: Evolución del marco normativo”, *Estudios sobre Consumo*, n° 85, 2008, pp. 23–44.

⁴ *Vid.* P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo*, Valladolid, Lex Nova, 2006, pp. 36–43.

⁵ En dicho asunto el Sr. Rouard fue contratado por la sociedad Laboratoires Beecham Sévigné, posteriormente sociedad Laboratoires Glaxosmithkline, cuyo domicilio social estaba situado en Francia. Posteriormente, fue destinado a Marruecos en virtud de un nuevo contrato de trabajo concluido con la sociedad Beecham Research UK, con sede en el Reino Unido, que pertenecía al mismo grupo que la sociedad Laboratoires Beecham Sévigné. En este contrato el segundo empleador se comprometía a mantener determinados derechos contractuales adquiridos por el Sr. Rouard en el marco de su contrato

lo establecido en el art. 6 RB I en los litigios relativos a los contratos individuales de trabajo. Por lo que, podía concluirse que dicha exclusión afectaba también al resto de las disposiciones reglamentarias. Sobre este aspecto, la doctrina estaba dividida⁶. Una parte sostenía que la sumisión tácita no debía ser admitida como foro de competencia judicial internacional en relación con los litigios que cuentan con su propia regulación, dado que ello podría suponer un perjuicio para los sujetos que precisamente se pretende proteger⁷. Frente a esta postura, otros autores mantenían que la sumisión tácita sí podía operar, incluso, en materias que son objeto de una especial protección⁸. De hecho, partían de la primacía del art 24 RB I sobre las disposiciones que regulaban los foros de protección⁹. Argumentaban su postura en el hecho de que si el Reglamento admite en materia de seguros, consumidores y trabajadores la sumisión expresa cuando esta es “posterior al nacimiento del litigio”, mutatis mutandis no hay razones para no admitir la sumisión tácita¹⁰. Para estos, la *prorrogatio fori* tiene un alcance general y, por tanto, puede operar en cualquier tipo de litigio. Las únicas excepciones son las que establece el art. 24 RB I. El TJ resolvió este dilema doctrinal en la Sentencia de 20 mayo 2010 en el asunto *Bilas* (as. C-111/09¹¹) relativa a un contrato de seguro¹². Para el TJ estaba claro que:

de trabajo inicial (en particular, el mantenimiento de su antigüedad, así como derechos de indemnización por despido). El 9 marzo 2001, la sociedad Beecham Research UK, posteriormente sociedad Glaxosmithkline, despidió al Sr. Rouard y este presentó demanda ante el Conseil de prud’hommes de Saint Germain en Laye (Francia), el 4 junio 2002, dirigida a la vez contra las sociedades Laboratoires Glaxosmithkline y Glaxosmithkline, subrogadas respectivamente en los derechos de Laboratoires Beecham Sévigné y Beecham Research UK. En este contexto, se planteó al Tribunal de Justicia si la regla de competencia especial prevista en el art. 6.1º RB I resultaba aplicable a un litigio emprendido por un trabajador ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro contra dos sociedades pertenecientes al mismo grupo. El TJ, en contra de las conclusiones del Abogado general, consideró que el tribunal competente en un litigio, que tenga por objeto un contrato individual de trabajo debe ser designado conforme a las reglas de competencia previstas en la sección 5ª del Reglamento. *Vid.* el comentario de F. Jault Seseke, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, pp. 853–859.

⁶ *Vid.* las diferentes posturas en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Notas breves sobre la sentencia del TJ (Sala cuarta) de 20 mayo 2010 (*Bilas*: Asunto C-111/09): La sumisión tácita en los litigios internacionales de seguro, consumo y trabajo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, 2010, pp. 236–241 en esp. pp. 237–238.

⁷ P.A. Nielsen, “Art. 17”, *Comentary on Brussels I Regulation* (P. Mankowski y U. Magnus, eds.), Múnich, Sellier European Law Publisher, 2007, pp. 321–325 en esp. p. 325.

⁸ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Art. 24”, *Comentary on Brussels I Regulation* (P. Mankowski, U. Magnus, eds.), Múnich, Sellier European Law Publisher, 2007, pp. 436–445, esp. p. 445; M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, Thomson/Civitas, 2007, p. 306; A.L. Calvo Caravaca, “Art. 18”, *Comentario al Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968* (A.L. Calvo Caravaca, dir.), Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1994, p. 378.

⁹ A.L. Calvo Caravaca, “Art. 18”, *loc. cit.*, en *op.cit.*, p. 378.

¹⁰ M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 306.

¹¹ Dicha decisión tuvo su origen en un pleito que enfrentaba a Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group, compañía aseguradora domiciliada en la República Checa, y al demandado Sr.

“El art. 24 del Reglamento (CE) nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que el juez al que se ha sometido un litigio contraviniendo las reglas de la sección 3 del Capítulo II de dicho Reglamento debe declararse competente en el caso de que el demandado comparezca y no proponga una excepción de incompetencia, pues tal comparecencia constituye una prórroga tácita de la competencia”.

La respuesta del Tribunal fue contundente, al considerar que la comparecencia del demandado que no impugna la competencia del juez que conoce del asunto constituye una prórroga tácita. El TJ fundamentó su postura en la interpretación literal del precepto, los precedentes jurisprudenciales existentes y el sentido común¹³. Aunque la trascendencia de este pronunciamiento paso desapercibida, resulta evidente que el hecho de admitir la sumisión tácita en materia de seguros, conlleva a sus sostenimiento respecto de otros foros que igualmente protegidos como tiene lugar en litigios relativos a contratos de trabajo o de consumo.

La reforma aprobada por el Consejo, el 6 diciembre 2012, del RB I, en la que la UE venía trabajando desde hace tiempo¹⁴, reaviva el interés por la decisión

Bilas, tomador del seguro domiciliado en Eslovaquia, ante el Okresní soud v Chebu (República Checa), en el que se solicitaba que este fuera condenado al pago de una cantidad de dinero. Tras ser requerido, el Sr. Bilas impugnó el fondo de la pretensión de ČPP, sin proponer la oportuna excepción de incompetencia. Dicho órgano decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales. La primera, estaba destinada a saber si el art. 24 RB I permite a un órgano jurisdiccional examinar de oficio su competencia en los casos en los que el demandado comparece voluntariamente en asuntos objeto de protección en el ámbito de la competencia judicial internacional. La segunda, si, en tales casos, podía un tribunal fundamentar su competencia judicial internacional en la comparecencia voluntaria del demandado. Y, en caso de respuesta negativa a esta segunda pregunta, si dicha comparecencia podía ser considerada como un acuerdo atributivo de jurisdicción (ex art. 13.1º del Reglamento).

¹² P. Mankowski, “Besteht der europäische Gerichtsstand der rügelosen Einlassung auch gegen von Schutzregimes besonders geschützte Personen?”, *RIW*, 2010, pp. 667–672; S. Marino, “La proroga tacita di giurisdizione nei contratti conclusi dalle parti deboli: la sentenza Bilas”, *Riv. dr. int. pr. proc.*, 2010, pp. 915–924; U. Grusic, “Case C–111/09, Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group v. Michal Bilas, Judgment of the European Court of Justice (Fourth Chamber) of 20 May 2010”, *Common Market L. Rev.*, 2011, vol. 48, nº3, pp. 947–955; A. Tedoldi, “La proroga tacita della giurisdizione nelle controversie contro assicurati, consumatori e lavoratori nel Regl. UE n. 44/2001”, *Riv.dir.proc.*, 2011, pp. 1255–1261; A. Staudinger, “Wer nicht rügt, der nicht gewinnt – Grenzen der stillschweigenden Prorogation nach Art. 24 EuGVVO”, *IPrax*, 2011, pp. 548–554.

¹³ Para un análisis de la misma *vid.* N. Marchal Escalona, “*Quid* de la sumisión tácita en el espacio judicial europeo”, *Diario La Ley. Unión Europea*, nº 2, 2013, pp. 20–32.

¹⁴ DO L 351 de 20.12.2012. De hecho, fue adoptado tras un largo proceso legislativo en el que ha existió un intenso sobre los dos principales objetivos de la reforma: por una parte, suprimir la remisión a las reglas nacionales cuando el demandado no está domiciliado en un Estado miembro y, de otra, la eliminación del exequátur. El primero no se ha llegado alcanzar y segundo se ha logrado, pero con un alcance más limitado de lo inicialmente pretendido. Para una valoración del mismo *vid.* al respecto P. de Miguel Asensio, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley*, nº 8013, 31 enero 2013, pp. 1–4; R. Arenas García, “Del RB I al RB I bis”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, 2013–2, pp. 377–382; F. Garau Sobrino, “Nace el nuevo RB I”, <http://conflictuslegum.blogspot.com.es> (entrada del 20 diciembre 2012); J.P. Beraudo, “Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et

adoptada por el TJ en el caso *Bilas*, dado que el fallo adoptado en la misma ha tenido un fiel reflejo en la redacción del actual art. 26 Reglamento (UE) n° 1215/2012 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales (RR I bis¹⁵) y, concretamente, en su apartado segundo. En él no solo se limita a aceptar el juego del foro de la sumisión tácita en materias objeto de protección, sino que, como veremos, también establece las condiciones o límites en las que ésta debe operar y debe ser aceptada. Por lo que, en principio dicha novedad debe ser bien recibida.

El objeto del presente estudio pretende, por una parte, valorar el alcance de esta modificación legislativa y, por otra, determinar su repercusión en el ámbito de la competencia judicial internacional y, por ende, en la tramitación de los procesos europeos (monitorio y de escasa cuantía), así como en el del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras.

II. Alcance y límites de la sumisión tácita en el RB I bis

1. La regulación de la sumisión tácita en el RB I bis

La consecuencia que se deriva del fallo adoptado por el TJ en el asunto *Bilas* es clara: las partes pueden someterse de modo tácito a un tribunal de un Estado miembro distinto a los designados en los llamados “foros de protección”. Nada que objetar en cuanto a su razonamiento y a su decisión. De hecho, esta postura es aconsejable y eficiente en términos de análisis económico del Derecho procesal civil internacional¹⁶.

l'exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Journ. dr. int.*, 2013, n° 3, pp. 741–763; F. Cadet, “Le nouveau Règlement Bruxelles I ou l'itinéraire d'un enfant gâté”, *Journ. dr. int.*, 2013, n° 3, pp. 765–790; P. Nielsen, “The New Brussels I Regulation”, *Common Market L. Rev.*, 2013, pp. 503–528; A. Nuyts, “La refonte du Règlement Bruxelles I”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2013–1, pp. 1–63.

¹⁵ Norma que, desde el 10 enero 2015 (art. 81), sustituirá al RB I (art. 66.1°), salvo excepciones (art. 66.2°). No obstante, aun cuando todavía no ha entrado en vigor ha sido publicada la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [Doc. COM (2013) 554 final, Bruselas 26 julio 2013], cuya finalidad es garantizar la aplicación conjunta y coherente del Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes (Acuerdo TUP) y el Protocolo del Tratado del Benelux de 1965 y del Reglamento. Para un análisis de las modificaciones propuestas vid. P.A. de Miguel Asensio, “La Propuesta de modificación del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) para su adaptación al Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes”, *La Ley: Unión Europea*, n° 7, 2013, pp. 1–6.

¹⁶ Vid. F.J. Garcimartín Alférez, “La racionalidad económica del DIPr”, *Cursos de Derecho Internacional*, Vitoria–Gasteiz, 2001, Univ. País Vasco, pp. 88–154, en esp. p. 129; J. Alfaro Águila Real, “Los costes de transacción”, *Estudios en homenaje al Prof. D Aurelio Menéndez*, vol. I, Madrid, 1996, pp. 123–162.

No obstante, el TJ no se pronunció sobre una cuestión que, a nuestro juicio, resulta fundamental, y que fue apuntada por los Gobiernos checo y eslovaco en sus respectivas observaciones¹⁷. Y es que, según estos, la admisión de la operatividad de la sumisión tácita en materias que son objeto de una especial protección en el ámbito de la competencia no puede ser incondicional y absoluta. Por razones evidentes, solo puede resultar operativa en los supuestos en los que el demandado, parte más débil, hubiera tenido la oportunidad de conocer y ejercer plenamente las consecuencias de su defensa en cuanto al fondo. Esto es, siempre que el demandado hubiera sido debidamente informado de que tiene a su alcance otras opciones procesales que le podrían convenir más. Si a pesar de ello, el demandado decide someterse tácitamente al tribunal ante el cual se ha interpuesto la demanda, no habría problema alguno en aceptar la operatividad del foro de la sumisión tácita. No sería así, en el caso en el que el demandado no hubiera sido consciente de cuáles eran sus opciones procesales porque, por ejemplo, hubiera sido mal asesorado, o porque la excepción de incompetencia fue interpuesta fuera del plazo señalado –según lo establecido en la *lex fori*–, y el tribunal hubiera considerado que existía sumisión tácita. En tales casos, está claro que no debería operar la sumisión tácita como foro de competencia. Es más, según las observaciones realizadas por los Gobiernos checo y eslovaco en el asunto *Bilas*, debería ser el juez al que haya sido sometido el litigio el que debería verificar de oficio, en interés de protección de la parte más débil, si el demandado / parte-débil ha sido informado y ha sido plenamente consciente de las consecuencias de su in/comparecencia¹⁸. A nuestro juicio, dicha posibilidad no resulta descabellada, pues, además, se encuentra amparada en la interpretación teleológica del Reglamento y, por tanto, en la finalidad tuitiva que presiden los foros de protección¹⁹. De hecho, esta idea ya había sido esbozada con anterioridad en la doctrina española²⁰ del TJ al hilo de la sentencia dictada en el asunto C 240/98²¹. Según esta sentencia, el consumidor demandado en un foro inicialmente incompetente deberá ser advertido de que si no impugna la competencia de dicho tribunal, su silencio será estimado como una aceptación tácita de aquella jurisdicción.

A la luz de lo expuesto, se puede decir que el fallo del TJ fue conformista e insuficiente, porque renunció a decidir bajo qué condiciones debería de admitirse el juego de la sumisión tácita en los foros de protección y, lo que es más importante, a quién correspondería el control de las mismas. Por eso, debe ser bien

¹⁷ Ap. 31.

¹⁸ Ap. 12.

¹⁹ P. Paradela Areán, nota a la STJCE 20 mayo 2010, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII, 2010–1, pp. 214–217 en esp. p. 216.

²⁰ M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, op.cit., p. 306.

²¹ Rec. I–4963–4977.

recibida la redacción que el legislador comunitario ha dado al art. 26.2º RB I bis. De hecho, puede decirse que este apartado constituye una de las novedades más destacables que el texto comunitario incorpora en el ámbito de la competencia judicial internacional. Dicho párrafo dispone que:

“En las materias contempladas en las secciones 3, 4 o 5, si el demandado es el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, el órgano jurisdiccional se asegurará, antes de asumir la competencia en virtud del apartado 1, de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer”.

Es evidente que este nuevo apartado del art. 26 RB I bis –heredero del art. 24 RB I– incorpora la doctrina sentada por el TJ en la Sentencia dictada en el asunto *Bilas*, si bien es cierto que con evidentes mejoras. Según el art. 26.2º RB I bis, las partes pueden prorrogar la competencia judicial de un tribunal, aun cuando el litigio verse sobre una materia que es objeto de una especial protección. Hasta aquí no hay nada nuevo. Es lo que venía manteniendo el TJ en el asunto *Bilas*. La novedad está en que limita la operatividad del foro de la sumisión tácita en aquellos ámbitos en los que existe una parte débil (seguros, consumidores y trabajadores). A tales efectos, establece la obligación del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda de, antes de asumir su competencia por este foro, asegurarse de que se ha informado al demandado de que puede impugnar la competencia, así como las consecuencias de su comparecencia o incomparecencia. No dudamos de las intenciones loables del legislador comunitario al redactar esta norma, máxime, una vez, conocido el fallo del TJ, pero, a nuestro juicio, deja abiertas una serie de cuestiones de índole práctico que, desde nuestro punto de vista, resultan fundamentales, y a las cuales nos referiremos a continuación.

2. Las incógnitas a despejar en la aplicación práctica del art. 26.2º RB I bis

El art. 26.2º RB I bis constituye una norma que puede calificarse de insuficiente e incompleta y genera una serie de dudas, sobre todo, en cuanto a su aplicación práctica, pues del tenor literal del precepto se infiere que el mismo impone el cumplimiento de dos obligaciones. Por una parte, la obligación de informar al demandado/parte-débil de la posibilidad que tiene de impugnar la competencia judicial de dicho órgano, así como de las consecuencias de su comparecencia o incomparecencia. Y, por otra, la del tribunal ante el cual se ha interpuesto la demanda, antes de declararse competente, de asegurarse de que ha recibido dicha información. Pero, realmente, ¿a quién le incumbe el cumplimiento de la obligación de información? ¿Cuándo debe el tribunal verificar que se ha cumplido o no con dicha obligación? Y, finalmente, quedaría por saber si podría el demandado/parte-débil denunciar *ex parte* la falta de competencia

judicial internacional del juez ante el cual se ha interpuesto la demanda en el caso de que, una vez que este hubiera cumplido su obligación, decidiera no proseguir con el proceso. Y, en caso de respuesta en sentido negativo, si podría el propio juez controlar ex officio su competencia.

En relación con el primer aspecto, hay que señalar que el RB I no se pronuncia sobre a quién corresponde el cumplimiento de la obligación de información. Ante este vacío legislativo, se podría pensar que dicha obligación corresponde al abogado o representante procesal de la parte débil en el proceso (consumidor, trabajador, tomador de seguro, el asegurado o un beneficiario del contrato de seguro). De forma que, si no cumple correctamente con dicha obligación se le podría exigir la oportuna responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones. No obstante, en tal caso, debería ser el juez que conociera del supuesto quién tendrían que subsanar dicha carencia (*ex art. 26.2º RB I bis*). Esta opción presenta el inconveniente de que en la tramitación del proceso no sea preceptiva la presencia de un abogado, como así sucede en el Derecho procesal español y, en concreto, en la tramitación del juicio verbal cuya cuantía no exceda de 2000 euros. Además, en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modificaba el RB I –presentada por la Comisión²²– figura que entre las mejoras pretendidas en el ámbito de la competencia judicial internacional estaba la obligación de informar al demandado, en el momento de su comparecencia, de las consecuencias jurídicas a la que se podría exponer, en el caso, de que no impugne la competencia del tribunal (3.1.6º). Por lo que si atendemos a este antecedente legislativo cabe descartar que el cumplimiento de dicha obligación informativa pudiera corresponder al “representante procesal” de la parte. Aunque, es indudable el papel que, en estos casos, puede desempeñar este con la labor de asesoramiento que está llamado a desempeñar cuando interviene.

Según lo expuesto, deberá ser, pues, el juez que conoce el proceso quien debiera asumir la obligación de informar al demandado/parte-débil y, además, deberá hacerlo, según hemos señalado, en la primera ocasión de la que este dispone para comunicarse con el demandado, esto es, en la comparecencia del mismo al proceso. Si este era realmente el objetivo que perseguía la Comisión para mejorar el acceso a la justicia en los litigios en los que existe una parte débil, no se comprende, entonces, la redacción que la Propuesta del art. 24.2º. Según el cual: “en las materias contempladas en las secciones 3, 4 y 5 del presente capítulo, el escrito de demanda o documento equivalente deberá contener información para el demandado sobre su derecho a impugnar la competencia del tribunal y las consecuencias de su comparecencia. Antes de asumir la competencia en virtud del presente artículo, el tribunal se asegurará de que se facilitó dicha

²² Bruselas, COM (2010) 748.

información al demandado”. Es decir, a tenor de la lectura de este precepto no queda claro si dicha información ha de proporcionarse a la parte débil del proceso en el escrito de demanda o documento equivalente u oralmente en el momento de la comparecencia del mismo. Dicha incógnita no ha sido oportunamente despejada en la redacción del art. 26.2º RB I *bis*, que no se ocupa del tema. Por lo que, las posibilidades que existen para cumplir con la obligación de información prevista en dicho precepto son dos: en la notificación del escrito de demanda o documento equivalente o cuando el demandado comparezca. Pero, ¿cuál sería el momento procesal oportuno?²³ ¿Cuál sería más efectivo?

Para ello, pensemos en el siguiente supuesto: un empresario de seguros, domiciliado en España, demanda por incumplimiento de contrato a un tomador de seguros, domiciliado en Francia, ante tribunales españoles, y este comparece y contesta la demanda, es decir, se somete tácitamente. En tal caso, el juez español deberá asegurarse, según lo establecido en el art. 26.2º RB I –cuando comience a aplicarse–, que el tomador del seguro ha sido convenientemente informado sobre las consecuencias de su comparecencia o incomparecencia, así como de que dispone de otras opciones procesales y que, por tanto, puede impugnar su competencia. La primera opción es considerar que dicho momento es aquél en el que se notifica al demandado el inicio del proceso. De esta manera, se daría por cumplida la obligación de información que el art. 26.2º RB I *bis* incorpora cuando el demandado recibiera la notificación. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, son dos los problemas prácticos que esta opción plantea: por una parte, está la cuestión de si dicha información debería ser o no traducida en la lengua oficial del Estado miembro requerido, o la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar donde deba efectuarse la notificación o el traslado o en una lengua que el destinatario entienda. Es lógico pensar que si esta información es tan importante para el demandado, debería estar redactada o sea traducida en una lengua que fuera comprensible para él. No obstante, esta es una cuestión que dependerá del régimen jurídico aplicable a la práctica de la notificación²⁴. En el ámbito intracomunitario, la cuestión del idioma en el que debe ser redactado o traducido el documento que se notifica está prevista en los arts. 5 y 8 Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 noviembre 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (“notificación

²³ Sobre esta cuestión *vid.* L. Daniele y S. Marino, “Momento perfezionativo e regime lingüístico delle notificazioni: Dalla Senteza Leffler alla Proposta di modifica del Regolamento N. 1348/2000”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2007, pp. 969–994.

²⁴ Sobre esta cuestión *vid.* N. Marchal Escalona, *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, Comares, 2001, pp. 21–94.

y traslado de documentos”²⁵). Tales normas no obligan a transmitir el documento redactado o traducido en una determinada lengua, sino que deja a la libre elección del demandante la conveniencia de traducir o no el documento que se notifica, a sabiendas de que el demandado podrá negarse a recibir un documento y exigir su traducción si no está redactado en una de las lenguas reglamentariamente previstas (*ex art. 8*²⁶). De forma que, el demandado podrá rechazar la notificación, salvo que el documento sea redactado o traducido a una lengua que, no siendo oficial ni del Estado requerido ni del requirente sea comprendida por el destinatario. La cuestión que este precepto plantea –y que fue evidenciado en el Estudio realizado sobre la aplicación práctica del Reglamento (CE) n° 1348/2000²⁷– es determinar a efectos de traducir o no el documento que se pretende notificar el grado de conocimiento lingüístico que ha de tener el destinatario de esa/s lengua/s en la que se pretende remitir. Es decir, hasta qué punto el destinatario puede entender el documento que se le notifica²⁸ y, por tanto, de comprender las consecuencias que podrían derivarse de su in/comparecencia. Hay que tener presente que el art. 26.2° del Reglamento no solo regula el Derecho de información que tiene el demandado/parte-débil, sino que, además, obliga al Juez que conoce del proceso a asegurarse de que el demandado comprende y es plenamente consciente de las consecuencias que pueden derivarse de su “conducta procesal”. Si dicha información se le proporciona al demandado en el escrito de

²⁵ DO L 324 de 10.12. 2007. Hasta dicha fecha, las notificaciones intracomunitarias se practicaban de conformidad a lo establecido en el Reglamento (CE) n° 1348/2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (DO de 30.6. 2000). Para una valoración del mismo *vid.* N. Marchal Escalona, “El Reglamento (CE) n° 1393/2007: ¿una solución o más problemas?”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 1241–1270.

²⁶ N. Marchal Escalona, *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 100–104.

²⁷ Study on the application of Council (EC) n° 1348/2000 on the Service of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, 2004, p. 41 *cit.* en N. Marchal Escalona, “El Reglamento 1393/2007...”, *loc. cit.*, pp. 1241–1270.

²⁸ Así, una persona puede conocer un determinado idioma, pero no comprender el lenguaje jurídico. Para resolver esta cuestión –aun cuando hay autores que consideran que no debe atenderse a conocimientos individuales del idioma (W.F. Lindacher, “Europäisches Zustellungsrecht –die VO (EG) Nr. 1348/2000: Fortschritt, Auslegungsbedarf, Problemausblendung”, *ZZP*, 2001, vol. 114, p. 179)– puede ser de utilidad lo decidido en la STJ 8 mayo 2008 (as, C–14/07) – DO C 158 de 21.6. 2008–. A tenor de dicha decisión, el destinatario de un escrito de demanda que debe notificarse o trasladarse “no tiene derecho a negarse a aceptar dicho documento, siempre que este coloque al destinatario en condiciones de hacer valer sus derechos en el marco de un procedimiento judicial en el Estado miembro de origen. Según esta Sentencia, corresponderá a las autoridades judiciales determinar si el contenido del escrito de demanda es suficiente para permitir al demandado hacer valer sus derechos, o si lo que existe es abuso del derecho por parte del demandado, como así se evidenció en la SAP Málaga 23 diciembre 2005 (JUR 2006\135594) en la que un ciudadano de nombre Iñigo, residente en Finlandia, fue demandado ante los Tribunales españoles, por lo que la notificación del inicio del proceso estaba redactada en español, y el destinatario –aun cuando se demostró que conocía perfectamente dicho idioma– se negó a recibirla, exigiendo que fueran traducidos al finés.

demanda o documento equivalente que se le notifica, ¿puede el juez verificar el cumplimiento de esta obligación? Creemos, que no. Además, por otra parte, hay que tener presente que la notificación en algunos Estados miembros de la Unión Europea no solo tiene una funcionalidad distinta, sino que su práctica sigue vías mucho más flexibles. Para los países de tradición anglosajona, la práctica de la notificación es tarea de abogados (*solicitors*)²⁹. Por lo que, si la notificación es remitida por un *solicitor* inglés, ¿cómo comprueba la autoridad judicial ante la cual se ha presentado la oportuna demanda que el demandado no solo ha sido informado, sino que es consciente de su in/comparecencia?

En suma, la opción de informar al demandado en el escrito de demanda o documento equivalente no cumple, desde nuestro punto de vista, con el objetivo y la finalidad perseguida por el art. 26.2º RB I *bis*. A nuestro juicio, el momento procesal oportuno para que el juez que conoce del proceso cumpla con esta obligación es el de la comparecencia del demandado/parte-débil. Por lo que, en definitiva, dicha cuestión dependerá de lo establecido en el sistema procesal de cada Estado miembro (*lex fori regit procesum*). En España, dicho momento será el de la audiencia previa en el juicio ordinario (art. 414 LEC 1/2000) o el de desarrollo de la vista en el juicio verbal (art. 443 LEC 1/2000). El inconveniente práctico que esta opción plantea es que una vez cumplida la obligación que el art. 26.2º RB I establece, el juez español verificase que el demandado/parte-débil no hubiese recibido dicha información o que, habiéndola recibido, no hubiera sido plenamente consciente de las consecuencias de su conducta procesal, y que este, como consecuencia de la información recibida, decidiera no proseguir con el proceso iniciado ante el mismo. Es evidente que si el demandado decidiese no proseguir, el tribunal ante el cual se hubiese interpuesto la demanda no podría conocer por sumisión tácita del demandado, dado que, según lo establecido en el art. 26.2º RB I, no la habría. Pero, también lo es este no podría impugnar *ex parte* la competencia del tribunal español, puesto que procesalmente ya habría transcurrido el plazo para interponer la oportuna declinatoria internacional –recordemos que, en España, es de diez días del plazo para contestar a la demanda, o en los 5 primeros días posteriores a la citación para la vista (art. 64 LEC 1/2000)–. Amén de que quepa insistir en la falta de conformidad del trámite procesal específico previsto en la regulación procesal española para impugnar la competencia judicial (art. 64 LEC 1/2000) con el significado y sentido que posee la sumisión tácita en el sistema de competencia judicial europeo –por lo

²⁹ B. Kaplan y K.M. Clermont, “England and the United States”, en *Ordinary Proceedings in First Instance*, Capítulo 6 de M. Capelletti (ed.), Civil Procedure, vol. XVI, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tubinga/La Haya/Boston/Londres, J.C.B. Mohr – Paul Siebeck – Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 3–56 en esp. p. 8; L. Collins (ed.), *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, Londres, Sweet & Maxwell, 12ª ed., 1993, p. 204.

que debería ser modificado—, lo cierto es que las peculiaridades procesales existentes en los distintos Estados miembros no deberían mermar el sentido de la sumisión tácita, tal y como aparece regulada, en sus aspectos sustantivos, en el art. 26 RB I *bis*. Desde nuestro punto de vista, el legislador comunitario debería haber resuelto en el propio Reglamento cómo actuar en el caso de que demandado/parte-débil decidiera no proseguir con el proceso iniciado para gozar en lugar de la protección de los foros de competencia que el RB I *bis* establece en lugar de dejar la solución de esta problemática a la suerte de las normas procesales de los Estados miembros. De hecho, muchas de ellas deberían de ser modificadas por no ajustarse a estos fines. De forma que, si el fundamento del foro de la sumisión tácita que contempla el art. 26.2º del Reglamento comunitario radica en la existencia de una voluntad real del demandado/parte-débil de proseguir el juicio ante los tribunales que lo emplazaron, la atribución de jurisdicción sobre la base de este foro solo debería producirse cuando este revelase una voluntad inequívoca en tal sentido. El tenor literal de la norma deja claro que ante esa manifiesta falta de voluntad no podría operar la sumisión tácita como criterio atributivo de competencia judicial internacional. Desde nuestro punto de vista, el legislador debería de haber sido consciente de que la redacción dada al art. 26.2º RB I *bis* podría plantear cierta problemática en la práctica, dada la relación existente entre la sumisión tácita y los cauces procesales para impugnar ex parte la competencia judicial internacional de un tribunal comunitario. En cualquier caso, el juez ante el cual se hubiera interpuesto la demanda podría, en el caso de que verificase esa falta manifiesta de voluntad, declararse de oficio incompetente ex art. 28 RB I *bis*. Un artículo que debería de haber sido, a nuestro juicio, reformado en consonancia con lo establecido en el art. 26.2º del mismo texto normativo, si bien es cierto que esta falta de previsión legislativa puede ser perfectamente corregida si el art. 28 se interpreta de conformidad con la finalidad tuitiva presente en la redacción dada al art. 26 RB I *bis*. De forma que, si el demandado / parte-débil decidiera no proseguir con el proceso iniciado por el empresario ante un tribunal comunitario tras su comparecencia —después de recibir la información y ser consciente de su in/comparecencia—, dicho tribunal no podría conocer por sumisión tácita, aunque este hubiera ya comparecido, pues dicha comparecencia no había sido consecuencia de una voluntad real, manifiesta e inequívoca de someterse tácitamente a la jurisdicción de dicho tribunal.

En suma, el art. 26.2º RB I *bis* merece una valoración inicial positiva al habilitar y condicionar el juego del foro de la sumisión tácita en materias que son objeto de protección en el sistema de competencia judicial europeo al hecho de que esta sea voluntaria, consciente y anhelada. El problema está en que la redacción del precepto no es clara y no despeja correctamente las incógnitas que la aplicación práctica que este precepto plantea. Lo que acarreará, sin duda alguna,

problemas a la hora de su aplicación práctica en el futuro. A nuestro juicio, el legislador debería de haber sido más decidido a la hora de regular esta cuestión y despejar todas las incógnitas que este precepto plantean. A tales efectos, hubiera sido conveniente que en la formulación del mismo se hubiera previsto que dicha obligación compete a la autoridad judicial ante la que se interpone la demanda judicial en el momento de la comparecencia del demandado / parte-débil con la posibilidad de que se declarara de oficio incompetente en el caso de que después de sus pesquisas comprobara que realmente el demandado no hubiera sido consciente realmente de sus opciones procesales o de las consecuencias de su comparecencia. En cualquier caso, lo que sí está claro es que esta modificación legislativa, que abre el foro de sumisión tácita en los ámbitos en los que hay una parte débil, tendrá evidentes repercusiones tanto en el ámbito de la competencia judicial internacional y, por ende, en los procesos europeos (monitorio y de escasa cuantía), como en el del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras. Aspectos estos en los que nos centraremos a continuación.

III. El papel de la sumisión tácita en los procesos europeos

En Europa, desde el Consejo Europeo de Tampere pasando por el de Bruselas, que aprueba el “Programa de La Haya”, hasta el “Programa de Estocolmo”, la política de la Unión Europea ha estado orientada a la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el marco de la cooperación judicial civil³⁰. A esta finalidad, responden tanto el Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio (en adelante, RPME³¹), como el Reglamento (CE) nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (en adelante, RPEE³²)³³. La posibilidad de que se inicie

³⁰ El legislador europeo consciente de que la efectiva realización de un mercado interior exigía la correlativa creación de un auténtico espacio judicial que facilitase la vida de los ciudadanos europeos, hizo de la unificación en el ámbito procesal una prioridad indiscutible en la Unión Europea. En efecto, las diferencias existentes en los ordenamientos procesales internos de los Estados miembros constituían fuente de indudables disfunciones y las soluciones ofrecidas para corregir o reequilibrar estas situaciones tenían un alcance limitado (N. Marchal Escalona, “El espacio judicial europeo: ¿Un espacio de indefensión?”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 9, 2006, pp. 209-244).

³¹ DO L 399 de 30.12.2006. Para estudio más detallado vid. S. García Cano, *Estudio sobre el proceso monitorio europeo*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008.

³² DO L 199 de 31.7. 2007. Vid. R. Miquel Sala, *El proceso europeo de escasa cuantía*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2009.

³³ Sin embargo, pese a los beneficios que presenta este proceso, lo cierto es que se trata de un proceso aún poco conocido e infrautilizado varios años después de la entrada en vigor del mismo. De hecho, el Parlamento Europeo en su Resolución de 25 octubre 2011 sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil, mercantil y de familia [2011/2117 (INI)] invitó a la Comisión

ante los tribunales de un Estado miembro un proceso europeo –sea de escasa cuantía o monitorio europeo³⁴– obliga cuando menos a valorar si y en qué medida la novedad que incorpora el art. 26.2º RB I *bis* al ampliar los supuestos en los que el foro de la sumisión tácita puede operar incidirá en la iniciación y tramitación de los mismos. En concreto, el legislador europeo ha diseñado unos procesos de gran simplicidad que comienzan con la interposición de una demanda que se elabora cumplimentando un formulario estandarizado que ha de presentarse ante el tribunal que sea competente. No obstante, ni el RPME ni el PREC contiene reglas de competencia judicial internacional, es decir, no estipulan ante qué tribunal en concreto ha de presentarse dicha demanda. Por consiguiente, la com-

a adoptar las medidas necesarias para garantizar que los consumidores y las empresas conocieran mejor e hicieran uso de los instrumentos legislativos vigentes, como el proceso europeo de escasa cuantía. Así, el 19 noviembre 2013 la Comisión presentó una Propuesta de reforma de Reglamento por el que se modifican el Reglamento (CE) nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía y el Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo [COM (2013) 794 final]. Los principales elementos de la revisión propuesta son: la extensión del ámbito de aplicación del Reglamento a las demandas transfronterizas por importe de hasta 10.000 EUR; la ampliación de la definición de asuntos transfronterizos; el uso de la comunicación electrónica, incluida la notificación de determinados documentos; la obligación de los órganos jurisdiccionales de utilizar los sistemas de videoconferencia, teleconferencia y otros medios de comunicación a distancia para la celebración de las vistas y la práctica de la prueba; el establecimiento de unas tasas judiciales máximas para la tramitación del proceso, así como la obligación de los Estados miembros de establecer medios de pago a distancia de las tasas judiciales y, por último, la limitación de traducir el formulario D solo a la parte del mismo relativo al fondo de la sentencia y la obligación de asistencia disponible para cumplimentar los formularios.

³⁴ Tales procesos tienen un ámbito de aplicación material muy definido y claro (arts. 2 RPME y RPEE). De hecho, es en este ámbito donde encontramos diferencias considerables entre el RPME y RPEE. En efecto, mientras que el RPME excluye de su ámbito de aplicación material solo a los asuntos relativos a los regímenes económicos matrimoniales, los testamentos y sucesiones, la quiebra, los procedimientos de liquidación de empresas o de otras personas jurídicas insolventes, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos, seguridad social, créditos derivados de obligaciones extracontractuales a no ser que hayan sido objeto de un acuerdo entre las partes o haya habido un reconocimiento de deuda, o se refieran a deudas líquidas derivadas de una comunidad de propietarios. Por su parte, el RPEE excluye los asuntos relativos al estado y la capacidad jurídica de las personas físicas, los derechos de propiedad derivados de los regímenes matrimoniales, obligaciones de alimentos, testamentos y sucesiones, la quiebra, los procedimientos de liquidación de empresas o de otras personas jurídicas insolventes, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos, la seguridad social, el arbitraje el Derecho laboral, los arrendamientos de bienes inmuebles, excepto las acciones sobre derechos pecuniarios, o las violaciones del derecho a la intimidad y de los derechos de la personalidad, incluida la difamación. Además, mientras que el proceso monitorio europeo solo puede iniciarse cuando el consumidor posea un crédito pecuniario, de importe determinado, vencido y exigible en la fecha en que se presenta la petición de requerimiento de pago (art. 3); el PEE se puede utilizar cuando la cuantía a reclamar por el consumidor no exceda de 2.000 Euros (art 2) –excluidos los intereses, gastos y costas–. Sobre el debate existente para fijar esta cantidad *vid.* M. Vargas Gómez-Urrutia, “Art. 2”, *El proceso europeo de escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) nº 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007* (F. López Simó, F. Garau Sobrino, coords.), Madrid, Dykinson, 2010, pp. 68–69.

petencia judicial sigue el régimen general. Las relaciones entre el RB I / RB I bis y los Reglamentos que regulan el proceso monitorio europeo y el de escasa cuantía no son problemáticas (art. 6 RPME y Exposición de motivos nº 16 y Formulario de demanda recogido en el Anexo I RPEE). El formulario que da inicio al procedimiento de requerimiento de pago europeo o de escasa cuantía ha de presentarse ante el juez que posea competencia internacional, según las reglas de competencia establecidas en RB I / RB I bis. La duda está en saber si es posible o no aplicar las normas de competencia judicial internacional internas (en nuestro caso, la LOPJ) a los supuestos en los que el demandado esté domiciliado fuera de la UE –ex art. 4 RB I³⁵/RB I bis–. Teóricamente, dicha posibilidad es admisible, aunque hay que descartar su operatividad práctica, máxime si se tiene en cuenta el concepto de “asunto transfronterizo” que incorporan ambos textos. Aunque nada claro en términos de redacción legislativa, parece ser que sólo tienen vocación de aplicación cuando ambas partes se encuentren domiciliadas en Estados miembros, lo que imposibilita acudir al art. 4 y, por tanto, aplicar la normativa autónoma de los Estados miembros³⁶. Sólo existiría dicha posibilidad en el caso hipotético –de laboratorio– de que el demandado tuviera su residencia habitual en un Estado miembro distinto al del órgano jurisdiccional que recibe el formulario, pero con domicilio en un Estado no miembro de la UE³⁷. No obstante, dicha opción podría ser factible si en un futuro llegara a prosperar la propuesta de reforma del proceso europeo de escasa cuantía, presentada por la Comisión, pues en ella se amplía de forma considerable el ámbito de aplicación espacial de dicho texto normativo al pretender la accesibilidad de dicho proceso por o contra consumidores residentes en terceros Estados³⁸. Sin embargo, también es cierto que, a nuestro juicio, no todos los foros regulados en el RB I resultan operativos al respecto.

³⁵ Sobre esta cuestión en el proceso monitorio europeo vid. S. Cano García, *Estudio sobre el proceso...*, op. cit., pp. 121–124.

³⁶ Una opinión distinta en relación con el proceso europeo de escasa cuantía en R. Miquel Sala, *El proceso...*, op. cit., pp. 82–83.

³⁷ M. Gómez Jene, “Art. 3”, *El proceso europeo de escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) nº 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007*, (F. López Simó, F.F. Garau Sobrino, coord), Madrid, Dykinson, 2010, p. 86; F.F. Garau Sobrino, “Art. 20”, *ibíd.*, p. 307; M. Vargas Gómez-Urrutia, M., “Art. 2”, loc. cit., p. 71. En contra de esta postura, A. Leandro, “El procedimiento europeo per le controversia di modesta entità”, *Riv. dir. int.*, 2009, p. 77; W. Hau, “Das neue Europäische Verfahren zur Beitreibung geringfügiger Forderungen”, *Just*, 12/2008, pp. 1075–1058.

³⁸ Así, el art. 2.2º de la citada Propuesta establece que: “El Reglamento no se aplicará cuando, en el momento en que el órgano jurisdiccional competente reciba el formulario de demanda, la totalidad de los siguientes elementos, en su caso, estén en un único Estado miembro: a) el domicilio o la residencia habitual de las partes; b) el lugar de ejecución del contrato; c) el lugar en que se produjeron los hechos en que se basa la demanda; d) el lugar de ejecución de la sentencia; e) el órgano jurisdiccional competente. f) el domicilio se determinará de conformidad con los [arts. 59 y 60 Reglamento (CE) nº 44/2011] / [arts. 62 y 63 del Reglamento (UE) nº 1215/2012]”.

En efecto, el foro de sumisión tácita es un foro que difícilmente podrá justificar la competencia judicial internacional de un tribunal de un Estado miembro a la hora de expedir un requerimiento de pago europeo o dictar una sentencia en un proceso europeo de escasa cuantía europeo. De hecho, según los formularios que constan en los anexos de estos instrumentos normativos la parte que presente la solicitud deberán indicar cuál es el foro en virtud del cuál el órgano ante el que se presenta dicha solicitud tiene competencia judicial internacional, y en ninguno de estos formularios se hace mención expresa al foro de la sumisión tácita. El tema está claro en el proceso monitorio europeo, dado que se establece para el cobro de créditos pecuniarios no impugnados. Si el deudor impugna, se podría hablar de sumisión tácita por parte del demandado, pero el asunto se ventilaría por el correspondiente proceso civil ordinario. Por lo que si el solicitante de un requerimiento de pago europeo quiere beneficiarse de las ventajas que supone obtenerlo, está claro que presentará la solicitud ante un Tribunal que sea competente en virtud de por un foro concreto y distinto al de la sumisión tácita del demandado. Además, el funcionamiento de dicho proceso sólo permite la intervención del demandado cuando el tribunal –que tiene competencia judicial internacional– expide, tras verificar los requisitos que establece el Reglamento, un requerimiento de pago europeo.

Por lo que se refiere, a la cuestión de si el foro de la sumisión tácita puede resultar operativo en el proceso europeo de escasa cuantía debe ser analizada desde una doble perspectiva: su factibilidad y, de manera especial, si es aconsejable o no. En primer lugar, por lo que se refiere a si es o no factible dicha posibilidad, la respuesta ha de ser afirmativa. No encontramos obstáculo legal alguno para negar la operatividad del foro de la sumisión tácita en el proceso europeo de escasa cuantía. Sin embargo, aún siendo una posibilidad factible, no resulta, a nuestro juicio, aconsejable. Es decir, si la persona que desea hacer efectivo un crédito y decide iniciar un proceso europeo de escasa cuantía europeo para obtener los beneficios que ejecutividad inmediata que se obtienen cuando se dicta sentencia, está claro que a esa persona le interesa más iniciar el procedimiento ante un tribunal que sea competente por un foro distinto al de la sumisión tácita, que no tenga nada que ver con el comportamiento activo del demandado en el proceso. Interponer la solicitud ante un tribunal que sólo pudiera tener competencia judicial internacional en virtud del foro de la sumisión tácita del demandado –art. 24 RB I / art. 26 RB I *bis*–, sólo comportaría una dilación innecesaria no deseada por el acreedor de un crédito.

IV. Eficacia de decisiones *versus* sumisión tácita

¿Podrá ser reconocida/ejecutada en un Estado miembro una decisión judicial extranjera dictada en otro Estado en base al foro de la sumisión tácita en materias que son objeto de protección en el sistema de competencia judicial europeo? Para el TJ, en la sentencia *Bilas* la respuesta es clara: dicha sentencia sería reconocida sin que el art. 35.1º RB I lo impidiese. Su argumento es bien sencillo. Si la parte débil decide voluntariamente comparecer ante el tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda y defenderse en cuanto al fondo, debe considerarse que la sentencia ha sido dictada por un tribunal competente y, por tanto, no se ha vulnerado ninguno de los foros de competencia internacional de protección regulados en el Reglamento. Nada que objetar a este razonamiento, siempre que, como hemos apuntado más arriba, el demandado haya sido informado y haya consciente de las consecuencias que se derivan de su decisión de comparecer. Pero, ¿qué sucede en los casos en los que la sumisión del demandado no ha sido voluntaria y consciente? ¿Y en aquellos en los que esta tiene su origen en los eventuales plazos de preclusión para impugnar la competencia establecidos en la normativa procesal del Estado ante el cual se ha interpuesto la demanda? El art. 35 RB I establece la obligación del Estado requerido de controlar la competencia judicial del juez de origen en el caso de que se hubieran desconocido las reglas de competencia establecidas en materia de consumidores y seguro, amén de los foros exclusivos. No regula dicho control en los casos en los que el juez de origen dictare sentencia en base al foro de sumisión tácita (*ex art. 24*). Una interpretación literal de precepto nos llevaría a concluir que, en tales casos, no se podría denegar el reconocimiento de la sentencia. Es decir, fuera de los casos establecidos en el art. 35 RB I la regla básica que rige al respecto es la ausencia de control de la competencia del juez de origen, en consonancia con la prohibición de revisión de fondo que inspira al mismo (art. 32 RB I). Sin embargo, esta interpretación compromete el efecto útil de esta disposición, que no es otro sino el de proteger a la parte débil. A nuestro juicio, esa necesidad existe tanto en el caso de que el tribunal de origen resulte ser incompetente por dictar sentencia en base a un foro distinto del señalado en la secciones 2ª y 3ª del Reglamento, como en el caso de que resulte ser competente por dictar sentencia en base al foro de la sumisión tácita, en concreto, en los que supuestos en los que el demandado parte débil no ha sido informado de que tenía otras opciones procesales, no era consciente de las consecuencias de su comparecencia, así como cuando dicha sumisión deriva del juego de las normas estatales que regulan la denuncia de la competencia judicial internacional. El hecho de que no se prevea, no impide, a nuestro modo de ver, que el Juez requerido pueda denegar el reconocimiento de una sentencia judicial extranjera en tales casos. El problema reside en que, según

establece el Informe de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento³⁹, la importancia práctica de esta norma es limitada, por cuanto el tribunal está obligado por las conclusiones de hecho del tribunal de origen, lo que significa que el control que realmente podrá realizar el juez requerido en este ámbito es de mínimos.

La cuestión que se plantea es saber si esta respuesta variará cuando comience a ser aplicado el RB I *bis*⁴⁰, máxime teniendo en cuenta que unos de las aportaciones fundamentales de dicho instrumento normativo ha sido la supresión del exequátur entre los Estados miembros, aunque, como ha señalado P. De Miguel Asensio, en términos muy distintos a los pretendidos por las instancias comunitarias⁴¹. Así, el art. 39 del Reglamento establece la supresión del exequátur, al prever que las resoluciones de un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en él gozarán también de esta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva. Esto es, la decisión debe ser tratada como si se hubiera dictado en el Estado miembro requerido consagrándose⁴². De hecho, tales decisiones serán ejecutadas en las mismas condiciones que si hubieran sido dictadas en el Estado miembro requerido (art. 41). Se suprime, por tanto, el exequátur. Ahora bien, dicha supresión va acompañada de las salvaguardas o cautelas correspondientes⁴³.

³⁹ COM (2009) 174 final.

⁴⁰ Hay que señalar que por lo que se refiere al reconocimiento, el art. 36 establece la posibilidad de obtener el reconocimiento automático. No obstante, establece dos novedades. La primera al establecer que cualquier parte interesada podrá solicitar que se dicte una resolución en la que se declare que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento y, la segunda, que la posibilidad de invocar el reconocimiento como cuestión incidental, solo se prevé cuando lo que se solicita es la denegación del reconocimiento. A tales efectos, deberá presentar la documentación que se enumera en el art. 37 (copia de la resolución, que reúna los requisitos necesarios para su autenticidad y el certificado expedido por el órgano jurisdiccional de origen conforme al modelo de formulario que figura en el Anexo I). El reconocimiento de la decisión solo podrá ser denegado, a petición de cualquier parte interesada, por los mismos motivos recogidos, con algunas variantes, en el art. 45 RB I *bis*: a) el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido; b) cuando la resolución se haya dictado en rebeldía, si no se entregó al demandado la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no haya recurrido contra dicha resolución cuando pudo hacerlo; c) si la resolución es inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido; d) si la resolución es inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes, en un litigio que tenga el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido; e) cuando se hubieren desconocido las normas de competencia judicial en materia de seguros, contratos celebrados por los consumidores y contra y contrato individual de trabajo o no se hubieran respetado los foros exclusivos.

⁴¹ *Id.*, "El nuevo Reglamento...", *loc. cit.*, pp. 1-4.

⁴² Como afirma A. Nuyts, cabe hablar de un principio de asimilación de la resolución dictada en el Estado de origen con la dictada en el Estado requerido (*id.*, "La refonte du Règlement Bruxelles I...", *loc. cit.*, p. 10).

⁴³ De hecho, en el *The Heidelberg Report*, elaborado por los profesores B. Hess, T. Pfeiffer y P. Schlosser y que puede consultarse en la siguiente página web http://ec.europa.eu/justice_home/doc_cen

Con todo, la supresión del exequátur va acompañada de las salvaguardas correspondientes. De forma que, cuando una parte se oponga a la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro⁴⁴, podrá invocar en el mismo procedimiento, además, de los motivos de denegación previstos en el presente Reglamento (art. 45), los que establezca el Derecho nacional o en un acuerdo celebrado entre el Estado miembro requerido y un tercer Estado (art. 71). En concreto, la parte contra la que se inste la ejecución podrá oponerse al reconocimiento o a la ejecución de la resolución si considera que la resolución vulnera el orden público, las garantías procesales de defensa o resulta inconciliable con otra resolución. No podrá procederse a la comprobación de la competencia del órgano jurisdiccional de origen, salvo que la resolución entre en conflicto, es decir, no respetase los foros de competencia que el Reglamento contempla en materia de seguros (sección 3ª), de consumidores (sección 4ª) y de trabajadores (sección 5ª) [art. 45.1º e i)]. En concreto, el art. 45.1º.e) i) RB I *bis* establece que se denegará, a instancia de parte, el reconocimiento de una resolución judicial extranjera en el caso de que el juez de origen de la sentencia hubiera desconocido las reglas de competencia establecidas en materia de consumidores seguro y trabajadores, en concreto, en los supuestos en los que el demandado sea el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador. Ahora bien, nada establece sobre qué hacer en los casos en los que el juez de origen dicte sentencia en base al foro de sumisión tácita en aquellos asuntos a los que se refiere el art. 26.2º RB I *bis*, y esta no haya sido voluntaria y consciente. Esta ausencia sorprende puesto que en el RB I *bis* la sumisión tácita constituye un foro de competencia, aunque limitado, en materias de protección (*lapsus calami*). Como hemos apuntado, consideramos que, en tales casos, no habría obstáculo, ni inconveniente alguno en que el juez denegara el reconocimiento de la sentencia judicial extranjera en los casos en los que el demandado / parte-débil no hubiera comparecido de ser plenamente consciente de las consecuencias derivadas de dicha comparecencia. No obstante, también es cierto que, aunque, ello fuera posible, la importancia práctica de esta norma va a ser limitada por dos razones. La primera, porque, como señala el art. 45.2º RB I *bis*, en la apreciación de los criterios de competencia, el órgano jurisdiccional ante el que se presente la solicitud quedará vinculado por los antecedentes de hecho en los que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen haya fundado su competencia. Si un juez dicta sentencia en base al foro de la sumisión tácita del demandado, ¿podrá el juez

tre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htmse, se advirtió que la supresión del exequátur en el RB I solo sería posible si existía una previa armonización de los derechos procesales de los Estados miembros.

⁴⁴ Conforme al art. 43.1º, al instarse la ejecución y antes de la primera medida de ejecución en el Estado requerido debe notificarse el certificado expedido según el modelo del Anexo I a la persona frente a la que se pide la ejecución, acompañado de la resolución si esta no se le ha notificado previamente. El procedimiento relativo a la denegación de la ejecución aparece regulado en el art. 46.

donde se inste la ejecución podría denegarla si comprueba que el demandado no ha sido consciente de las consecuencias de su comparecencia? Está claro que no podría hacerlo. Si está vinculado por los antecedentes de hecho, se presupone que el juez de origen ha procedido correctamente y, por tanto, que se ha asegurado de que el demandado (consumidor, trabajador, tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario) ha sido informado y era plenamente consciente de las consecuencias de su comparecencia. Ahora bien, ¿podría ser denegado el reconocimiento de la sentencia por ser contraria al orden público? Rotundamente no, máxime si tenemos en cuenta la jurisprudencia del TJ y el propio tenor de art. 45.3º RB I *bis* que establece que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el ap. 1, letra e), no podrá procederse a la comprobación de la competencia del órgano jurisdiccional de origen. No se podrá aplicar a las normas relativas a la competencia judicial el criterio de compatibilidad con el orden público contemplado en el ap. 1º.a)”. Lo que significa que si una decisión ha sido adoptada en este tipo de litigios en base al foro de la sumisión tácita del demandado, aunque este no haya sido informado ni consciente de las consecuencias de su comparecencia, es probablemente seguro que sería reconocida y ejecutada en el Estado miembro requerido. Por tanto, a nuestro juicio, no cambia nada la respuesta si la comparamos con el RB I, lo que cambia es el marco procesal en el que el juez del Estado requerido deberá verificar el cumplimiento de dicha condición.

Queda por saber si una decisión judicial dictada en estos términos, es decir, sin respetar los foros de protección expresamente regulados sería certificada como Título ejecutivo europeo⁴⁵, máxime teniendo en cuenta que, según el art. 6 del Reglamento (CE) nº 805/2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (en adelante, RTEE), una resolución sobre un crédito no impugnado dictada en un Estado miembro solo será certificada como título ejecutivo, si la resolución no es incompatible con las normas en materia de competencia establecidas en la sección 3 del capítulo II del RB I / RB I *bis*. En efecto, según el art. 6.1º b) RTEE la resolución no ha de ser incompatible con las normas de competencia establecidas en materia de seguros. Lo que implica que el fundamento de la competencia del tribunal de origen ha de hallarse en alguno de los criterios de competencia establecidos en los arts. 8 a 14 RB I / arts. 10–16 RB I *bis*. Para los consumidores, el Reglamento también limita la posibilidad de certificar como título ejecutivo europeo una sentencia dictada en esta materia, pero su regulación es distinta. Establece que solo se podrá certificar una resolución de condena contra el consumidor si ha sido dictada por el Estado miembro donde esta parte tiene su domicilio (art. 6.1º.d)⁴⁶,

⁴⁵ Sobre el mismo *vid.* F.J. Garcimartín Alférez, *El título ejecutivo europeo*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2016 y bibliografía allí citada.

⁴⁶ Sobre el origen de esta limitación, *ibíd.*, pp.124–126.

siempre que se cumplan los requisitos adicionales que dicho precepto establece (consumidor + crédito no aceptado expresamente por este). Según el mismo, no podrán certificarse aquellas resoluciones en los que el consumidor es demandado en un Estado distinto del de su domicilio y este aceptara expresamente el crédito, ni cuando el consumidor es quien reclama a su contraparte. De lo expuesto cabe extraer como conclusión que la posibilidad de certificar como título ejecutivo europeo una sentencia dictada en materia de consumidores es menor que en materia de seguros, pues en tales casos no se excluye expresamente la posibilidad de certificar los créditos aceptados expresamente en el proceso (v.gr., allanamiento). En cualquier caso, todavía no hemos resuelto la duda planteada. ¿Qué sucedería si el demandado/parte-débil (consumidor o tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario o persona perjudicada) se sometiera tácitamente ante un tribunal distinto de los enumerados en los foros de protección? ¿Es operativo el foro de la sumisión tácita en este ámbito? Si la respuesta es en sentido positivo, ¿se podría certificar dicha sentencia como Título Ejecutivo Europeo? Vayamos por partes. Desde nuestro punto de vista, no hay razón alguna de peso que impida, en este ámbito, el juego de la sumisión tácita —ni siquiera expresamente— siempre que el crédito sea un “crédito no impugnado”⁴⁷. Es decir, siempre que la comparecencia de este no tenga por objeto impugnar el crédito, teniendo en cuenta que dicho concepto es, según hemos visto, más restringido en el ámbito de consumidores que en el de seguros [ex art. 6.1º.d)]. La cuestión está en saber si se podría certificarse como título ejecutivo europeo una sentencia dictada en tales circunstancias. En sentencias dictadas en materia laboral no habría problema. Podrían ser certificarlas como Títulos Ejecutivos Europeos, pues el art. 6 del RTEE no hace mención expresa a este tipo de resoluciones. Ahora bien, ello solo será posible siempre que estemos ante un crédito no impugnado, y se cumplan el resto de las condiciones que resulten aplicables y que son exigidas por el mencionado instrumento comunitario. Realmente, los problemas se producirían, como hemos tenido ocasión de señalar, en el ámbito de los contratos concluidos por consumidores y en los de seguros, pues, según el art. 6 RTEE, si no se han respetado las reglas de competencia previstas en estas materias, no se podría certificar como Título Ejecutivo Europeo la resolución que hubiera sido dictada. Lo cual debe ser objeto de crítica, puesto que en estas materias la sumisión tácita constituye foro operativo de competencia tanto en el RB I (art. 24 + sentencia *Bilas*), como en RB I bis (art. 26.2º). Ahora bien, también es cierto que los casos en los que el foro de la sumisión tácita puede servir para fundamentar la competencia de un tribunal comunitario en tales materias, y que el crédito siga teniendo el carácter de “no impugnado”, requisito fundamental para que se pueda expedir un título ejecutivo europeo, son escasos, pero, los hay. Pensemos, por ejemplo, en

⁴⁷ En este sentido, *ibíd.*, pp.124–126.

un tomador de un seguro, domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea, que es demandado ante los tribunales españoles, lugar donde está domiciliado el empresario, y este comparece, se somete tácitamente –voluntaria y conscientemente–, pero, posteriormente, se allana (art. 21 LEC 1/2000), es decir, acepta expresamente el crédito reclamado. En tal caso, tendríamos una resolución dictada por un tribunal comunitario que es competente en base a un foro distinto de los previstos legalmente para este tipo de contratos sobre un crédito “no impugnado”, pero ¿podría certificarse como título ejecutivo europeo? Está claro que no. La única explicación para ello es considerar que el legislador europeo no ha tenido en cuenta que hay casos, aunque residuales –y mucho más en el ámbito de los contratos concluidos por consumidores–, en los que el foro de la sumisión tácita puede operar en materias objeto de protección sin que por ello el crédito deje de ser considerado como “no impugnado”.

V. Conclusiones

Puede que en la sentencia del TJ pronunciada en el asunto *Bilas* no se haya visto más que la confirmación del sentir casi unánime de la doctrina que mantenía la prevalencia del art. 24 RB I sobre los foros de protección. No deja de ser cierto que en ella se reconocía la posibilidad de que el demandado parte débil en el proceso pudiera someterse tácitamente a un tribunal distinto del que recogen los foros de protección, pero no puede menospreciarse que en ella se sentaban las claves sobre las que el legislador comunitario debería construir la operatividad del foro de la sumisión tácita en estas materias. En primer lugar, debería tratarse de una sumisión tácita limitada. Para que pudiera operar, el demandado debería tener pleno conocimiento de las consecuencias que se podrían derivar por no ejercer el derecho que tiene de impugnar la competencia, así como las de su comparecencia. Y, en segundo lugar, para que un juez se cerciorara de que tales extremos habían sido cumplidos debería existir una norma que lo obligara en tal sentido. De hecho, la redacción del art. 26.2º RB I *bis* encaja perfectamente con la dinámica típicamente comunitaria de incorporar a sus textos normativos los pronunciamientos del TJ. Sólo la práctica irá desvelando paulatinamente las incógnitas que plantea la ambigüedad utilizada en la redacción de la norma: a quién, cuándo y cómo compete realizar la obligación de información que el precepto incorpora, así como las consecuencias que la aplicación de la utilización de este foro en los litigios en materia de consumo, seguros y contratos individuales de trabajo puede acarrear en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones. Si bien es cierto que, a nuestro juicio, la valoración del régimen instaurado no es positiva, en la medida en que prima más el deseo de suprimir los obstáculos al reconocimiento de las sentencias, que la protección,

incluso, de la parte más débil en la contratación. ¿Qué sentido tiene reconocer la posibilidad de utilizar el foro de la sumisión tácita en estos litigios para favorecer a la parte débil y no incluir las suficientes cautelas en el ámbito del reconocimiento y ejecución de sentencias? Dicho esto, lo que si podemos avanzar es que lejos de que se produzca un avance significativo en la aplicación del foro de la sumisión tácita en el ámbito europeo, hemos constatado la escasa proyección práctica que el mismo tendrá en el espacio judicial común.

Bibliografía

- Alfaro Águila Real, J.: “Los costes de transacción”, en *Estudios en homenaje al Prof. D Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, vol. I, pp. 123–162.
- Arenas García, R.: “Del RB I al RB I bis”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, 2013–2, pp. 377–382.
- Beraudo, J.P.: “Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Journ. dr. int.*, 2013, nº 3, pp. 741–763.
- Cadet, F.: “Le nouveau Règlement Bruxelles I ou l’itinéraire d’un enfant gâté”, *Journ. dr. int.*, 2013, nº 3, pp. 765–790; P. Nielsen, “The New Brussels I Regulation”, *Common Market L. Rev.*, 2013, pp. 503–528.
- Calvo Caravaca A.L. y J. Carrascosa González: “Art. 24”, *Comentary on Brussels I Regulation* (P. Mankowski, U. Magnus, eds.), Múnich, Sellier European Law Publisher, 2007, pp. 436–445.
- Calvo Caravaca, A.L.: “Art. 18”, *Comentario al Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968* (A.L. Calvo Caravaca, dir.), Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 378 ss.
- Calvo Caravaca, A.L. y J. Carrascosa González: “Notas breves sobre la sentencia del TJ (Sala cuarta) de 20 mayo 2010 (Bilas: Asunto C–111/09): La sumisión tácita en los litigios internacionales de seguro, consumo y trabajo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, 2010, pp. 236–241.
- Collins, L. (ed.): *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, Londres, Sweet & Maxwell, 12ª ed., 1993.
- Daniele, L. y S. Marino: “Momento perfezionativo e regime lingüístico delle notificazioni: Dalla Sentenza Leffler alla Proposta di modifica del Regolamento N. 1348/2000”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2007, pp. 969–994.
- De Miguel Asensio, P.: “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley*, nº 8013, 31 enero 2013, pp. 1–4.
- De Miguel Asensio, P.: “La Propuesta de modificación del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) para su adaptación al Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes”, *La Ley. Unión Europea*, nº 7, 2013, pp. 1–6.
- De Miguel Asensio, P.: “La tutela de los consumidores en el mercado global: Evolución del marco normativo”, *Estudios sobre Consumo*, nº 85, 2008, pp. 23–44.
- Fernández Martín, M.J.: “La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad y seguros de conformidad con el RB I”, *Revista Española de Seguros*, 2009, nº 140, pp. 651–680.
- García Cano, S.: *Estudio sobre el proceso monitorio europeo*, Cizur Menor, Thomson–Aranzadi, 2008.
- Garcimartín Alférez, F.J.: “La racionalidad económica del DIPr.”, *Cursos de Derecho Internacional*, Vitoria–Gasteiz, 2001, Universidad del País Vasco, pp. 88–154.

- Garcimartín Alférez, F.J.: *El título ejecutivo europeo*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2016.
- Gómez Jene, M.: “Art. 3”, *El proceso europeo de escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) nº 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007* (F. López Simó y F.F. Garau Sobrino, coord), Madrid, Dykinson, 2010, pp. 86 ss.
- Grusic, U.: “Case C-111/09, Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group v. Michal Bilas, Judgment of the European Court of Justice (Fourth Chamber) of 20 May 2010”, *Common Market L. Rev.*, 2011, vol. 48, nº3, pp. 947-955.
- Hau, W.: “Das neue Europäische Verfahren zur Beitreibung geringfügiger Forderungen”, *Just*, 12/2008, pp. 1075 ss.
- Kaplan, B. y K.M. Clermont: “England and the United States”, en *Ordinary Proceedings in First Instance*, Capítulo 6 de M. Capelletti (ed.), Civil Procedure, vol. XVI, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tubinga/La Haya/Boston/Londres, J.C.B. Mohr – Paul Siebeck – Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 3-56.
- Leandro, A.: “Il procedimento europeo per le controversia di modesta entità”, *Riv. dir. int.*, 2009, pp. 77 ss.
- Lindacher, W.F.: “Europäisches Zustellungsrecht –die VO (EG) Nr. 1348/2000: Fortschritt, Auslegungsbedarf, Problemausblendung”, *ZZP*, 2001, vol. 114, p. 179 ss.
- Mankowski, P.: “Besteht der europäische Gerichtsstand der rügelosen Einlassung auch gegen von Schutzregimes besonders geschützte Personen?”, *RIW*, 2010, pp. 667-672.
- Marchal Escalona, N.: “El espacio judicial europeo: ¿Un espacio de indefensión?”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 9, 2006, pp. 209-244.
- Marchal Escalona, N.: “El Reglamento (CE) nº 1393/2007: ¿una solución o más problemas?”, *AEDIP*, t. VIII, 2008, pp. 1241-1270.
- Marchal Escalona, N.: “Quid de la sumisión tácita en el espacio judicial europeo”, *Diario La Ley. Unión Europea*, nº 2, 2013, pp. 20-32.
- Marchal Escalona, N.: *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Granada, Comares, 2002.
- Marchal Escalona, N.: *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, Comares, 2001.
- Marino, S.: “La prorogata tacita di giurisdizione nei contratti conclusi dalle parti deboli: la sentenza Bilas”, *Riv. dr. int. pr. proc.*, 2010, pp. 915-924.
- Menéndez Sebastián, P.: *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo*, Valladolid, Lex Nova, 2006, pp. 36-43.
- Nielsen, P.A.: “Art. 17”, *Comentary on Brussels I Regulation* (P. Mankowski, U. Magnus, eds.), Múnich, Sellier European Law Publisher, 2007, pp. 321-325.
- Nuyts, A.: “La refonte du Règlement Bruxelles I”, *Rev. crit. dr.int. pr.*, 2013-1, pp. 1-63.
- Staudinger, A.: “Wer nicht rügt, der nicht gewinnt – Grenzen der stillschweigenden Prorogation nach Art. 24 EuGVVO”, *IPrax*, 2011, pp. 548-554.
- Tedoldi, A.: “La proroga tacita della giurisdizione nelle controversie contro assicurati, consumatori e lavoratori nel Regl. UE n. 44/2001”, *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 1255-1261.
- Vargas Gómez-Urrutia, M.: “Art. 2”, *El proceso europeo de escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) nº 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007* (F. López Simó y F. Garau Sobrino, coords.), Madrid, Dykinson, 2010, pp. 68 ss.
- Virgós Soriano, M. y F.J. Garcimartín Alférez: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, Thomson / Civitas, 2007.

PROCESOS PENDIENTES ANTE ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE TERCEROS ESTADOS Y REGLAMENTO (UE) N° 1215/2012: ¿BRINDIS AL SOL?

Antonia DURÁN AYAGO *

SUMARIO: I. Introducción. II. Fungibilidad de los sistemas jurisdiccionales y el riesgo de dobles procesos. 1. *Forum shopping* como punto de partida. 2. Juicio positivo de reconocibilidad como destino. III. Litispendencia y conexidad extraeuropeas: las claves de los arts. 33 y 34 Reglamento (UE) n° 1215/2012. 1. Pretexto y contexto 2. Régimen jurídico de la litispendencia extraeuropea. 3. Régimen jurídico de la conexidad extraeuropea. IV. Regulación de los procesos paralelos con terceros Estados por parte de los Estados miembros. 1. Alcance de la cláusula de compatibilidad del Reglamento respecto de Convenios celebrados por Estados miembros con terceros Estados. 2. Inconciliabilidad convencional vs. inconciliabilidad europea. V. De la rigidez de la litispendencia a la flexibilidad del *forum non conveniens* y una vía intermedia. VI. Conclusiones.

RESUMEN: El Reglamento (UE) n° 1215/2012 presta por primera vez atención a procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales de terceros Estados. Aunque cualitativamente supone un avance, se aprecia no obstante que faltarían por encajar varias piezas para que el engranaje pueda funcionar adecuadamente. De un lado, la suspensión del procedimiento iniciado en segundo lugar ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro se hace depender de un anticipado juicio de reconocibilidad cuyos parámetros no se han unificado desde la perspectiva europea. De otro, se ha desaprovechado la oportunidad de introducir el mecanismo del *forum non conveniens* para deshacer los conflictos de jurisdicciones, al menos en el contexto extraeuropeo. Además, las generosas reglas de compatibilidad que ha introducido el Reglamento pueden hacer que su trascendencia real práctica quede limitada.

PALABRAS CLAVE: *FORUM SHOPPING* – LITISPENDENCIA – CONEXIDAD – ACCIONES TORPEDO – *FORUM NON CONVENIENS*.

ABSTRACT: Regulation (EU) 1215/2012 provides for the first time attention to cases pending before the courts of third States. Although qualitatively this represents progress, several important mechanisms appear to be lacking for it to function properly. On one hand, the suspension of pro-

* Profesora contratada doctora de Derecho internacional privado. Universidad de Salamanca.

ceedings begun in second place before the courts of a Member State depends on a prospective trial of recognizability whose parameters have not been unified from the European perspective. On the other, it has missed the opportunity to introduce the mechanism of forum non conveniens to resolve conflicts of jurisdictions, at least outside the European context. In addition, the generous compatibility rules which the regulation has introduced may mean that its real practical significance is limited.

KEYWORDS: FORUM SHOPPING – LIS PENDENS – RELATED ACTIONS – TORPEDO ACTIONS – FORUM NON CONVENIENS.

I. Introducción

1. Una de las novedades más significativas que ha introducido el Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [en adelante, Reglamento (UE) nº 1215/2012]¹, que el 10 enero 2015 sustituirá al todavía en vigor Reglamento (CE) nº 44/2001², ha sido prestar atención y regular por vez primera la litispendencia y conexidad extraeuropeas, otorgando relevancia a procesos pendientes fuera del espacio judicial europeo.

2. El Reglamento sostiene que se debe permitir a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (cuando su competencia se base bien en el domicilio del demandado o en cualquiera de los foros especiales por razón de la materia del art. 7, incluidos los relativos a las competencias derivadas de los arts. 8 y 9) tener en cuenta los procedimientos pendientes ante los órganos jurisdiccionales de terceros Estados, tomando especialmente en consideración si las resoluciones dictadas en ese tercer Estado podrán ser reconocidas y ejecutadas en el Estado miembro de que se trate con arreglo a su legislación nacional (cdo. nº 23 y art. 33). De esta manera, a través de la introducción de un mecanismo flexible de valoración, se persigue, de un lado, potenciar la buena administración de justicia, evitando que tengan lugar procesos paralelos con el consecuente riesgo de resoluciones inconciliables que pueden derivar en resoluciones claudicantes, lo que a la postre puede mermar la tutela judicial ejecutiva y, de otro, para evitar la denegación de justicia, se exige que los órganos

¹ DO L 351 de 20.12.2012.

² Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [DO L 012, de 16 enero 2001; corr. de errores DO L 307 de 24.11.2001; DO L 176 de 5.7 2002 mofics. DO L 225 de 22.8 2002; DO L 236 de 23.9.2003; DO L 381 de 28.12. 2004; DO L 363 de 20.12. 2006; DO L 93 de 7.4. 2009; DO L 119 de 13.5. 2010; DO L 50 de 23.2. 2012].

jurisdiccionales del Estado miembro ante los que se inicie un segundo procedimiento se aseguren de que la resolución dictada en el tercer Estado podrá ser reconocida o ejecutada en su caso en ese Estado miembro, habiéndose optado para ello por utilizar el mecanismo de la suspensión frente al de la inhibición que es del que se sirve la litispendencia intraeuropea.

3. Más allá de la importancia que de por sí tiene para el contexto europeo prestar siquiera atención a procesos abiertos fuera del ámbito de acción del Reglamento, resulta curioso que se haya optado por un instrumento rígido como es la litispendencia, basado exclusivamente en el factor temporal, para deshacer conflictos positivos de jurisdicciones, en vez de haber optado por introducir instrumentos que flexibilicen la competencia judicial internacional, por ejemplo, a través del *forum non conveniens*, que permitan realizar una valoración completa de los hechos que deshaga el conflicto a favor de los órganos jurisdiccionales que de forma más eficiente puedan conocer del litigio, pues aunque en cierto modo, la valoración que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro deben realizar para decidir suspender el procedimiento incardina a este tipo de litispendencia en una órbita cercana al *forum non conveniens*, el no haber acotado más en qué casos el juez del Estado miembro podrá suspender su procedimiento, es más, haber optado por la suspensión en vez de la inhibición, siempre subordinada al tiempo, probablemente lleve a seguir manteniendo una interpretación eurocéntrica por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en la que no se tenga en cuenta la pendencia de otro proceso ante los órganos jurisdiccionales de un tercer Estado. Y es que el desiderátum de la buena administración de justicia parece un concepto lo suficientemente vago para, a su amparo, seguir conociendo del proceso.

4. En todo caso, y pese a las dificultades que puedan plantearse en su correcta aplicación, en las siguientes páginas nos proponemos profundizar en el régimen jurídico de la litispendencia y la conexidad extraeuropeas que ha introducido el Reglamento (UE) n° 1215/2012 y su encaje dentro del espacio judicial europeo. Para ello, partiremos del análisis del principio de fungibilidad de los sistemas jurisdiccionales y su relación con los dobles procesos o procesos paralelos (II); desbrozaremos a continuación el régimen jurídico de la litispendencia y la conexidad extraeuropeas (III) e indagaremos en su relación con la amplia cláusula de compatibilidad que el art. 73 del Reglamento ha introducido (IV), para finalmente examinar otras fórmulas que podrían utilizarse para determinar la mejor competencia en los procesos paralelos (V).

II. Fungibilidad de los sistemas jurisdiccionales y el riesgo de dobles procesos

1. Forum shopping como punto de partida

5. La pluralidad de sistemas de Derecho internacional privado (DIPr), que provoca y lleva implícita la relatividad de esta disciplina³, tiene como una de sus principales consecuencias que cada Estado disponga de su propio sistema de competencia judicial internacional, lo que puede traer consigo tanto conflictos positivos como conflictos negativos de jurisdicciones. Si nos encontramos en el primer caso, si los órganos jurisdiccionales de varios Estados se consideran con aptitud legal para conocer de una misma situación privada internacional, potencialmente podrá producirse el denominado *forum shopping*⁴. Los interesados en iniciar un proceso judicial podrán valorar en estos casos ante qué Estado litigar, y lo harán sustancialmente sobre la base de sus intereses, partiendo del principio de que todos los sistemas jurisdiccionales tienen como premisa garantizar la tutela judicial efectiva. Lo que entronca directamente con el principio de fungibilidad de los sistemas jurisdiccionales⁵, según el cual en la medida en que existe un sistema jurisdiccional en el país de origen equiparable al propio, éste puede ser reconocido en el país de destino, ya que ofrece una tutela declarativa similar⁶.

No obstante, aunque no se discute que el fin de todos los sistemas jurisdiccionales sea garantizar la tutela judicial efectiva, lo cierto es que los medios de que se sirve cada sistema para conseguirlo no son idénticos, en la medida en que no existe uniformidad entre los sistemas procesales estatales, ni siquiera entre los sistemas procesales de los Estados miembros de la Unión Europea. Como veremos, las denominadas acciones torpedo se basan precisamente en ese desigual

³ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, Comares, 2013, pp. 19 ss.

⁴ A.S. Bell, *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, Oxford, 2003, pp. 38 ss; F. K. Juenger, "Forum Shopping, Domestic and International", *Tulane L. Rev.*, 1989, pp. 553 ss; D. Jasper, *Forum Shopping in England und Deutschland*, Berlín, 1990, pp. 20 ss; M.L. Niboyet-Hoegy, "Les conflits de procédures", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1995-1996, París, 1999, pp. 71 ss; A. Nuyts, "Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen", *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruselas, 2004, pp. 745 ss; C. McLachlan, "Lis pendens in International Litigation", *Recueil des Cours*, t. 336, 2008, pp. 215 ss.

⁵ M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Cizur Menor, Thomson – Civitas, 2007, p. 363, utilizan la expresión "fungibilidad de los servicios jurisdiccionales". El término "*ungibilität der Gerichte*" ha sido acuñado por R. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 6ª ed., Colonia, 2009, margs. 37, 861, 868k, 883.

⁶ M.A. Michinel Álvarez, *El Derecho internacional privado en los tiempos hipermodernos*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 133. Repárese que hemos sustituido la expresión "servicio jurisdiccional" por "sistema jurisdiccional" que nos parece más adecuada.

funcionamiento, al tiempo que lo aprovechan⁷, y si en el contexto de la Unión Europea estas carencias deben ser asumidas y ceden frente al principio de superior rango de mutuo reconocimiento del que deriva el principio de equivalencia de las jurisdicciones de los Estados miembros⁸, reflejo por otro lado del principio de la confianza mutua⁹, en contextos no integrados, los potenciales conflictos positivos de jurisdicciones son *a priori* más difíciles de resolver.

6. El principal riesgo de la pluralidad de jurisdicciones con competencia para conocer sobre la misma situación es que se inicien procesos paralelos. Señala Fawcett que pueden existir hasta cuatro posibles soluciones para abordar el problema de los dobles procesos o de los procesos paralelos: a) el segundo tribunal podría declinar su competencia a favor del tribunal ante el que primero se hubiera recurrido (técnica utilizada en los dobles procesos intraeuropeos – litispendencia intraeuropea); b) el segundo tribunal podría intentar evitar que el procedimiento se lleve a cabo en el extranjero (*anti-suit injunctions* o medidas anti-proceso); c) ambos procedimientos podrían continuar, otorgando prioridad a que la decisión pueda reconocerse en el segundo Estado (técnica a la que se recurre en el Reglamento (UE) n° 1215/2012 para los casos de dobles procesos extraeuropeos – litispendencia extraeuropea) y d) podrían adoptarse mecanismos flexibles para determinar qué tribunal es el que mejor situado está para conocer del asunto (*forum non conveniens*)¹⁰.

⁷ Comenzó a utilizar esta expresión M. Franzosi, “Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo”, *EIPR*, 1997, accesible en <http://www.franzosi.com/articolo/1997/worldwide-patent-litigation-and-the-italian-torpedo>.

⁸ La STJUE 9 diciembre 2003, as. C-116/02: *Gasser*, confirmó que la litispendencia había de observarse siempre, aunque la demanda se hubiera interpuesto ante un tribunal que se caracterice por la excesiva lentitud en la apreciación de la competencia, pues de lo contrario se dinamitaría el principio de la confianza mutua entre los Estados miembros y el propio funcionamiento del sistema procesal europeo (parágrafos 72 y 73).

⁹ P. Blanco-Morales Limones, “Acciones declarativas negativas y *forum delicti commissi*. ¿Galgos o podencos?: La litispendencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 octubre 2012, Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama Spa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2013), vol. 5, n° 1, p. 251; E. Rodríguez Pineau, “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’”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 47, 2013, pp. 125-147; A. Nuyts, “La théorie de l’effect réflexe”, en G. de Leval / M. Storme, *Le droit processuel et judiciaire européen*, Bruselas, La Charte, 2003, p. 81.

¹⁰ J.J. Fawcett, “General Report”, en J.J. Fawcett (ed.) *Declining Jurisdiction in Private International Law* 1995, 1, p. 28. P. George, “International Parallel Litigation – A Survey of Current Conventions and Model Laws”, *Texas Int’l L.J.*, vol. 37, 2002, pp. 502 ss, accesible en <http://www.tilj.org/content/journal/37/num3/George499.pdf>, añade una quinta opción, ignorar la existencia de otro proceso pendiente y continuar con el proceso.

7. El mecanismo tradicional que en los Estados incardinados en el *civil law* se ha utilizado para deshacer estos conflictos ha sido la litispendencia, mientras que los posicionados en el *common law* han recurrido a técnicas más flexibles como el *forum non conveniens* o las *anti-suit injunctions*¹¹.

Y a pesar de su diferente funcionamiento, tanto la litispendencia y por extensión la conexidad, como el *forum non conveniens* o las *anti-suit injunctions* coinciden en el carácter de su naturaleza híbrida. No pueden entenderse como simples y puras reglas de procedimiento pues su influencia en los conflictos de jurisdicciones es inevitable¹², mucho más evidente en el *forum non conveniens* y las *anti-suit* en los que la discrecionalidad judicial es mayor y afecta más directamente a la jurisdicción, pues en estos casos ha de realizarse una valoración de la jurisdicción idónea para conocer del litigio de que se trate. En la litispendencia, en cambio, la regla es mecánica, no hay discrecionalidad ni consideración sobre qué jurisdicción es la más adecuada para conocer del asunto¹³; es el criterio de prioridad temporal el que soluciona la concurrencia¹⁴.

Hay que tener en cuenta que los Reglamentos europeos elaborados al amparo de la europeización del DIPr unifican normas de competencia judicial internacional¹⁵ y, con carácter general, no regulan normas de Derecho procesal, y cuando lo hacen no las unifican¹⁶.

2. Juicio positivo de reconocibilidad como destino

8. El sistema Bruselas de competencia judicial internacional ha optado claramente por la litispendencia frente al *forum non conveniens* o las *anti-suit injunctions*, y ha mantenido este mecanismo tanto para los casos de procedimientos

¹¹ T. Kruger, *Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States*, Oxford Private International Law Series, 2008, pp. 256 ss; R. Marengo, *La litispendenza internazionale*, Turín, G. Giappichelli, 2000, pp. 3 ss.

¹² R. Geimer, "The Right to Access to the Courts under the Brussels Convention" in Court of Justice of the European Communities", en *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, Londres, Butterworths, 1992, p. 39.

¹³ T. Kruger, *Civil Jurisdiction Rules...*, *op. cit.*, p. 259.

¹⁴ La solución consiste en optar por el tribunal ante el que se ha iniciado con anterioridad el procedimiento, entendiendo por aquel "la jurisdicción ante la cual se cumplieron en primer lugar las condiciones que permitieron concluir en una litispendencia definitiva, debiendo ser apreciadas dichas condiciones según la ley nacional de cada una de las jurisdicciones implicadas" (STJ 7 junio 1984, as. 129/1983, *Zelger/Salitrini*).

¹⁵ STJCE 1990, as. C-365/80: *Kongress*, párr. 17. Vid. T. Kruger, *Civil Jurisdiction...*, *op. cit.*, pp. 256 ss.

¹⁶ Es el caso del Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo y del Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

paralelos intraeuropeos como, tras el Reglamento (UE) n° 1215/2012, para los extraeuropeos. Su objetivo, evitar la concurrencia de procedimientos que pueden dar lugar a resoluciones inconciliables y por ende irreconocibles o inejecutables¹⁷, pero también en la base de su regulación está evitar los conflictos negativos de competencia¹⁸ y, en último extremo, la denegación de justicia.

Y aunque la finalidad (y su propia filosofía) sea compartida¹⁹, el origen y fundamento de la litispendencia intraeuropea y extraeuropea no puede ser sino diverso. La principal diferencia se encuentra en el alcance del marco normativo regulador. Mientras que en los casos de litispendencia (y conexidad) intraeuropea, el sistema Bruselas de competencia judicial internacional es un sistema federador cuya función es distribuir la competencia dentro de un mismo marco normativo entre los Estados miembros, estableciendo una estructura jerarquizada de foros, y otorgando al elemento temporal la llave para, salvo en lo que afecta a las materias objeto de foros exclusivos, y con excepción de lo dispuesto en el nuevo Reglamento (UE) n° 1215/2012 respecto de los acuerdos de sumisión expresa (art. 31), deshacer los conflictos positivos de competencia, en la litispendencia extraeuropea no existe más marco regulador que el con carácter convencional haya eventualmente celebrado el Estado miembro en cuestión con el tercer Estado en el que se encuentre pendiente el procedimiento. Más aún, mientras que en el contexto europeo existe un sistema unificado de reconocimiento y ejecución, no se ha establecido un régimen uniforme para el reconocimiento y ejecución de resoluciones provenientes de terceros Estados, aunque ésta era una de las cuestiones a cuya necesidad se hacía referencia en el 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 mer-

¹⁷ Como señalan M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 361, a través de la litispendencia y por extensión de la conexidad se intenta asegurar la uniformidad de la tutela judicial internacional, evitando el riesgo de decisiones inconciliables y, en última instancia, una discontinuidad de los derechos subjetivos en el ámbito internacional.

¹⁸ El párr. 42 STJUE 27 febrero 2014, as. C-1/13: *Cartier parfums*, lo indica con claridad: “Por otra parte, tanto del informe sobre el Convenio de Bruselas elaborado por el Sr. Jenard (DO 1979 C 59, p. 1; versión en español en DO 1990 C 189, p. 57) como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al art. 21 de dicho Convenio, disposición que corresponde al art. 27 del Reglamento n° 44/2001, se deduce que el objetivo de la norma en materia de litispendencia es evitar también los conflictos de competencia negativos. En efecto, dicha norma se introdujo con el fin de que las partes no se vieran obligadas a comenzar un nuevo proceso si, por ejemplo, el tribunal ante el que se hubiera presentado la primera demanda se declarase incompetente (*vid.* la sentencia *Overseas Union Insurance* y otros, antes citada, ap. 22)”.

¹⁹ Según J. Vegas Torres, “La eficacia excluyente de la litispendencia”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n° 0, 2002, p. 169, “la pendencia simultánea de varios procesos con idéntico objeto es un fenómeno perteneciente a la patología jurídica y, por tanto, si no puede ser evitado, debe ser eliminado, cuando llegue a producirse, estableciéndose al efecto los correspondientes remedios”.

cantil²⁰ y que en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución en materia civil y mercantil²¹, quedó reducida a una mera declaración de principios²² y a la nada finalmente en el Reglamento (UE) n° 1215/2012. Esta situación ha traído consigo una situación paradójica que puede reducir el alcance y la operatividad de la regulación de los procesos paralelos extraeuropeos.

9. La litispendencia cumple básicamente dos funciones²³. De un lado, la prevención de comportamientos oportunistas evitando dobles procesos y asegurando la uniformidad de la tutela judicial en su dimensión internacional²⁴. De otro, la reducción de los costes procesales injustificados, lo que entronca directamente con la economía procesal y la buena administración de justicia²⁵. A la postre, puede sostenerse que la litispendencia reduce los costes directos asociados a dobles procesos. El desarrollo de dos procesos para conocer de un mismo conflicto de intereses particulares duplica los costes de administración de justicia sin derivarse ningún beneficio a cambio, puesto que si la decisión coincidiera en ambos casos, uno de ellos sería prescindible y si la solución fuera divergente, se

²⁰ Bruselas, 21 abril 2009. COM (2009) 175 final (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0175:FIN:ES:PDF>). En concreto, se decía (p. 4), “convendría preguntarse hasta qué punto la ampliación del ámbito de aplicación de las normas de competencia debería ir acompañada de normas comunes sobre el efecto de las resoluciones dictadas en terceros países. Una armonización del efecto de estas resoluciones reforzaría la seguridad jurídica, especialmente para los demandados comunitarios que son parte en procedimientos emprendidos ante órganos jurisdiccionales de terceros países. Un régimen común de reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en terceros países les permitiría prever en qué circunstancias una resolución de este tipo podría ser ejecutada en un Estado miembro de la Comunidad, especialmente si dicha resolución es contraria a una disposición de la legislación comunitaria de carácter vinculante o si el Derecho comunitario prevé la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros”.

²¹ Bruselas COM (2010) 748 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0748:FIN:ES:PDF>).

²² En concreto, en la p. 5, en su Exposición de Motivos, se indica que “el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en terceros Estados debía inscribirse en un marco multilateral que asegure la reciprocidad a nivel internacional”. Aludiendo a un futuro e hipotético Convenio de la Conferencia de La Haya en materia de exequátur.

²³ Señala A. De la Oliva (*Lecciones de Derecho procesal*, Barcelona, 1982, p. 61), que por una parte la litispendencia persigue propiciar la economía procesal, pues “no resulta lógico exigir a los tribunales de justicia que se pongan en marcha por segunda vez para resolver sobre el mismo tema” y, por otra, agotar en el primer proceso la necesidad de protección jurídica de las partes litigantes, ya que “no puede obligarse al demandado (en el caso de que lo sea en los dos procesos) a que se someta a las molestias de dos procesos distintos en los que se ventila la misma cuestión”.

²⁴ En opinión de M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 364, evita que estos dobles procesos puedan ser utilizados como una vía para dilatar el proceso.

²⁵ Sostiene W. Goldschmidt, *Sistema y Filosofía de Derecho internacional privado*, t. III, 2ª ed., Buenos Aires, 1954, p. 252, que el principio de la buena administración de justicia, basado en la seguridad jurídica, exigiría evitar decisiones contradictorias y desde la economía procesal, impondría la eliminación de una actividad procesal doble.

plantearía un coste adicional: dos decisiones incompatibles en el ámbito internacional, sin que haya ninguna garantía *a priori* de que la segunda sea más correcta que la primera.

Ambos fundamentos valen tanto cuando estamos en un ámbito integrado como es el europeo como cuando estamos en un contexto internacional en sentido amplio. La necesidad de proteger la continuidad geográfica de los derechos subjetivos es independiente del Estado extranjero en cuestión. En consecuencia, parece lógico que si la litispendencia internacional es una forma de proteger esa continuidad, debe admitirse también frente a terceros Estados²⁶.

10. Ciertamente, la litispendencia supone la puesta en práctica anticipada de la excepción de cosa juzgada²⁷. Se trataría de un mecanismo preventivo que por definición ha de actuar desde el inicio de la situación de riesgo que hipotéticamente puede derivar en decisiones contradictorias²⁸, puesto que, fundamentalmente, tiende a evitar la coexistencia de dos decisiones sobre la misma causa incompatibles entre sí y perjudicial, por tanto, para la libre circulación de resoluciones si hablamos del contexto europeo o de la continuidad en el espacio de resoluciones en un contexto más amplio²⁹.

En consecuencia, el “juicio positivo de reconocibilidad”, en expresión de Virgós / Garcimartín, sólo va a prosperar si la eventual resolución extranjera, proveniente de un tercer Estado es susceptible de reconocimiento en el Estado en que se ha iniciado el segundo procedimiento. Y ello porque esta excepción cierra al demandante el acceso a la jurisdicción nacional y se le remite implícitamente a un foro extranjero que ya está conociendo del litigio. Se sustituye la tutela por declaración por la tutela por reconocimiento. Por eso, la admisión de la litispendencia presupone el reconocimiento anticipado mediante juicio de reconocibilidad de la resolución extranjera. Si no se va a poder reconocer, desaparece el fundamento de la excepción puesto que conllevaría la denegación de justicia³⁰. En un contexto integrado como el europeo, en el que el régimen de reconoci-

²⁶ M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 376.

²⁷ Apunta J. Vegas Torres, “La eficacia excluyente de la litispendencia”, *loc. cit.*, p. 170, que “es usual relacionar la eficacia excluyente de la litispendencia con la función negativa de la cosa juzgada material, atribuyendo a ambas instituciones procesales idénticos fundamento y finalidad. Se dice, en este sentido, que existe hoy litispendencia donde mañana existirá cosa juzgada, idea que permite concebir la eficacia excluyente de la litispendencia como una especie de anticipación de la función negativa de la cosa juzgada material”.

²⁸ E. Cano Bazaga, *La litispendencia comunitaria*, Madrid, Eurolex, 1997, p. 24.

²⁹ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2013, p. 94.

³⁰ Precisan M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 377, que lo determinante no es que cuando se presenta la demanda en España se tenga absoluta certeza de que la sentencia extranjera será reconocible en nuestro país, sino que sea potencialmente reconocible.

miento y ejecución es común, las dificultades para realizar ese juicio de reconocibilidad son mínimas, por no decir inexistentes en atención al principio de reconocimiento mutuo. Más complicado en cambio es, como veremos, anticipar ese juicio en contextos no integrados.

III. Litispendencia y conexidad extraeuropeas: las claves de los arts. 33 y 34 del Reglamento (UE) nº 1215/2012

1. Pretexto y contexto

11. La regulación de la litispendencia y conexidad extraeuropeas en el Reglamento (UE) nº 1215/2012 se integra en la sección novena del Capítulo II, junto con el resto de preceptos que hacen referencia a los procesos paralelos, lo que implica que muchos de los conceptos que se utilizan en los arts. 33 y 34 van a poder interpretarse conforme a lo que ha venido siendo la regulación de la litispendencia y conexidad europeas. No obstante, antes de desbrozar su régimen jurídico es preciso realizar una serie de matizaciones referidas fundamentalmente al alcance de esta novedosa regulación y a su base normativa.

12. El Reglamento (UE) nº 1215/2012 nace para seguir regulando las relaciones patrimoniales que tienen lugar en el contexto de la Unión Europea, y siendo éste el escenario, es necesario valorar la oportunidad de introducir la regulación de la litispendencia y conexidad extraeuropeas en un texto europeo. El pretexto para introducir esta regulación, tanto en el Libro Verde como en la Propuesta de Reforma del Reglamento de 2010 derivaba de la idea de que, estableciendo normas de competencia subsidiaria comunes, las normas de competencia judicial internacional previstas en este texto iban a ser las que en todo caso regularan los conflictos internacionales en materia civil y mercantil comprendidos en su ámbito de aplicación, lo que hacía presagiar un aumento de casos en que la concurrencia de procedimientos, más allá de la esfera europea, podía tener lugar. El que finalmente no cristalizara la idea de las normas de competencia subsidiaria común no implica, sin embargo, que los casos de litispendencia y conexidad extraeuropeas no puedan darse, como lo han venido haciendo hasta el momento, sin ninguna respuesta europea hasta el presente Reglamento.

13. En cuanto al contexto, el Reglamento (UE) nº 1215/2012 sigue estableciendo una serie de foros que son obligatorios e imperativos para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Esto es, los jueces y tribunales de los Estados miembros no tienen poder discrecional para apreciar si poseen o no competencia judicial internacional, puesto que ello lo deciden las normas del Reglamento. Esta idea ha sido remarcada por la jurisprudencia del TJUE que

siempre que ha tenido ocasión ha reiterado que las normas sobre competencia judicial internacional deben presentar un alto grado de previsibilidad de manera que potencien la seguridad jurídica, habiendo descartado la posibilidad de utilizar en el contexto europeo el mecanismo del *forum non conveniens*, precisamente por suponer éste una elevada discrecionalidad judicial en la determinación de la competencia judicial internacional³¹.

Sin embargo, con la regulación de la litispendencia y conexidad extraeuropeas el nuevo Reglamento introduce la posibilidad de suspender el procedimiento suscitado ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro si se constata que ya se ha iniciado otro de similares características ante los órganos jurisdiccionales de un tercer Estado. Para acordar esa suspensión, como veremos, pergeña un método de valoración que hay quien ha entendido que está cercano al *forum non conveniens*³², si bien son muchos los matices que lo perfilan otorgándole un carácter autónomo y diferenciado de este expediente.

A la postre de lo que se trata es de evitar resoluciones claudicantes y reforzar la tutela judicial efectiva, y este objetivo debe ser compartido tanto cuando nos encontramos ante un contexto integrado como cuando estamos en un escenario puramente internacional. El problema fundamental es que teniendo claro el objetivo, el legislador europeo parece no haber acertado con el método para lograrlo, pues si se trataba de prestar atención a procedimientos abiertos ante órganos jurisdiccionales de terceros Estados para evitar la inconciliabilidad de resoluciones, se debería haber establecido un régimen uniforme europeo para regular el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones provenientes de terceros Estados. Al no haberse hecho, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro ante los que se plantee la segunda demanda tendrán que valorar si esa resolución

³¹ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 200. En opinión de E. Cano Bazaga, *op. cit.*, p. 30, en un contexto no integrado, en razón del carácter unilateral de las reglas de competencia judicial internacional, no será posible “reenviar” el litigio al foro que, dadas las circunstancias considere más apropiado para resolver el litigio. La prohibición de denegación de justicia limita el juego del *forum non conveniens*.

³² A juicio de J. Suderow, “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 1, marzo 2013, p. 195 (accesible en <http://hosting01.uc3m.es/Erevistas/index.php/CDT/article/view/1717/792>), el criterio de buena administración de justicia que contiene el Considerando 24 introduciría un test similar al *forum non conveniens*. En similares términos, J.P. Cook, “Pragmatism in the European Union: Recasting the Brussels I Regulation to Ensure the Effectiveness of Exclusive Choice-of-Court Agreements”, *Aberdeen Student L. Rev.*, vol. 4, september 2013, accesible en http://www.abdn.ac.uk/law/documents/Pragmatism_in_the_European_Union.pdf, y en http://www.abdn.ac.uk/law/documents/Volume_4_Issue_1_September_2013.pdf, p. 83. Aprecian, en cambio, E. Crawford y J. Carruthers, “Brussels I bis – the Brussels Regulation recast: closure (for the foreseeable future)”, *Scots Law Times*, nº 12, 2013, pp. 89–95, esp. p. 93, que la discrecionalidad que introduce el art. 33 a la hora de poder suspender el procedimiento si existe otro abierto en un tercer Estado es inusual en un instrumento inspirado en el *civil law*.

podrá o no ser reconocida en su Estado, y lo harán conforme a su sistema interno de reconocimiento, por lo que el alcance de estos preceptos consideramos que es relativo. Podemos entender que lo que hace el Reglamento es autorizar a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro a que valoren si sería necesario suspender el procedimiento si prevén que esa resolución puede ser objeto de reconocimiento en su territorio, y que puedan llegar incluso a suspenderlo en aras de la buena administración de justicia, pero al no haberse producido una correlativa regulación en sede de reconocimiento lo establecido no parece ir más allá de un brindis al sol, más si se repara en las generosas normas de compatibilidad que este Reglamento ha introducido.

2. Régimen jurídico de la litispendencia extraeuropea

14. En lo que respecta a la litispendencia, el primer apartado del art. 33 indica que:

“1. Cuando la competencia se base en el art. 4 (domicilio del demandado) o en los arts. 7 (foros especiales por razón de materia), 8 o 9 (competencias derivadas) y exista un procedimiento pendiente ante un órgano jurisdiccional de un tercer Estado en el momento en que se ejercita una acción ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con el mismo objeto, la misma causa y las mismas partes que en un procedimiento que se esté tramitando ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado, el órgano jurisdiccional del Estado miembro podrá suspender el procedimiento si: a) cabe esperar que el órgano jurisdiccional del tercer Estado dicte una resolución susceptible de ser reconocida y, en caso pertinente, ejecutada en ese Estado miembro, y b) el órgano jurisdiccional del Estado miembro considera necesaria la suspensión del procedimiento en aras de la buena administración de justicia”.

En el ámbito de aplicación de este precepto deben tenerse en cuenta tres factores: límites en cuanto a los casos en que podrá observarse desde la perspectiva de la atribución legal sobre la que puedan conocer los órganos jurisdiccionales del Estado miembro; precisión respecto a cuándo estamos ante un procedimiento pendiente y existencia entre ambos procedimientos de identidad de objeto, causa y partes.

15. En cuanto a la primera cuestión, se descarta que pueda utilizarse este mecanismo si el Estado miembro ante el que se plantea la acción en segundo lugar, tiene competencia judicial internacional sobre la base de los foros exclusivos (art. 24), sumisión expresa (art. 25) o tácita (art. 26) o estamos ante algunos de los foros especiales que regulan contratos con parte débil: seguros (arts. 10 a 16); consumo (arts. 17 a 19) o trabajo (arts. 20 a 23). Se entiende que en estos casos la vinculación del litigio con la Unión Europea (litigios relacionados con

la soberanía de algún Estado miembro en el caso de los foros exclusivos³³; respeto a la voluntad de las partes al haber elegido los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en los casos de sumisión o la necesidad de proteger a la parte débil de una relación contractual vinculada con un Estado miembro) descartaría la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro con competencia para conocer flexibilizaran su competencia teniendo en cuenta el procedimiento abierto ante los órganos jurisdiccionales de un tercer Estado.

Por otro lado, y desde la perspectiva de la competencia judicial internacional del Estado miembro ante el que se plantea la segunda acción, éste ha de conocer sobre la base de foros que exigen en todos los casos que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro de la Unión Europea. No es posible aplicarlo, por tanto, cuando el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro del Reglamento y la competencia se pueda sustentar en la legislación interna de los Estados miembros (art. 6). En estos casos, será también conforme a la legislación interna que se valore la litispendencia³⁴.

16. Respecto a la precisión del momento en que un procedimiento se considera pendiente, el art. 32, en similares términos al actual art. 30 Reglamento (CE) nº 44/2001, indica que debe aplicarse también respecto de la litispendencia (y conexidad) extraeuropeas, puesto que tanto el art. 33 como el 34 se integran dentro de la sección novena que es para cuyo ámbito se extiende el precepto³⁵. Lo que es de agradecer, ya que si la fecha relevante se precisara conforme al Derecho procesal de cada Estado, ello conllevaría aplicar dos Derechos diferentes, lo que podría generar desajustes³⁶.

³³ Aunque el TJUE al justificar la pervivencia de los foros exclusivos ha aludido al principio de proximidad, lo cierto es que no siempre este concepto está detrás de su justificación (por todas, *vid.* S 10 enero 1990, as. C-115/88; *Dresdner I*).

³⁴ Apuntan F.J. Garcimartín Alférez y S. Sánchez Fernández, “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 48, 2013, p. 25, que el régimen que ahora establece el Reglamento ofrece unos parámetros muy útiles para colmar las lagunas del Derecho interno en estos casos.

³⁵ Comienza el art. 32: “A efectos de la presente sección, se considerará que un órgano jurisdiccional conoce de un litigio”. En cuanto a la definición material y autónoma de pendencia, se siguen manteniendo las dos definiciones que ahora acoge el Reglamento (CE) nº 44/2001: a) desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no deje de tomar todas las medidas que se le exijan para que se entregue al demandado la cédula de emplazamiento, o b) si dicho documento ha de notificarse al demandado antes de su presentación al órgano jurisdiccional, en el momento en que lo reciba la autoridad encargada de la notificación, a condición de que posteriormente el demandante no deje de tomar todas las medidas que se le exijan para presentar el documento al órgano jurisdiccional.

³⁶ Ya antes de publicarse el Reglamento (UE) nº 1215/2012, M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 377, habían apuntado que en el contexto de la litispendencia internacional, la *ratio*

Ahora bien, el apartado segundo del art. 32 señala que “los órganos jurisdiccionales, o las autoridades encargadas de la notificación, a que se refiere el apartado 1, consignarán, respectivamente, la fecha de presentación del escrito de demanda o documento equivalente o la fecha de recepción de los documentos que deban notificarse”³⁷. Esta obligación que introduce como novedad el Reglamento (UE) n° 1215/2012, como es obvio, no alcanza a terceros Estados³⁸. En todo caso, este precepto no añade más que un indicio facilitador para apreciar la pendencia, pero lo determinante es el contenido del párrafo primero que en todo caso es aplicable a la litispendencia y conexidad extraeuropeas.

17. Sistemáticamente, entendemos que también la interpretación que el TJUE ha llevado a cabo sobre la identidad de objeto, causa y partes debería extenderse a la litispendencia extraeuropea³⁹. Lo que conllevaría, no obstante, y en atención a la interpretación amplia que ha venido realizando el Tribunal de estos conceptos, la posibilidad de que el espectro de situaciones en que la litispendencia extraeuropea pueda tener lugar se amplíe⁴⁰.

18. Cumplidos estos requisitos, el órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que se haya presentado la segunda acción “podrá suspender el procedi-

inherente a la regla uniforme sobre la fecha relevante que aporta el Reglamento (CE) n° 44/2001 podía extrapolarse para terceros Estados.

³⁷ Como señalan J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 95, la litispendencia sólo puede fijarse en algunos casos *ex post facto*. Es posible que se haya recibido la demanda por la autoridad encargada de la notificación antes de la presentación de una segunda demanda en otro Estado miembro.

³⁸ Téngase en cuenta además que este precepto está estrechamente relacionado con el art. 29.2° que, en los casos de litispendencia europea, indica que a instancia del órgano jurisdiccional al que se haya sometido el litigio, cualquier otro órgano jurisdiccional al que se haya sometido el litigio informará sin demora al primero de la fecha en que se interpuso la demanda de conformidad con lo dispuesto en el art. 32.

³⁹ Por identidad de objeto, el TJUE ha considerado que tiene lugar cuando ambas demandas tengan el mismo objetivo, aunque en una interpretación expansiva del concepto también ha entendido que existe identidad de objeto cuando se trata de demandas que afectando a la misma relación jurídica en ambas se soliciten pronunciamientos opuestos o incompatibles (SS 8 diciembre 1987, as. C-144/86: *Gubisch*; y 8 mayo 2010, as. C-111/01: *Gantner*). Por identidad de causa hay que entender identidad de origen jurídico (sentencia *Gubisch*). Por identidad de partes debe entenderse que participan en ambos procesos las mismas personas con independencia de la posición procesal que ocupen en cada uno de ellos (S 6 diciembre 1994, as. C-406/92; *Tatry*). *Vid.* F. Marongiu Buonaiuti, “*Lis alibi pendens* and related actions in civil and commercial matters within the european judicial area”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 11, 2009, pp. 511-564.

⁴⁰ Señalan M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 366, que la amplia interpretación del concepto identidad de objeto y causa lleva a que el precepto comprenda relaciones de continencia y prejudicialidad, y no se condicione expresamente a que estas cuestiones vayan a quedar alcanzadas por la excepción de cosa juzgada. La función de prevención de decisiones inconciliables que cumple este precepto justifica esta interpretación, aludiendo a la STJUE 9 diciembre 2003, as. C-116/02: *Gasser*.

miento”⁴¹, esto es, tendrá la opción de hacerlo, no la obligación, valorando discrecionalmente dos factores que deben darse al mismo tiempo⁴². La primera condición consiste en calibrar si es posible esperar que la resolución que dicte el órgano jurisdiccional del tercer Estado sea susceptible de reconocimiento o ejecución en el Estado miembro con capacidad para suspender su procedimiento (juicio positivo de reconocibilidad) y, en segundo lugar, el órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que se ha interpuesto la segunda demanda deberá valorar si es necesaria la suspensión del procedimiento en aras de la buena administración de justicia.

19. Conforme al Considerando nº 24 del Reglamento (UE) nº 1215/2012,

“... a la hora de apreciar la buena administración, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de que se trate debe valorar todas las circunstancias del asunto que conoce. Esta valoración puede incluir las conexiones entre los hechos del asunto y las partes y el tercer Estado de que se trate, la fase a la que se ha llegado en el procedimiento en el tercer Estado en el momento en que se inicia el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro, y si cabe esperar que el órgano jurisdiccional del tercer Estado dicte una resolución en un plazo razonable. En esa valoración se puede examinar asimismo si el órgano jurisdiccional del tercer Estado tiene competencia exclusiva para conocer del asunto concreto en circunstancias en las que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro tendrían competencia exclusiva”.

Obviamente, el citado Considerando no pretende agotar todos los ítems que puedan tenerse en cuenta a la hora de llenar de contenido a ese concepto jurídico indeterminado que es la buena administración de justicia⁴³. Pero una cuestión a la que se alude expresamente para concretar el concepto es la posibilidad de valorar si el órgano jurisdiccional del tercer Estado tiene competencia exclusiva para conocer del asunto, bilateralizando el art. 24 Reglamento (UE) nº 1215/2012. Cabría preguntarse si ese control de la competencia judicial interna-

⁴¹ Podrá hacerlo a instancia de una de las partes, o cuando el Derecho nacional lo prevea, de oficio (art. 33, ap. 4).

⁴² De la misma opinión, A. Nuyts, “La refonte du règlement Bruxelles I”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2013, p. 7, que se remite a la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento que en su p. 9, sostiene: “[l]a propuesta introduce una regla de litispendencia discrecional para litigios con el mismo objeto y entre las mismas partes pendientes ante tribunales en la UE y en un tercer país. Un tribunal de un Estado miembro puede excepcionalmente suspender el procedimiento si el asunto se sometió primero a un tribunal de fuera de la UE y si se espera que este se pronuncie en un tiempo razonable y la resolución pueda ser reconocida y ejecutada en ese Estado miembro. Esta modificación tiene por objeto evitar procedimientos paralelos dentro y fuera de la UE”. F.J. Garcimartín Alférez y S. Sánchez Fernández, *loc. cit.*, p. 27, consideran que la expresión “pueden suspender” no significa que los jueces puedan o no hacerlo a su libre arbitrio, sino que el juez podrá o no hacerlo pero bajo los criterios que se señalan en el Reglamento.

⁴³ Del mismo parecer, A. Nuyts, “La refonte ...”, *loc. cit.*, p. 8. Repárese que en la Propuesta inicial de la Comisión Europea de 14 diciembre 2010 no se contenía una definición del concepto de buena administración de justicia.

cional también podría realizarse si el órgano jurisdiccional del tercer Estado conociera sobre la base de un acuerdo de sumisión expresa, lo que desde luego sería lógico, más si se tiene en cuenta lo establecido en el art. 31.2º, en el que se hace prevalecer la voluntad de las partes por encima de la prioridad temporal⁴⁴. Repárese que en el caso que planteamos, voluntad de las partes y prioridad temporal conducirían a los órganos jurisdiccionales del tercer Estado, por lo que la suspensión, a falta de que se permita la inhibición, estaría a nuestro juicio más que justificada.

20. En ambos casos, hay muchos factores que aconsejan la suspensión. En lo que atañe a la competencia exclusiva, porque previsiblemente la sentencia deba ejecutarse en el Estado que conoce en virtud de este foro, por lo que la duplicación de costes procesales debería claramente evitarse, ya que la sentencia que pudiera dictarse en el Estado miembro probablemente nunca podría ser reconocida en el tercer Estado que se considera con competencia exclusiva para conocer del supuesto, lo que a la postre vulneraría la tutela judicial efectiva. Y en el caso de la sumisión, porque de esta manera se reducirían las posibles prácticas abusivas (acciones torpedo) que puedan ponerse en marcha con el único objetivo de ralentizar la resolución del proceso, dotando, por otro lado, al acuerdo de sumisión expresa de toda su virtualidad. Se trataría, en fin, de poner en práctica una limitada teoría del efecto reflejo⁴⁵; limitada, por cuanto que en la regulación de la litispendencia extraeuropea el factor temporal sería determinante, esto es, sólo cabría suspender el procedimiento por parte del órgano jurisdiccional del Estado miembro si el proceso abierto en el tercer Estado sobre la base de un foro de competencia exclusiva o de sumisión expresa se ha iniciado con anterioridad⁴⁶ y, en todo caso, estaríamos hablando de suspensión, no de inhibición.

Si, por el contrario, ambos procesos se basaran en foros diferentes a los citados (competencia exclusiva y sumisión) y nos encontráramos, aunque fuera de un contexto integrado, ante foros concurrentes, la discrecionalidad del art. 33 también permitiría valorar al órgano jurisdiccional del Estado miembro respecto del concreto asunto, si éste está más vinculado con el tercer Estado, aunque si así lo considerara la única opción que le permite el Reglamento en una fase inicial es suspender su procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional del tercer Estado resuelva.

⁴⁴ En este sentido, P. Rogerson, "Lis pendens and third states: Then Commission's Proposed Changes to the Brussels I Regulation", en E. Lein, *The Brussels Review Proposal Uncovered*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2012, p. 118.

⁴⁵ A. Nuyts, "La théorie de l'effet réflexe", *loc. cit.*; P. Gothot y D. Holleaux, *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, París, Jupiter, 1986.

⁴⁶ A. Nuyts, "La refonte...", *loc. cit.*, p. 9.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el juicio de reconocibilidad que el juez del Estado miembro está obligado a realizar ha de basarse fundamentalmente en un control de la competencia del juez de origen que es el único control que puede llevarse a cabo objetivamente en la fase inicial del proceso⁴⁷. Aunque también es posible valorar la regularidad del emplazamiento y, a la vista de los elementos de que disponga, constatar que no se haya producido una vulneración significativa de los derechos de defensa⁴⁸.

21. La referencia al “tiempo razonable” para dictar la resolución, al que aluden tanto el Considerando nº 24 a la hora de concretar el concepto de la buena administración de justicia, como el apartado segundo del art. 33 como motivo para levantar la suspensión⁴⁹, es una de las cuestiones que, por su falta de concreción, puede servir de excusa para que el órgano jurisdiccional del Estado miembro siga conociendo, pudiendo también utilizarse en algunos casos para bloquear los torpedos extraeuropeos⁵⁰.

Recuérdese que en el caso *Gasser* una de las cuestiones que se analizaban era si cabía no utilizar la regla de la litispendencia intraeuropea cuando el tribunal ante el que primero se hubiera interpuesto la demanda (en este caso, el *Tribunale civile e penale di Roma*) dilataba en exceso el procedimiento pudiendo dañar la tutela judicial de una de las partes⁵¹. A este respecto, la Comisión Europea mani-

⁴⁷ En concreto, señalan F.J. Garcimartín Alférez y S. Sánchez Fernández, *loc. cit.*, p. 26, que no esté conociendo de una materia que se considere de competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales de cualquier Estado miembro del Reglamento, que se base en una competencia concurrente y que su competencia no se sustente en un foro exorbitante.

⁴⁸ M. Gardeñes Santiago, “Litispendencia y cosa juzgada en el extranjero ante la nueva LEC”, *AEDIPr*, t. I, 2001, p. 329. A este respecto, considera F. Salerno, “Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del Regolamento (CE) nº 44/2001”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, marzo 2010, p. 22, que hay que ser muy riguroso con las sentencias que provienen de países que no son parte de la Convención Europea de Derechos Humanos, que exige un escrupuloso respeto a un proceso contradictorio aludiendo a la STEDH *Pellegrini* 20 julio 2001 (30882/96). Considera que las opiniones del Grupo Europeo de Derecho internacional privado, vertidas en su 18ª Sesión (Bergen, 19–21 septiembre 2008) estableciendo las dos condiciones que finalmente pasaron al texto definitivo del Reglamento son insuficientes para llevar a cabo un control adecuado de este derecho (*Compte rendu des seances de travail. L’élargissement du règlement Bruxelles I aus situations externes*, par. 12, en <http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-18-fr.htm>).

⁴⁹ Según este precepto, el órgano jurisdiccional del Estado miembro podrá continuar con el procedimiento en cualquier momento si: a) el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado fuese suspendido o sobreseído, o b) el órgano jurisdiccional del Estado miembro estima poco probable que el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado pueda concluirse en un tiempo razonable, o c) la continuación del procedimiento se considera necesaria para la buena administración de justicia.

⁵⁰ J. Suderow, *loc. cit.*, p. 196.

⁵¹ En concreto, la tercera cuestión prejudicial planteada se expresaba en los siguientes términos: “[l]a duración excesivamente larga (con absoluta independencia de la actitud de las partes) de los procesos judiciales en un Estado contratante, de modo que una parte puede sufrir perjuicios considerables, ¿puede

festó que no era compatible con el espíritu y la finalidad del entonces Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, Convenio de Bruselas)⁵² que los tribunales nacionales sólo tuvieran la obligación de respetar las reglas de litispendencia si consideraban que el tribunal ante el que se había interpuesto la primera demanda se pronunciaba en un plazo razonable (párr. 68)⁵³. Pero fue más allá en su argumentación, sosteniendo que “el momento a partir del cual la duración del procedimiento es excesivamente larga, hasta el extremo de poder lesionar gravemente los intereses de una de las partes, sólo puede fijarse a través de una apreciación que tenga en cuenta todas las circunstancias del caso controvertido. Esta cuestión no puede regularse en el marco del Convenio de Bruselas. En efecto, incumbe al Tribunal Europeo de Derechos Humanos pronunciarse sobre esta materia y los tribunales nacionales no pueden sustituirlo invocando el art. 21 de dicho Convenio” (párr. 69)⁵⁴. Si esto es así para los casos intraeuropeos, lo que de por sí ya es cuestionable⁵⁵, cabe preguntarse si la misma interpretación debe hacerse respecto de los casos extraeuropeos, esto es, si en estos casos también es preciso remitirse al TEDH para valorar la razonabilidad del proceso en un tercer Estado⁵⁶, lo que por otro lado será posible cuando se trate de Estados que sin ser miembros del Reglamento hayan ratificado el citado Convenio europeo sobre Derechos Humanos y Libertades fundamentales de 1950⁵⁷, ¿y en el resto de casos?

justificar que el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la segunda demanda a efectos del art. 21 del Convenio de Bruselas no actúe de la forma prevista en este artículo?”.

⁵² DO C 27 de 26.1.1998, versión consolidada.

⁵³ Como señala P. Blanco-Morales Limones, “Acciones declarativas negativas y *forum delicti commissi*...”, *loc. cit.*, p. 249, el TJUE ha establecido que no pueden establecerse excepciones a las disposiciones sobre litispendencia basadas en la duración de los procesos, subrayando que si así se hiciese se violentaría el principio de confianza mutua.

⁵⁴ El TJUE respondió en similares términos, indicando que “el art. 21 del Convenio de 27 septiembre 1968 debe interpretarse en el sentido de que no pueden establecerse excepciones a sus disposiciones cuando, por lo general, la duración de los procesos ante los órganos jurisdiccionales del Estado contratante en el que se encuentra el tribunal ante el que se ha formulado la primera demanda es excesivamente larga”.

⁵⁵ Lo era entonces y lo sigue siendo ahora, puesto que el TJUE tiene el referente de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea para valorar si se cumplen o no los parámetros del derecho a un juicio justo. En concreto, en el apartado segundo del art. 47, se precisa que “[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un *plazo razonable* por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar”. Las cursivas son nuestras.

⁵⁶ M. Bogdan, “The Brussels/Lugano *Lis Pendens* Rule and the ‘Italian Torpedo’”, *Scandinavian Studies in Law*, accesible en <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/51-4.pdf>.

⁵⁷ *Vid.* <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=&CL=ENG>.

22. Finalmente, mientras el art. 29 que regula la litispendencia intraeuropea determina que el órgano jurisdiccional ante el que se formule la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda, y una vez declare su competencia deberá abstenerse en favor de aquél, en la litispendencia extraeuropea sólo se enuncia la posibilidad de suspender el procedimiento abierto en segundo lugar ante el Estado miembro. La suspensión hasta que se cierre el primer procedimiento garantiza que si se cumplen los requisitos exigidos en la legislación interna del Estado miembro requerido, se respetará el efecto de cosa juzgada. La inhibición sólo tendría sentido si hay garantías ciertas de que esa resolución va a poder ser reconocida bajo unos parámetros comunes que unan al Estado de origen y al Estado requerido, lo que desde la perspectiva europea, como ya avanzamos, el Reglamento finalmente no ha llevado a término.

Únicamente se contempla que el órgano jurisdiccional del Estado miembro ponga fin al proceso si el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado ha concluido y ha culminado con una resolución susceptible de reconocimiento y, en su caso, de ejecución en ese Estado miembro, y siempre desde los parámetros nacionales de ese Estado miembro (art. 33, ap. 3).

3. Régimen jurídico de la conexidad extraeuropea

23. Por su parte, el art. 34 aborda la conexidad extraeuropea que, hay que precisar, no se contemplaba en la Propuesta inicial de reforma de 2010 Reglamento (CE) nº 44/2000.

Aunque el precepto no define qué debe entenderse por demandas conexas, y el apartado tercero del art. 30, que regula la conexidad intraeuropea, define el concepto “a los efectos del presente artículo”, consideramos que podría tenerse en cuenta este concepto también para la conexidad extraeuropea, puesto que el fin último de la misma es impedir la inconciliabilidad de resoluciones⁵⁸.

24. Los requisitos para que pueda aplicarse este precepto coinciden en buena medida con los que acabamos de ver respecto de la litispendencia, por lo que nos limitaremos a apuntar únicamente las diferencias.

“1. Cuando la competencia se base en el art. 4 o en los arts. 7, 8 o 9 y, exista una acción pendiente ante los órganos jurisdiccionales de un tercer Estado en el momento en que se interpone ante un ór-

⁵⁸ Según establece el art. 30, “[s]e consideran demandas conexas, a los efectos del presente artículo, las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si los asuntos fueran juzgados separadamente”.

gano jurisdiccional de un Estado miembro una demanda conexa a la acción formulada ante los órganos jurisdiccionales del tercer Estado, el órgano jurisdiccional del Estado miembro podrá suspender el procedimiento si: a) es conveniente oír y resolver conjuntamente las demandas conexas, para evitar el riesgo de resoluciones contradictorias derivadas de procesos separados; b) cabe esperar que el órgano jurisdiccional del tercer Estado dicte una resolución susceptible de ser reconocida y, en caso pertinente, ejecutada en ese Estado miembro, y c) el órgano jurisdiccional del Estado miembro considera necesaria la suspensión del procedimiento en aras de la buena administración de justicia”.

Para suspender el procedimiento, el órgano jurisdiccional del Estado miembro, a instancia de una de las partes o de oficio, si su Derecho nacional se lo permite, habrá de valorar, además del juicio anticipado de reconocibilidad y de la buena administración de justicia, si es conveniente oír y resolver conjuntamente las demandas conexas para evitar el riesgo de resoluciones contradictorias que pueden convertirse en resoluciones claudicantes, lo que terminaría dañando la tutela judicial efectiva.

Otra diferencia con la litispendencia, es que puede dejarse sin efecto la suspensión del procedimiento si el órgano jurisdiccional del Estado miembro considera que ha desaparecido el riesgo de resoluciones contradictorias.

Los casos en que se podrá poner fin definitivamente al proceso coinciden con la regulación de la litispendencia, esto es, que el procedimiento ante el tercer Estado haya culminado con una resolución susceptible de reconocimiento y/o ejecución en el Estado miembro requerido.

IV. Regulación de los procesos paralelos con terceros Estados por parte de los Estados miembros

1. Alcance de la cláusula de compatibilidad del Reglamento respecto de Convenios celebrados por Estados miembros con terceros Estados

25. El art. 73 Reglamento (UE) nº 1215/2012 en su apartado tercero establece que el mismo no afectará a la aplicación de los convenios y acuerdos bilaterales entre terceros Estados y un Estado miembro, que se hubieran celebrado antes de la fecha de entrada en vigor del Reglamento (CE) nº 44/2001 y que se refieran a materias reguladas por el presente Reglamento⁵⁹. Es ésta una novedad que introduce este Reglamento, pues ni el Convenio de Bruselas ni el Reglamento (CE) nº 44/2001, contemplaban una cláusula de compatibilidad tan amplia⁶⁰.

⁵⁹ En términos parecidos se manifiesta el cdo. nº 36.

⁶⁰ Sobre la competencia externa de la Unión Europea, puede consultarse nuestro trabajo A. Durán Ayago, “Europeización del Derecho internacional privado: Del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) nº 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, 2013, y la bibliografía allí citada.

26. En lo que al tema de la litispendencia y conexidad extraeuropea atañe, esto significa que en aquellos casos en que los Estados miembros hayan celebrado convenios con terceros Estados en que se regule la litispendencia y conexidad, la acción del Reglamento será limitada, puesto que se aplicarán los acuerdos o convenios con preferencia a lo dispuesto en el Reglamento, lo que reduce el ámbito de acción de los arts. 33 y 34 de forma significativa.

En lo que ha venido siendo el sistema de Bruselas y en el que se aplicará hasta el 10 enero 2015, al no existir esta cláusula no era posible tener ni siquiera en cuenta los convenios y acuerdos bilaterales que los Estados miembros hubieren firmado con terceros Estados, si el Reglamento era aplicable. A partir de la aplicación del nuevo Reglamento, este precepto permite aplicar las reglas de litispendencia y conexidad convencionales, por lo que los arts. 33 y 34 se aplicarán únicamente cuando el Estado miembro ante el que se plantea con posterioridad la demanda no tuviera convenio con el tercer Estado en cuestión.

27. En este sentido, es necesario precisar que en algunos convenios se va más allá de la suspensión y se regula directamente la inhibición a favor del Estado en que primero se hubiera interpuesto la demanda. Así, por ejemplo, ocurre en España con el Tratado que nuestro país firmó con El Salvador el 7 noviembre 2000 que regula competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil⁶¹. En su art. 7, intitulado *Litispendencia y conexidad* se dispone:

“1. Cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre los mismos litigantes ante dos tribunales de las Partes, el tribunal ante el que se formula la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera demanda.

Cuando el tribunal ante el que se interpuso la primera demanda se declarase competente, el segundo tribunal declinará su competencia.

2. Si como consecuencia de un conflicto negativo de competencias se produjere una denegación de justicia, cualquier tribunal podrá conocer del litigio.

3. Cuando se presentaren demandas conexas en los tribunales de las dos partes y estuviesen pendientes en primera instancia, el tribunal ante el que se hubiere presentado la demanda posterior, podrá suspender el procedimiento.

4. Este tribunal podrá también declarar su competencia, a instancia de un litigante, a condición de que su ley interna permita la acumulación de asuntos conexos y de que el tribunal que conociera de la primera demanda fuere competente para conocer de ambas.

5. Se considerarán conexas, a efectos de este artículo, las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que será oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo, con el fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos se fallasen separadamente.

⁶¹ BOE, 25-X-2001. Este Convenio entró en vigor antes de su publicación en el BOE, concretamente, el 1 septiembre 2001: *vid.* art. 20.1º del Convenio.

6. Cuando ambos tribunales se declarasen exclusivamente competentes, la declinatoria se hará en favor del tribunal ante el que se hubiere presentado la primera demanda”.

Como puede apreciarse, la regulación es similar a la que se establece en el Reglamento para los procesos paralelos intraeuropeos, dado que el precepto exige la inhibición a favor del primer tribunal que estuviera conociendo, una vez que se constate que posee aptitud legal para hacerlo⁶².

28. En el supuesto de que no existiera convenio entre el Estado miembro y el tercer Estado en que se encuentra pendiente el primer procedimiento, el Reglamento desplaza por completo las normas estatales internas sobre litispendencia y conexidad internacional, siempre que se den los requisitos para que los arts. 33 y 34 Reglamento (UE) n° 1215/2012 puedan aplicarse. Básicamente, esto quiere decir que las normas estatales internas que regulan la litispendencia y conexidad internacional sólo podrán aplicarse, en lo que respecta a las materias que regula el Reglamento, cuando los tribunales de un Estado miembro conozcan sobre la base del art. 6, esto es, siempre que el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro del Reglamento. Este resquicio de aplicación de la legislación nacional habría desaparecido por completo, si se hubiera materializado la idea primigenia de establecer unas reglas subsidiarias de competencia judicial internacional comunes para todos los Estados miembros del Reglamento.

En el caso del sistema español de DIPr, al carecer de momento de una norma reguladora de la litispendencia y la conexidad internacional⁶³, los arts. 33 y 34

⁶² Al regular el reconocimiento, el art. 11 de este Tratado, en términos similares a los que en este momento se establecen en el art. 34 apartado tercero y cuarto del Reglamento (CE) n° 44/2001 y en el art. 45.1°, aps. c) y d) del Reglamento (UE) n° 1215/2012, en su ap. 3° establece como motivo de rechazo del reconocimiento el que la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada en un litigio entre las mismas partes en la Parte requerida y en su ap. 5°, el que la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en un Estado no contratante entre las mismas partes en un litigio que tuviere el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reuniere las condiciones necesarias para su reconocimiento en la Parte requerida.

⁶³ El 4 febrero 2014 se presentó en el Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial que pretende sustituir a la actual Ley de 1985. En el art. 68 se introduce la regulación de la Litispendencia internacional en los siguientes términos: “1. Si con anterioridad a la presentación de una demanda ante los Tribunales españoles se hubiera formulado entre las mismas partes, con idéntico objeto y la misma causa de pedir, una demanda ante los Tribunales de otro Estado, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, acordará la suspensión del proceso en tanto el Tribunal extranjero ante el que se interpuso la primera no resuelve la cuestión. La suspensión no alcanzará a las medidas de urgencia que resulten procedentes. 2. El Tribunal español alzaré la suspensión y continuará con la sustanciación del procedimiento si el Tribunal extranjero se hubiera declarado incompetente, o si, requerido por cualquiera de las partes, no se hubiera pronunciado sobre su propia competencia. Así mismo, alzaré la suspensión si entendiésemos que existen fundadas razones para temer que el Tribunal extranjero no va a resolver sobre el fondo en un tiempo razonable o que la sentencia definitiva que eventualmente pueda llegar a dictar no es susceptible de ser reconocida en España. 3. La decisión del Tribunal español se sustanciará con arreglo a las normas reglas generales de la litispendencia que regulen las leyes procesales de cada orden jurisdic-

del Reglamento (UE) nº 1215/2012 podrían servir para completar esta laguna en todas las materias comprendidas en su ámbito de aplicación⁶⁴, aunque lo cierto es que su trascendencia práctica real para las materias reguladas en el Reglamento es mínima, al contar España con muy pocos foros específicos más allá de los usuales que se regulan en el Reglamento⁶⁵.

Legislaciones internas como la francesa⁶⁶ abogan por la inhibición a favor del tribunal en que se ha presentado la primera demanda, mientras que otras son más conservadoras y apuestan por una suspensión del procedimiento hasta que no se compruebe que la resolución podrá ser objeto de reconocimiento en su territorio⁶⁷.

cional.”. Repárese que en la redacción del precepto la suspensión es obligatoria y no discrecional, a diferencia del art. 33 Reglamento (UE) nº 1215/2012. La redacción de este precepto se aparta sustancialmente del Borrador de la Propuesta de Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil, elaborado por M. Virgós Soriano, I. Heredia Cervantes, F.J. Garcimartín Alférez y J.M. Díaz Fraile, en cuyo art. 100 se ofrecía la siguiente redacción sobre la litispendencia internacional: “Cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante los órganos judiciales españoles y los de un Estado extranjero: Si la demanda se hubiera presentado en primer lugar ante los órganos judiciales del Estado extranjero, los órganos judiciales españoles suspenderán a instancia de parte el procedimiento si es previsible que el primer órgano judicial vaya a resolver dentro de un plazo razonable y dicha resolución sería susceptible de ser reconocida en España. El órgano judicial español continuará con el procedimiento si el órgano judicial extranjero se ha declarado incompetente, no ha dictado una decisión sobre su competencia o sobre el fondo en un tiempo razonable o dicha resolución no es reconocible en España. La excepción de litispendencia internacional se alegará y tramitará como la litispendencia interna”.

⁶⁴ De este parecer es P.A. De Miguel Asensio, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Diario La Ley*, nº 8013, Sección Tribuna, 31 enero 2013, consultado en www.diariolaley.laley.es y F.J. Garcimartín Alférez y S. Sánchez Fernández, *loc. cit.*, p. 24.

⁶⁵ El carácter subsidiario de las normas de competencia judicial internacional que se regulan en la LOPJ, realmente ha hecho que el único foro que permita atribuir competencia judicial internacional a los tribunales españoles más allá de los criterios de Bruselas, sea que el contrato se haya celebrado en nuestro país. El Anteproyecto de LOPJ introduce importantes novedades a las que no aludimos por sobrepasar el objetivo de estas líneas. Una primera valoración de este Anteproyecto respecto de las normas de DIPr. puede encontrarse en P.A. De Miguel Asensio, “Comentario crítico de las reglas de competencia judicial internacional en el orden civil del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril”, accesible en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2014/04/comentario-critico-de-las-reglas-de.html>.

⁶⁶ El art. 100 del Código procesal civil francés dispone: “[s]i le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande. A défaut, elle peut le faire d'office”.

⁶⁷ El art. 14 del Código belga de DIPr establece que “[l]orsqu'une demande est pendante devant une juridiction étrangère et qu'il est prévisible que la décision étrangère sera susceptible de reconnaissance ou d'exécution en Belgique, le juge belge saisi en second lieu d'une demande entre les mêmes parties ayant le même objet et la même cause, peut surseoir à statuer jusqu'au prononcé de la décision étrangère. Il tient compte des exigences d'une bonne administration de la justice. Il se dessaisit lorsque la décision étrangère est susceptible d'être reconnue en vertu de la présente loi”.

29. En el estudio dirigido por A. Nuyts⁶⁸, se indica que la mayor parte de los Estados miembros que prestan atención a procedimientos abiertos ante los órganos jurisdiccionales de un tercer Estado, optan por la regla del *prior tempore*⁶⁹ y muchos de ellos relacionan la declinación de competencia con una valoración anticipada de la reconocibilidad de la decisión⁷⁰, teniendo en cuenta además diversos factores, como que se pueda obtener en el país de origen una adecuada protección legal (v.gr., Alemania), si no responde al interés de la buena administración de justicia (v.gr., Bélgica) o si se prevé que el procedimiento se dilate en el tiempo (v.gr., Estonia).

2. Inconciliabilidad convencional vs. inconciliabilidad europea

30. Hay que tener en cuenta que tanto en el Libro Verde como en la Propuesta de Reforma del Reglamento (CE) nº 44/2001, se hacía referencia a la necesidad de regular los procesos paralelos extraeuropeos. Pero no hay que perder de vista tampoco que uno de los aspectos que más expectativas había despertado, la extensión espacial de aplicación del Reglamento sin hacer depender su aplicación de la domiciliación del demandado en un Estado miembro, lo que hubiera supuesto a la postre una unificación total de las normas de competencia judicial internacional en las materias reguladas por el Reglamento (competencia subsidiaria)⁷¹, no ha encontrado acomodo finalmente en la versión definitiva del Reglamento⁷².

⁶⁸ A. Nuyts, *Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of the courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)*, General Report (final Version dated 3 september 2007), accesible en http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf, pp. 77-78.

⁶⁹ En esta situación, Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Escocia (dentro de Reino Unido), Eslovaquia, Eslovenia, España, Grecia, Hungría, Luxemburgo, República Checa y Suecia. Por su parte, en Austria, Inglaterra e Irlanda no es relevante el elemento temporal.

⁷⁰ Es el caso de Austria, Bélgica, Chipre, Estonia, Eslovenia, España, Grecia, Italia y Suecia.

⁷¹ Mientras en el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) nº 44/2001, p. 4, se decía: "debería analizarse en qué medida es necesario y oportuno crear nuevos criterios de competencia para los litigios en los que esté implicado un demandado de un tercer país ("competencia subsidiaria"). Las normas existentes a nivel nacional persiguen un objetivo importante: garantizar el acceso a la justicia; convendría estudiar qué normas uniformes podrían ser indicadas. A este respecto, habría que encontrar un equilibrio entre el acceso a la justicia, por una parte, y la noción de cortesía internacional, por otra. En este contexto, podrían contemplarse tres criterios: la competencia basada en el ejercicio de actividades, siempre que el litigio se refiera a tales actividades; la localización de los bienes, siempre que la demanda guarde relación con dichos bienes; y un *forum necessitatis*, que permitiría iniciar una acción en aquellos casos en que sea esta la única forma de garantizar el acceso a la justicia". Y en la Propuesta de Reglamento, en la sección 8, titulada Competencia subsidiaria y *forum necessitatis*, se introdujeron dos artículos: el 25, que decía: "[c]uando ningún tribunal de un Estado miembro fuere competente con arreglo a los arts. 2 a 24, la competencia recaerá en los tribunales del Estado miembro en que estuvieren sitos los bienes pertenecientes al demandado, siempre que a) el valor de los bienes no fuere desproporcionado en

La argumentación que se hacía en el Libro Verde para introducir normas sobre procesos paralelos se hilaba estrechamente con esa competencia subsidiaria común⁷³, lo que estaba estrechamente coligado a su vez con la necesidad de establecer normas comunes de reconocimiento respecto de las resoluciones dictadas en terceros Estados⁷⁴. Al no haberse logrado estos dos objetivos, unido a la amplia compatibilidad con los convenios bilaterales que contempla el art. 73, ha reducido significativamente la operatividad de los arts. 33 y 34.

El factor último de decisión para evitar los dobles procesos respecto de terceros Estados el Reglamento lo sitúa, como no podía ser de otro modo, en la reconocibilidad de las resoluciones extranjeras. Es en este punto, en el que el juicio de reconocibilidad lo deban realizar los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro desde su perspectiva nacional y no desde un régimen común europeo,

relación con la cuantía de la demanda; y b) el litigio guarde una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer sobre él” y el 26, “[c]uando ningún tribunal de un Estado miembro fuere competente con arreglo al presente Reglamento, los tribunales de un Estado miembro podrán conocer excepcionalmente del litigio si el derecho a un juez imparcial o el derecho a una tutela judicial efectiva así lo requirieren, en particular: a) si no pudiere razonablemente incoarse o desarrollarse a cabo una acción o resultare imposible en un tercer Estado con el cual el litigio guarda estrecha conexión; o b) si una resolución dictada sobre la demanda en un tercer Estado no pudiere ser objeto de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro del tribunal al que se hubiere interpuesto la demanda conforme a la ley de ese Estado y dicho reconocimiento y dicha ejecución fueren necesarios para garantizar el respeto de los derechos del demandante; y el litigio guardare una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer sobre él”. A pesar de ello, en la tramitación se consideró que esta innovación necesitaba mayor maduración y se pospuso para una próxima revisión del Reglamento.

⁷² El propio legislador europeo ha sido consciente de su fracaso en este aspecto, pues en el art. 79 del Reglamento se indica que en la próxima revisión del Reglamento, que deberá hacerse a más tardar el 11 enero 2022, se evaluará la posible necesidad de una mayor ampliación de las normas sobre competencia a los demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro, atendiendo al funcionamiento del presente Reglamento y a la posible evolución de la situación en el plano internacional. El art. 6 Reglamento (UE) n° 1215/2012 se limita a modificar la situación actual recogida en el art. 4 Reglamento (CE) n° 44/2001 con respecto a los litigios en materia de contratos de consumo y de contratos individuales de trabajo en los que el demandado sea el empresario, para los que prevé la aplicación de las reglas de competencia del Reglamento también respecto de los demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro, al excluirlos de la remisión a la legislación de carácter interno del foro. *Vid.* A. Durán Ayago, *loc. cit.*, p. 5.

⁷³ *Vid.* Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001, p. 4, “[a]demás, si se establecen normas uniformes para las demandas interpuestas contra demandados de terceros países, aumentará el riesgo de procedimientos paralelos ante los órganos jurisdiccionales de terceros países y de los Estados miembros. Es preciso examinar, pues, en qué situaciones debe asegurarse el acceso a la justicia de los Estados miembros con independencia de los procedimientos en curso en otros países y en qué situaciones y en qué condiciones podría ser oportuno permitir a los órganos jurisdiccionales inhibirse en favor de órganos jurisdiccionales de terceros países. Tal podría ser el caso, por ejemplo, cuando las partes han celebrado un acuerdo exclusivo de elección de foro a favor de órganos jurisdiccionales de países terceros; cuando el litigio es, por otros motivos, competencia exclusiva de órganos jurisdiccionales de terceros países; o cuando ya se ha emprendido un procedimiento paralelo en un tercer país”.

⁷⁴ *Vid. supra*, nota 20.

en donde, a nuestro juicio, se encuentra verdaderamente el punto débil de esta innovación que el Reglamento ha introducido.

31. En el régimen de reconocimiento Bruselas se manejan dos conceptos de inconciliabilidad. De un lado, el reconocimiento se denegará si la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado requerido. No importa que la decisión objeto de reconocimiento se hubiera dictado en el marco de un procedimiento que se inició antes del otro cuya resolución puede bloquear el reconocimiento. En este concepto, se engloban por tanto resoluciones provenientes tanto de litispendencia como de conexidad. De otro, se prevé la denegación del reconocimiento si la resolución es inconciliable con otra dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tenga el mismo objeto y la misma causa, cuando ésta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido. En este caso, nos encontramos únicamente ante casos de litispendencia.

32. En la larga lista de acuerdos y convenios que España ha firmado sobre reconocimiento y ejecución de decisiones, en todos ellos aparece la inconciliabilidad como un motivo de rechazo del reconocimiento, si bien, no en todos ellos se regula de la misma manera ni tiene el mismo alcance. Optan por un criterio de prioridad temporal, de forma que sólo es posible denegar el reconocimiento por inconciliabilidad si el proceso pendiente en el Estado requerido se inició con anterioridad al proceso abierto en el extranjero y que concluye con la decisión cuyo reconocimiento se pretende, los Convenios que España ha celebrado con los siguientes terceros Estados: Argelia (art. 16), Brasil (art. 21), Israel (art. 4), Marruecos (art. 23), Mauritania (art. 16), México (art. 12), Túnez (art. 17), Uruguay (art. 8) y Rusia (art. 17). En convenios como el celebrado con China (art. 22), se prevé la denegación del reconocimiento de una decisión dictada en el Estado parte si en el foro ha sido reconocida o ejecutada con anterioridad una decisión de un tercer Estado. En la mayoría basta con que la decisión del tercer Estado, dictada con anterioridad, sea susceptible de reconocimiento (convenios con Brasil, El Salvador, Israel, México, Uruguay y Rusia).

33. El régimen interno de reconocimiento en España no regula específicamente entre las condiciones del reconocimiento la inconciliabilidad, aunque por parte del Tribunal Supremo se ha venido exigiendo primero como una condición separada y a partir de 2004, se incluyó dentro del concepto genérico del orden público internacional (ATS 25 mayo 2004)⁷⁵. Se considera que existe inconciliabilidad cuando

⁷⁵ ROJ ATS 6711/2004.

los pronunciamientos de las dos sentencias sean incompatibles entre sí, más allá de que exista o no identidad de partes, objeto y causa entre los procedimientos que han dado lugar a las resoluciones incompatibles⁷⁶.

V. De la rigidez de la litispendencia a la flexibilidad del *forum non conveniens* y una vía intermedia

34. Llegados a este punto procede plantearse si hubiera sido ésta la oportunidad adecuada para introducir otros mecanismos más flexibles de valoración para deshacer los conflictos positivos de jurisdicciones, más cercanos al *forum non conveniens* o a las *anti-suit injunctions*, que permitieran a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros una mayor libertad a la hora de decidir qué tribunal sería más idóneo para conocer de un asunto, sin desdeñar el factor temporal, clave en la litispendencia y en la conexidad, pero no convirtiéndolo en determinante. La forma en que están redactados los preceptos que regulan la litispendencia y conexidad extraeuropeas realmente aportan más incertidumbre que dudas despejan. No está nada claro, en el actual contexto, si el régimen jurídico establecido tendrá una traducción pragmática real, o sólo servirá para trasladar a un texto europeo un problema real, pero sin haberse atrevido a proporcionar soluciones quizás más atrevidas. A continuación realizamos un análisis de cuáles podrían haber sido las claves para esta regulación.

35. El debate que plantea que la cláusula de excepción del *forum non conveniens* pueda servir como medio para combatir la rigidez de la litispendencia no es nuevo⁷⁷. Se desecharía así el factor tiempo como elemento determinante a la hora de precisar la mejor competencia en los procesos paralelos, lo que en muchos casos genera una litigiosidad nada recomendable, sustituyéndose por la proximidad, esto es, por que conociera el tribunal que mejor situado estuviera para conocer de la cuestión⁷⁸. El actual mecanismo de la litispendencia está basado en una rigidez que busca la seguridad por encima de la justicia⁷⁹; con su

⁷⁶ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 658–659; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 260.

⁷⁷ M.L. Niboyet, “La globalisation du procès civil international dans l’espace judiciaire européen et mondial”, *Journ. dr. int.*, 2006, pp. 944–954; *vid.*, además, la Resolución del *Institut de Droit International* “Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* et aux *anti-suit injunctions*: principes directeurs”, Sesión de Brujas de 2 septiembre 2003, accesible en http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2003bru01_en.PDF, que más adelante analizaremos.

⁷⁸ P. Lagarde, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Recueil des Cours*, t. 196, 1986–I, p. 155.

⁷⁹ Señala la STJCE 9 diciembre 2003, as. C–116/02: *Gasser*, par. 47, que el art. 21 Convenio de Bruselas referido a la litispendencia “se basa, clara y únicamente, en el orden cronológico en el que se interpusieron las demandas ante ambos órganos jurisdiccionales”.

flexibilización el factor temporal sería un elemento más a tener en cuenta pero no el único. Lo importante sería garantizar que conociera el tribunal mejor situado porque ello redundaría en una mayor eficiencia y justicia para las partes⁸⁰. Ello mitigaría la carrera al tribunal y podría contribuir a una materialización integradora del *forum shopping*, de manera que fueran las jurisdicciones implicadas y no sólo las partes las que deshicieran el conflicto de jurisdicciones buscando la justicia en términos de eficiencia.

36. Sin embargo, ni el TJUE en su labor de interpretación de los textos europeos, ni el legislador en su labor modeladora del sistema, parecen haber sido muy receptivos ante estas ideas⁸¹. Este último se ha limitado a corregir tímidamente [art. 31.2º Reglamento (UE) nº 1215/2012] la disfunción de la litispendencia en su relación con las cláusulas de sumisión expresa, mientras que el Tribunal de Justicia ha manifestado cada vez que ha tenido ocasión una postura aún más rígida en la interpretación de los foros de competencia, primero respecto del Convenio de Bruselas y después sobre el Reglamento (CE) nº 44/2001. Ha insistido en la certidumbre, en la seguridad jurídica y en la confianza mutua entre los Estados miembros aún a costa de la flexibilidad, robando atractivo a los foros europeos⁸² y suscitando importantes dudas respecto de los procedimientos paralelos. La regulación de la litispendencia y conexidad extraeuropeas podría haber contribuido a reabrir un debate necesario, cuyas variables aún están por definir íntegramente.

37. Varias son las pruebas de cargo que cuenta en su haber el TJUE a la hora de plasmar su rigidez interpretativa. El primer ejemplo lo encontramos en la muy cuestionada y comentada STJ 9 diciembre 2003, asunto C-116/02, *Gasser*, en la que al interpretar la relación entre la litispendencia y las cláusulas de elección de foro, no dudó en recurrir al factor temporal para deshacer el conflicto, haciéndolo prevalecer por encima de la voluntad de las partes. De esta manera, a juicio del TJUE, el tribunal ante el que se ha formulado la segunda demanda y cuya competencia ha sido reivindicada en virtud de una cláusula atributiva de competencia debía suspender el procedimiento hasta que el tribunal ante el que se formuló la primera demanda se declarare incompetente⁸³. Esta interpretación, que

⁸⁰ Vid. P. Wautelet, *Les conflits de procédures. Etude de droit international privé comparé*, tesis doctoral no publicada, Université de Liège, 2002, accesible en <http://oRB.lulg.ac.be/handle/2268/193>.

⁸¹ Vid. M. Herranz Ballesteros, *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

⁸² J. Suderow, *loc. cit.*, p. 186.

⁸³ La sentencia se apartó de lo sostenido por el Abogado General, Sr. Léger que en sus Conclusiones presentadas el 9 septiembre 2003, señaló que el art. 21 Convenio de Bruselas “debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la segunda demanda y que tiene competencia exclusiva en virtud de un convenio atributivo de competencia, no obstante lo dispuesto en

relegaba el pacto entre las partes a una mera apuesta a ciegas subordinada a la carrera al tribunal, ha sido corregida por el nuevo Reglamento en su art. 31, especificando en su apartado segundo que “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 26 (sumisión tácita), si se presenta una demanda ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo contemplado en el art. 25, cualquier órgano jurisdiccional de otro Estado miembro suspenderá el procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional ante el que se presentó la demanda en virtud del acuerdo... se declare incompetente con arreglo al acuerdo” y, en su apartado tercero, indica que si el órgano jurisdiccional designado en el acuerdo se declara competente en virtud de dicho acuerdo, los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros deberán abstenerse en favor de aquél.

38. Otro caso controvertido fue el tratado en la STJ 10 febrero 2009, asunto C-185/07, *West Tanker*. Cuestionado el Tribunal de Justicia sobre si era compatible con el Reglamento (CE) n° 44/2001 que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adoptara una resolución por la que se prohibía a una persona iniciar o proseguir un procedimiento judicial en otro Estado miembro, basándose en que tal procedimiento infringía un convenio arbitral, el Tribunal de Justicia consideró que la adopción por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de una orden conminatoria (*anti-suit injunction*), cuyo objeto consistía en prohibir a una persona entablar o proseguir un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro era incompatible con el Reglamento, por atentar “contra la confianza que los Estados miembros otorgan mutuamente a sus sistemas jurídicos y a sus instituciones judiciales y sobre la cual se sustenta el sistema de competencias del Reglamento n°44/2001” (parágrafo 30). En parecidos términos se había manifestado ya en la sentencia de 27 abril 2004, asunto C-159/02, *Turner / Grovit*.

dicho artículo, puede pronunciarse sobre el litigio sin esperar a que el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la primera demanda haya declarado su falta de competencia, siempre que la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la segunda demanda no deje lugar a ninguna duda”. Recientemente, el Tribunal de Justicia, cuestionado acerca de cómo y cuándo debía considerarse que el tribunal ante el que se había interpuesto la primera demanda se consideraba competente, en virtud de lo dispuesto en el art. 27.2° Reglamento (CE) n° 44/2001, en su S 27 febrero 2014, as. C-1/13: *Cartier parfums*, ha establecido que “salvo el supuesto en que el tribunal ante el que se presentó la segunda demanda disponga de competencia exclusiva en virtud del propio Reglamento, deberá considerarse que el tribunal ante el que se presentó la primera demanda se ha declarado competente, a efectos de la citada disposición, cuando dicho tribunal no haya declinado de oficio su competencia y ninguna de las partes haya impugnado tal competencia con anterioridad a la actuación procesal que el Derecho procesal nacional considere como el primer medio de defensa sobre el fondo invocado ante ese tribunal”. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia sigue considerando que conforme al Reglamento (CE) n° 44/2001 sólo puede haber competencia exclusiva en los casos del art. 22 (parágrafo 26), abundando en el error de la sentencia *Gasser*.

39. El caso *Owusu*, resuelto en la STJ 1 marzo 2005, asunto C-281/02, mantuvo, esta vez en relación con el *forum non conveniens*, que el entonces vigente Convenio de Bruselas se oponía a que un órgano jurisdiccional de un Estado contratante declinara la competencia que le confería el art. 2 de dicho Convenio si consideraba que un órgano jurisdiccional de un Estado no contratante constituía un foro más adecuado para conocer del litigio, aun cuando la cuestión de la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante no se planteara o el litigio no tuviera ningún punto de conexión con otro Estado contratante. En este caso, no pudo pronunciarse el TJUE sobre la litispendencia extraeuropea, a pesar de que en los escritos presentados por las partes se aludía a esta cuestión, puesto que no se había iniciado ningún procedimiento con carácter previo ante los órganos jurisdiccionales de Jamaica, que era el Estado que los órganos jurisdiccionales ingleses consideraban en principio mejor posicionados para conocer de la cuestión⁸⁴.

40. La doctrina continental ha sido muy reacia a aceptar la institución del *forum non conveniens*⁸⁵, de origen escocés y orientado en sus inicios a luchar contra los foros exorbitantes y abusivos⁸⁶. El TJUE ha sido tajante en su inadmisión por entender que el sistema de competencia judicial internacional que fijó el Convenio de Bruselas y luego ha sido mantenido por sus sucesores establece foros obligatorios y uniformes, que tratan de garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad del resultado para el demandante; su objetivo no es pues el valor justicia del caso, sino el valor seguridad jurídica⁸⁷. De tal manera que seguridad y justicia se contrapondrían como si fueran conceptos irreconciliables.

⁸⁴ P. Shine, "The Treatment of Non-EU Nationals before Domestic Courts of Member States", *Chinese J. Int'l L.*, 2010, pp. 451-471, <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/9/2/451.full>; F. C. Villata, "Choice-of-Court Agreements in Favour of Third States in Light of the Suggestions by Members of the European Parliament", en F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata (eds.), *Recasting Brussels I*, Pádua, Cedam, 2012, p. 222.

⁸⁵ P. M. North, "La liberté d'appréhension de la compétence (jurisdictional discretion) selon la convention de Bruxelles", en *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bruselas, 1993, pp. 373-385; R. Caro Gándara, "Forum Non Conveniens y Convenio de Bruselas: quiebras de un modelo de atribución de competencia judicial internacional. Reflexiones al hilo del as. C-314/92 del TJCE, *Ladenimor, S. A. v. Intercomfinanz, S. A.* (petición de decisión prejudicial de la House of Lords en el asunto *Harrods*)", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995-1, p. 67.

⁸⁶ Actualmente, su aplicación se atiene a los requisitos establecidos en 1986 por la House of Lords en la sentencia *Spiliada Maritime Corporation / Cansulex Ltd.* Vid. P. Lagarde, "Le principe de proximité...", *loc. cit.*, p. 143; R. Caro Gándara, *loc. cit.*, pp. 56 ss; I. Queirolo, *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Pádua, Cedam, 2000, pp. 211 ss; *id.*, "Forum non conveniens e convenzione di Bruxelles: un rapporto possibile?", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1996, pp. 763-794; M.L. Niboyet, "La globalisation du procès civil international...", *loc. cit.*, pp. 944-954.

⁸⁷ R. Caro Gándara, *loc. cit.*, p. 63.

La seguridad jurídica apostaría por un sistema rígido de foros, sin dejar al juez margen de maniobra para tener en cuenta las circunstancias presentes en el caso, que seguiría el principio de proximidad pero basado en un modelo de vinculación meramente razonable (basado en el domicilio del demandado o en la naturaleza del litigio), mientras que si se apostara por la justicia sería necesario adoptar normas flexibles o cláusulas abiertas que permitieran al juez considerar los elementos presentes en el caso y optar por el modelo de la vinculación más estrecha, de manera que conocerían los órganos jurisdiccionales del Estado que presentara los vínculos más estrechos con el litigio.

41. Así las cosas, podríamos preguntarnos cuál de estos modelos (litispendencia / *forum non conveniens*) es más eficiente, tanto desde la perspectiva intraeuropea como desde la extraeuropea. O incluso si es posible optar por una vía intermedia que combinara a ambos.

La eficiencia en las normas procesales se traduce en asegurar la respuesta más justa posible al menor coste. En principio, el juez que mejor va a resolver es aquél que conoce todos los datos, fácticos y jurídicos relevantes, y dado que el acceso a la información suele ser costoso, la designación del juez competente debe hacerse a partir de su accesibilidad a la información, lo que aseguraría el principio de eficiencia, ya que de esta forma conocería el juez que pueda obtener, al menor coste posible, la mayor cantidad de información relevante para resolver dicho litigio⁸⁸.

Si se opta por un sistema rígido basado en la seguridad jurídica y el *minimum contacts*, podríamos encontrarnos con soluciones que no van a ser las más eficientes, ni tampoco las más justas. La seguridad jurídica es un elemento de justicia formal indispensable para la eficiencia, pero la eficiencia es algo más, proporcionar la mejor respuesta, al menor coste a una controversia. Si el único valor en que se inspirara una norma fuera la seguridad jurídica, nos encontraríamos ante una justicia ciega, incapaz de proporcionar una respuesta completa a la concreta situación⁸⁹.

⁸⁸ F.J. Garcimartín Alférez, “¿Caben 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”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995–1, pp. 53 ss)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995–2, p. 124.

⁸⁹ En este sentido, la STS 11 octubre 1989 ha sostenido lo siguiente: “La seguridad jurídica no puede convertirse en valor absoluto, porque ello daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico, cuya función consiste en regular relaciones de convivencia humana, debiendo responder cada día como instrumento de perfeccionamiento y progreso”. Desde otro ángulo, la STC 27/1981 ha especificado que la seguridad jurídica es “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad... la seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en la libertad”.

Estamos utilizando un concepto de seguridad jurídica unido al de previsibilidad del resultado, pero quizá sea más adecuado manejar un concepto de seguridad jurídica más completo; aquél que haga referencia no sólo a la previsibilidad del resultado sino también a la justicia del resultado⁹⁰. De tal manera que seguridad no sería sólo saber qué tribunal va a poder ser competente una vez surgido el litigio, sino determinar qué tribunal va a poder garantizar a las partes una respuesta justa del litigio. Y para ello es necesario que el juez disponga de toda la información relevante sobre el objeto del proceso, lo que tendrá más difícil mientras más alejado esté del mismo. Por lo que un foro alejado reduce la seguridad de una resolución justa sobre el fondo⁹¹ y puede, además, contribuir a la dilación del proceso; un coste más a añadir de consecuencias nada desdeñables.

42. En este sentido, la institución del *forum non conveniens* puede contribuir a evitar los foros exorbitantes implícitos que son aquellos que se manifiestan como tales en el momento de interposición de la demanda ante los órganos jurisdiccionales de un determinado Estado. Es decir, se trata de foros que en principio no son exorbitantes, puesto que se basan en criterios razonables de distribución o atribución de competencia, pero que se convierten en exorbitantes cuando la acción se plantea ante los órganos jurisdiccionales de un determinado Estado, que aun teniendo competencia para conocer, las circunstancias presentes en el litigio aconsejarían que declinaran su competencia a favor de los órganos jurisdiccionales de otro Estado que, teniendo a su vez competencia, presentaran una conexión más estrecha con el caso en cuestión.

Se impondría entonces una reducción teleológica de la norma, una interpretación que partiría de la base de que no puede aceptarse que el legislador haya querido dar relevancia a contactos meramente ocasionales o fortuitos, sino que su intención habría sido atribuir competencia a los órganos jurisdiccionales españoles, *v.gr.*, en los litigios que presentaran vínculos reales con España⁹². Y esto, aunque podría interpretarse en clave palmariamente atentatoria contra la seguridad y la previsibilidad jurídica, conlleva, no obstante, un ejercicio de racionalidad superadora del puro y estricto positivismo en clara búsqueda de la idea de justicia, lo que sólo puede hacerse flexibilizando las normas de competencia judicial internacional. Esta institución podría así llegar a pulir la en mu-

⁹⁰ Como sostiene C. Otero García-Castrillón, "En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial: reflexiones sobre la admisibilidad del *forum non conveniens* en el Derecho español", *AEDIPr*, t. I, 2001, p. 430, la seguridad jurídica no es sólo previsibilidad formal, sino también búsqueda de una solución justa (previsibilidad material).

⁹¹ F.J. Garcimartín Alférez, "¿Caben reducciones teleológicas...?", *loc. cit.*, p. 129.

⁹² *Ibid.*, pp. 121-136; M. Virgós Soriano, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 137-139; J. Carrascosa González, *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2004, pp. 97 ss.

chas ocasiones no clara teoría de la conexión europea, impidiendo que conocieran los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de la Unión Europea, pese a tener en principio competencia, de las relaciones que no estuvieran estrechamente conectadas con la Unión⁹³. Y es, por tanto, un aspecto a tener en cuenta a la hora de posicionarse sobre los procesos paralelos extraeuropeos.

43. Sin embargo, es un hecho que la búsqueda de la justicia en el DIPr. no transita siempre los mismos caminos. Aunque lo apuntado es válido tanto para materias patrimoniales como de Derecho de familia, lo cierto es que el concepto de eficiencia reviste en ellas diversos grados. Ni el Reglamento (CE) nº 44/2001 ni el Reglamento (UE) nº 1215/2012 recogen el *forum non conveniens*, al menos en sentido estricto y en lo que se refiere a la litispendencia y conexidad extraeuropeas, porque la idea de justicia que en ellos se plasma se equipara con la seguridad y previsibilidad formal. En Derecho patrimonial, si las partes no han elegido los tribunales, se deja al demandante que elija el foro que más eficiente le resulte, de entre los que enuncia el Reglamento. Es el actor el que calculará los costes y beneficios que le reportará acudir a uno u otro tribunal. Por lo que una vez que presente su demanda, sería ineficiente para él que el tribunal invocado, a instancias del demandado, considerara que existe otro tribunal de otro Estado que está mejor situado para conocer del asunto. Esto, claramente, sería ir contra el neoliberalismo que impera en el Reglamento que favorece al demandante siempre sobre el demandado. Sin embargo, no parece que sea una idea de todo punto descartable.

Cuando están en juego intereses sensibles, como la protección de los menores, el legislador europeo no ha dudado en recurrir al *forum non conveniens*. Y ello debido a que en estos casos la idea de la justicia no se identifica tanto con la seguridad formal como con la seguridad material. Tanto es así, que será el propio tribunal ante el que se ha planteado la demanda o el que se considera más adecuado para conocer, los que podrán iniciar el trámite del *forum non conveniens* o *forum conveniens*, respectivamente, siempre que se cuente con el consentimiento de al menos una de las partes. Así, el art. 15 Reglamento (CE) nº

⁹³ Recuérdese que el Considerando nº 8 del Reglamento (CE) nº 44/2001 indica que “los litigios a los que se aplica el presente Reglamento deben presentar un nexo con el territorio de los Estados miembros sujetos a dicho Reglamento” y el Considerando nº 13 del Reglamento (UE) nº 1215/2012 señala que “debe existir una conexión entre los procedimientos a los que se aplique el presente Reglamento y el territorio de los Estados miembros”, presumiéndose como indiciaria conexión que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro. F. J. Garcimartín Alférez, “¿Caben reducciones teleológicas...?”, *loc. cit.*, pp. 130 ss. C. Otero García-Castrillón, “En torno a los problemas de aplicación...”, *loc. cit.*, p. 431, ha señalado que la única vía para actuar contra las competencias atribuidas a nuestros tribunales residiría en que su ejercicio mermara la tutela del derecho constitucional a acceder a la justicia del demandado al exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para llegar a ejercitar su derecho de defensa en juicio.

2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁹⁴ apuesta por mecanismos de flexibilización de la competencia judicial internacional en los que el derecho a la tutela judicial efectiva se combina con la seguridad jurídica y la justicia material del caso⁹⁵. A la postre, el fin último es lograr que conozcan de los supuestos relacionados con la protección del menor aquellas autoridades que mejor situadas estén o mayores posibilidades tengan de resolver y responder con acierto a las necesidades de amparo de éste.

44. En realidad, y pese a que el planteamiento seguido en estos artículos se asemeja al utilizado por los sistemas del *common law*, no son estrictamente idénticos. Desde la perspectiva anglosajona, corresponde al demandado, por vía de excepción, manifestar al tribunal ante el que ha acudido el demandante que, pese a tener competencia para decidir el asunto, no es el más conveniente, competencialmente hablando, puesto que existe otro foro más adecuado para conocer del caso. El Reglamento (CE) n° 2201/2003, en cambio, prevé la posibilidad de que esto pueda hacerse de oficio o a instancia de parte⁹⁶.

El órgano jurisdiccional inicialmente competente establecerá un plazo en el que deberá presentarse la demanda ante los órganos del otro Estado miembro mejor situado para conocer del supuesto. Si en ese plazo no se presentara la demanda, el órgano inicialmente competente seguirá ejerciendo su competencia.

Si se presenta la demanda ante las autoridades del Estado miembro que esté mejor situado para conocer del supuesto, éstas podrán declararse competentes en el plazo de seis semanas a partir de la fecha en que se haya presentado la demanda. Si aceptan su competencia basada en el interés del menor, el órgano inicialmente competente deberá inhibirse. Si no la aceptaran, continuará conociendo el órgano inicial. Como puede apreciarse, la articulación que realiza el art. 15 Reglamento (CE) n° 2201/2003 con el objetivo de flexibilizar la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, diluye toda

⁹⁴ DO L 338 de 23.12.2003.

⁹⁵ Vid. M.A. Asín Cabrera, "El dilema 'previsibilidad-flexibilidad' en el sistema español de competencia judicial civil internacional: el juego de las cláusulas correctivas de carácter negativo en el sector de protección de menores", *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos*, t. II, Madrid, UAM-Eurolex, 2005, pp. 1241-1258; B. Ancel y H. Muir Watt, "L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 569-605.

⁹⁶ Hay que tener en cuenta que este Reglamento copia y perfecciona el sistema de flexibilización de la competencia judicial internacional basado en el *forum non conveniens* y en el *forum conveniens* introducido por el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, en sus arts. 8 y 9.

duda de inseguridad o incerteza jurídica. Se establecen los plazos, las vías y los órganos jurisdiccionales que podrán intervenir para flexibilizar la competencia. Por tanto, si se utilizan con buena praxis será un paso cualitativo para los Derechos del *civil law*, que comprobarán que se trata de un mecanismo adecuado e interesante para combatir la rigidez de las normas de competencia judicial internacional.

45. Íntimamente relacionadas con el *forum non conveniens*, aunque de naturaleza jurídica diferente, están las *anti-suit injunctions* o medidas antiproceto. Se trata de una figura de origen anglosajón que consiste en una orden discrecional de un tribunal, adoptada a instancia de parte y dirigida a una persona bajo su jurisdicción para prohibirle el comienzo o la continuación de un proceso ante otro tribunal, que puede pertenecer a una jurisdicción extranjera⁹⁷. Su objetivo es impedir comportamientos procesales abusivos de las partes, impidiendo que se inicien procesos ante órganos jurisdiccionales de otros Estados cuando el propósito de las partes es únicamente retrasar u obstaculizar los procedimientos judiciales seguidos en los países que acogen esta institución mediante un nuevo proceso artificial en el extranjero⁹⁸. Presupuesto para la existencia de las medidas antiproceto es que existan varias jurisdicciones competentes para conocer de un mismo caso.

46. Mientras con el *forum non conveniens* lo que se intenta es conseguir que conozca el tribunal que esté más conectado, más próximo a la controversia, apelando al entendimiento y colaboración entre los órganos implicados, con las *anti-suit injunctions* se renuncia al diálogo, pretendiéndose que el proceso iniciado ante la jurisdicción concurrente finalice, por lo que se presenta como un expediente agresivo susceptible de generar conflicto entre jurisdicciones⁹⁹. Sin embargo, se adivina cierto parecido entre ellos puesto que ambos casos suponen una cierta valoración o discrecionalidad judicial sobre el carácter adecuado de entablar una acción ante un órgano judicial concreto¹⁰⁰.

47. El rechazo tan radical que hasta el momento se ha manifestado respecto de estos dos expedientes en el contexto del sistema Bruselas de competencia judi-

⁹⁷ M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero y medidas antiproceto (antisuit injunctions)*, Santiago de Compostela, Colecc. De Conflictu Legum, vol. I, 2000, n^{os} 1-6; *id.*, "Medidas antiproceto...", *loc. cit.*, pp. 1-3.

⁹⁸ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 200.

⁹⁹ M. Requejo Isidro, "Medidas antiproceto...", *loc. cit.*, p. 2.

¹⁰⁰ Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 20 noviembre 2003, en el as. C-159/02: *Turner / Grovit*, párr. 38.

cial internacional debería admitir matices¹⁰¹. Como ya apuntamos, la litispendencia no parece un mecanismo adecuado para resolver eventuales dobles procesos. Su formulación rígida no puede si no proporcionar una solución igualmente rígida, además de que potencia la nada recomendable carrera al tribunal. Una adaptación de las medidas antiproceso al contexto europeo podría servir, entre otras cosas, para evitar procesos abusivos o acciones torpedo, otorgando al demandado una posibilidad de defensa con la que hasta ahora no cuenta, ya que le ahorraría tener que comparecer en un proceso abierto contra él con el único objetivo de impugnar la competencia si considera que el órgano que pretende conocer se ampara en un foro abusivo. Por su parte, la opción del *forum non conveniens* podría contribuir a flexibilizar la respuesta sobre qué órgano jurisdiccional posee mejor competencia para conocer de un mismo asunto, no haciéndolo depender todo de un criterio como el temporal, que no siempre va a garantizar la respuesta más eficiente y más justa.

Hay que desechar y superar la idea antigua que mira a la competencia judicial internacional más como un aspecto de la soberanía nacional de cada Estado que como un servicio público cuyo objetivo es proporcionar justicia ante las demandas de los ciudadanos. Un espacio judicial europeo no se construye a base de desconfianzas, sino con colaboración y diálogo entre las autoridades judiciales de los Estados miembros. Por eso, las medidas antiproceso antes que una injerencia en el actuar de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro deberían considerarse una opción más que se otorga a los ciudadanos para hacer valer sus derechos y en particular para contribuir a depurar el derecho a la tutela judicial efectiva. Y respecto del *forum non conveniens*, si se establecen los cauces adecuados no tiene por qué mermar ni afectar a la seguridad jurídica. Con su toma en consideración se conseguiría que conocieran los órganos jurisdiccionales no sólo mejor situados, sino los que de acuerdo a criterios de justicia material, mejor título tengan para dirimir el litigio. Y lo dicho para el contexto europeo, es posible también extrapolarlo frente a terceros Estados.

48. Es cierto que el Reglamento (UE) n° 1215/2012 ha realizado una tímida aproximación al expediente del *forum non conveniens*, a la hora de regular la litispendencia y conexidad extraeuropeas. Ello si se tiene en cuenta que se otorga a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se plantea con

¹⁰¹ Como ha apuntado E. Rodríguez Pineau, *loc. cit.*, p. 134, 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 sistema Bruselas de competencia judicial internacional 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 demandando antes de que pueda plantear su propia demanda (en relación con la sentencia del TJUE *Folien Fischer*).

posterioridad la acción la posibilidad de valorar si sería necesario suspender el procedimiento iniciado ante ellos hasta la definitiva resolución del primer proceso, si consideran que la resolución dictada en el tercer Estado se va a poder reconocer en su territorio y si de esta manera se refuerza la buena administración de justicia. Se otorga, por tanto, a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros una discrecionalidad de la que carecían y que se manifiesta de forma evidente en la valoración de la buena administración de justicia, en la que pueden tenerse en cuenta, como ya hemos avanzado, cuestiones que tienen que ver con el criterio en que ambos órganos jurisdiccionales basen su competencia.

Sin embargo, por muy entusiastas que quisiéramos ser, lo cierto es que el planteamiento que el Reglamento ha acogido dista bastante de la flexibilidad en que se asienta el *forum non conveniens*. Si realmente se hubiera optado por esta opción, ello hubiera supuesto, de un lado, contribuir a la coherencia de un sistema que sigue estando en duda por su declarado eurocentrismo y, de otro, se habría apostado por un instrumento más flexible para determinar qué órgano jurisdiccional se encuentra mejor situado para conocer del litigio en cuestión, desechando tener en cuenta únicamente el factor tiempo. Si en el contexto de un doble proceso, se le hubieran dado a los Estados miembros del Reglamento las pautas precisas para valorar si en ese supuesto concreto los órganos jurisdiccionales del tercer Estado estarían en mejor disposición de conocer de la cuestión se habría perfeccionado el mecanismo para evitar los dobles procesos y, por supuesto, el factor temporal dejaría de ser el argumento único para decidir en estos casos¹⁰².

Se podría valorar, por ejemplo, si el procedimiento iniciado en primer lugar responde a un foro de sumisión pactado por las partes, y se posibilitaría que, en este caso, el órgano jurisdiccional del Estado miembro se inhibiera de oficio a favor de los órganos jurisdiccionales del tercer Estado. O que le correspondiera la competencia en base a un foro exclusivo lo que de entrada haría que esa resolución probablemente nunca tuviera que surtir efectos en el Estado miembro, por lo que suspender el procedimiento no haría más que ralentizar su resolución, con los costes que ello llevaría aparejados; costes por lo demás baldíos¹⁰³.

¹⁰² En este sentido, *vid.* Agreement between the Government of Australia and the Government of New Zealand on Trans-Tasman Court Proceedings and Regulatory Enforcement (Christchurch 24 July 2008) que ha entrado en vigor el pasado 11 octubre 2013, accesible en <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/ATS/2013/32.html>.

¹⁰³ De la misma opinión, T. Kruger, *Civil Jurisdiction Rules...*, *op. cit.*, p. 306 y J. P. Cook, *loc. cit.*, p. 91. P. Hay, "Notes on the European Union's Brussels-I 'Recast' Regulation. An American Perspective", *The European Legal Forum*, 1-2013, p. 4, accesible en http://www.ipr-verlag.de/download/leseprobe_EuLF.pdf, considera que debería haberse abordado más directamente la tensión entre la litispendencia y la prórroga a favor de los órganos jurisdiccionales de terceros Estados.

Yendo más allá, y atendiendo a los presupuestos en que se basa el art. 33, que parte de la exigencia de una conexión básica de aplicación del Reglamento, esto es, precisa que el demandado debe estar domiciliado en un Estado miembro, se podría haber construido una cláusula de desconexión que hiciera extrapolable los criterios de jerarquización de foros aplicables en el contexto del Reglamento también a terceros Estados. O dicho con otras palabras, se trataría de abundar en la tesis del efecto reflejo¹⁰⁴. De tal manera que si el órgano jurisdiccional del tercer Estado conociera sobre la base de un foro exclusivo, o de la sumisión, expresa o tácita, ello podría operar como un argumento muy poderoso para que el Estado miembro del Reglamento se inhibiera a favor de aquel. En este caso, la regla del *prior tempore potior iure* se conjugaría con la flexibilización de la competencia; flexibilización amparada en los mismos criterios que operan en el sistema Bruselas de competencia judicial internacional¹⁰⁵.

Con la formulación que ha introducido el Reglamento, esto no es posible, puesto que a lo más que se autoriza a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro es a suspender el procedimiento iniciado ante ellos si consideran que el proceso ante los órganos jurisdiccionales del tercer Estado puede culminar en una resolución susceptible de ser reconocida en su Estado. Realmente, la pendencia continuará hasta que se dicte una resolución en el tercer Estado que pueda ser reconocida en el Estado miembro. Supone, por tanto, si se quiere, relajar el ejercicio de la competencia judicial internacional de la que disponen los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuestión según el Reglamento; su discrecionalidad llega hasta la suspensión, no se les permite ir más allá haciendo una verdadera valoración del tribunal mejor situado ni se les autoriza a inhibirse a favor de los tribunales de un tercer Estado.

49. La combinación entre litispendencia y *forum non conveniens* ha sido ya propuesta en distintos foros. El *Institut de Droit International*, en la sesión que se llevó a cabo en Brujas el 2 septiembre 2003, bajo la dirección de Sir. L. Collins, elaboró un documento titulado “*The principles for determining when the use of the doctrine of forum non conveniens and anti-suit injunctions is appropriate*”¹⁰⁶, en el que propuso tener en cuenta el *forum non conveniens* y las *anti-suit injunctions* como vías para combatir los procesos paralelos. Así, en el ap. 4, establece que los tribunales en los que se ha interpuesto la primera demanda son los que deben valorar si existe otro tribunal mejor situado, a excepción de que

¹⁰⁴ Califica su necesidad como “*basic rule of comity*”, T. Kruger, *Civil Jurisdiction Rules...*, op. cit., p. 399. Vid. A. Nuyts, “La refonte ...”, loc. cit., p. 9; id, “La théorie de l’effect réflexe”, loc. cit., p. 241.

¹⁰⁵ Vid. los interesantes análisis de T. Kruger, *Civil Jurisdiction Rules...*, op. cit., pp. 400–402, en la que llega a proponer hasta seis fórmulas distintas para integrar esta formulación en el Reglamento y F. Marongiu Buonaiuti, “*Lis alibi pendens...*”, loc. cit., pp. 552 ss.

¹⁰⁶ Puede consultarse en http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/2003_bru_01_en.PDF.

ese otro tribunal posea competencia exclusiva a raíz de una cláusula de sumisión expresa pactada por las partes o cuando su competencia se base, por ejemplo, en una acción declarativa negativa iniciada por una de las partes con el claro objetivo de frustrar la competencia del segundo foro que es claramente más apropiado para conocer de la cuestión¹⁰⁷. Por su parte, las *anti-suit injunctions* se plantean como un medio para impedir que se vulnere un acuerdo de sumisión, ya sea a los tribunales de otro Estado o a un Arbitraje, o se pretenda atentar contra una competencia exclusiva del Estado que dicte la *anti-suit*, o se trate de iniciar un nuevo procedimiento abusando del Derecho (ap. 5)¹⁰⁸.

50. En realidad, el *Institut de Droit International* resume unas ideas que ya se habían formalizado más ampliamente por la *International Law Association*, en su sesión celebrada en Londres, del 25 al 29 julio 2000, en la que adoptó la Resolución 1/2000, relativa a los litigios internacionales en materia civil y mercantil¹⁰⁹. En ella, además de proponer estos mecanismos para hacer frente a los procesos paralelos, determinando que los órganos jurisdiccionales ante los que se hubiera accionado en segundo lugar, deberán suspender su procedimiento, hasta que los tribunales ante los que se hubiere interpuesto la primera demanda valoren si son ellos o los tribunales en los que se ha accionado con posterioridad los que están en mejor situación para conocer del asunto (4.1 en relación con el 4.3), se establecen los parámetros de actuación que cada uno de los tribunales implicados deberán observar. En el caso de los tribunales ante los que se hubiera interpuesto la primera demanda (5.1° a 5.4°) se hace recaer en ellos la valoración última (*prior tempore, potior iure*) de la competencia más adecuada para conocer del litigio en función de una serie de elementos referenciados en el 4.3° (ubicación e idioma de las partes, testigos y pruebas; ventajas que a cada parte le otorga la ley; ley aplicable al fondo, funcionamiento eficaz del sistema judicial de las respectivas jurisdicciones...), y para evitar que la determinación de qué órgano jurisdiccional finalmente conocerá se dilate en exceso se establecen unas pautas que deberán observarse, precisándose que si por cualquier motivo el tri-

¹⁰⁷ “In principle, the court first seised should determine the issues (including the issue whether it has jurisdiction) except (a) when the parties have conferred exclusive jurisdiction on the courts of another country, or (b) when the first seised court is seised in proceedings which are designed (e.g. by an action for a negative declaration) to frustrate proceedings in a second forum which is clearly more appropriate”.

¹⁰⁸ “Courts which grant anti-suit injunctions should be sensitive to the demands of comity, and in particular should refrain from granting such injunctions in cases other than (a) a breach of a choice of court agreement or arbitration agreement; (b) unreasonable or oppressive conduct by a plaintiff in a foreign jurisdiction; or (c) the protection of their own jurisdiction in such matters as the administration of estates and insolvency”.

¹⁰⁹ Vid. también el esclarecedor informe que acompaña a la Resolución: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/18>. J.P. George, “International Parallel Litigation...”, *loc. cit.*, pp. 528 ss.

bunal alternativo rehusara la competencia para conocer del caso, el tribunal de origen seguiría conociendo del caso (5.5 a 5.8).

Hay que tener en cuenta, no obstante, que tanto la propuesta del *Institut de Droit International* como la de la *International Law Association*, regulan únicamente conflictos de jurisdicciones sin subordinar las soluciones que proporcionan al reconocimiento y ejecución de resoluciones, en la que de forma expresa se sustenta el régimen de Bruselas.

51. También en el seno de la Conferencia de La Haya se ha profundizado en la interrelación de litispendencia y *forum non conveniens*. A propósito del proyecto de Convenio sobre competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que comenzó a discutirse en 1992¹¹⁰, y a cuya propuesta de texto se llegó en agosto de 2000, en sus arts. 21 y 22 ya se introducía una combinación entre litispendencia y *forum non conveniens*¹¹¹ y en este caso sí relacionándolo con el reconocimiento y ejecución de las resoluciones.

Si bien es cierto que esta iniciativa por el momento sólo ha dado lugar al Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, de 30 junio 2005, que establece claramente la prevalencia del foro de sumisión frente a otro proceso abierto con anterioridad¹¹², recientemente se ha retomado la idea de convenio inicial y en varias de sus reuniones el Grupo de Expertos creado para analizar la posibilidad de llevar a cabo un convenio de estas características se ha detenido en el análisis de los procesos paralelos. Así, en el encuentro que tuvo lugar en abril de 2012, en las conclusiones y recomendaciones que realizó el Grupo de Expertos sobre los eventuales trabajos futuros en materia de litigios internacionales en materia civil y mercantil, se aludía a la necesidad de profundizar en la regulación de los procesos paralelos (3.h y 4.d)¹¹³. En enero de 2013 la Oficina

¹¹⁰ La información relativa a este proyecto puede consultarse en http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=149.

¹¹¹ “Avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, adopté par la Commission spéciale et Rapport de Peter Nygh et Fausto Pocar” (Doc. pré. N° 11 d'août 2000), accesible en <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmdp11.pdf>.

¹¹² Su art. 6 intitulado *Obligaciones de un tribunal no elegido* establece: “[c]ualquier tribunal de un Estado contratante distinto del Estado del tribunal elegido, suspenderá el procedimiento o rechazará la demanda cuando se le presente un litigio al que se le aplique un acuerdo exclusivo de elección de foro, salvo que: a) el acuerdo sea nulo en virtud de la ley del Estado donde se encuentra el tribunal elegido; b) una de las partes careciera de la capacidad para celebrar el acuerdo en virtud de la ley del tribunal al que se ha acudido; c) dar efecto al acuerdo conduciría a una manifiesta injusticia o sería manifiestamente contrario al orden público del Estado del tribunal al que se ha acudido; d) por causas excepcionales fuera del control de las partes, el acuerdo no pueda ser razonablemente ejecutado; o e) el tribunal elegido haya resuelto no conocer del litigio”. Vid. J. P. Cook, *loc. cit.*, p.90.

¹¹³ Puede consultarse el documento íntegro en <http://www.hcch.net/upload/gaf2012wd2f.pdf>.

Permanente de la Conferencia de La Haya elaboró un interesante documento de discusión en materia de competencia en el que incluye el estudio de los procesos paralelos dirigido a la reunión del Grupo de Expertos que tendría lugar en febrero de 2013 en el que se dan cuenta de los principales pasos que se han dado a la hora de regular los procesos paralelos, tanto desde la perspectiva de organizaciones internacionales como de legislaciones nacionales en las que se ha optado por una combinación de la litispendencia y el *forum non conveniens*¹¹⁴. En todos los documentos elaborados hasta el momento se destaca la necesidad de combatir la rigidez de la litispendencia con la flexibilización de los criterios de competencia judicial internacional.

VI. Conclusiones

52. Antes de que el Reglamento (UE) n° 1215/2012 decidiera prestar atención a la litispendencia y conexidad extraeuropeas, el sistema Bruselas había mantenido una visión eurocentrista que impedía ver más allá de un sistema de competencia judicial internacional basado únicamente en la atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Ya en la gestión de los procesos paralelos intraeuropeos se habían manifestado disfunciones, de las que sólo una se ha podido resolver a través del art. 31 del nuevo Reglamento (relación entre litispendencia y sumisión expresa). Sin solventar han quedado el problema de las acciones torpedo y la vulneración de una cláusula de Arbitraje, si se ha recurrido a la jurisdicción de un Estado miembro.

53. En el caso de la litispendencia y conexidad extraeuropeas, reconociendo el avance, al menos formal, que supone su introducción en un texto europeo vital para la regulación de los litigios internacionales en materia civil y mercantil, lo cierto es que el contexto en el que comenzó a fraguarse y los postulados iniciales no se corresponden con lo que finalmente ha llegado a ser el Reglamento (UE) n° 1215/2012. Así, no se ha materializado la creación de reglas de competencia subsidiaria que hubiera supuesto la unificación plena para todos los Estados miembros de las normas de competencia judicial internacional, lo que en los textos iniciales llevaba a presumir que los procedimientos paralelos extraeuropeos podían aumentar, de ahí la necesidad de regularlos. Tampoco se consiguió

¹¹⁴ El documento puede consultarse en http://www.hcch.net/upload/hidden/2013/jdgm_2013note02en.pdf, fundamentalmente pp. 11–16. No obstante, este debate no es nuevo. Ya en el contexto de discusión del denominado convenio mundial de exequátur se elaboró en 1996 un documento en el que se valoraba la introducción del *forum non conveniens* en un texto que abarcara competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones: “Note sur la question du “forum non conveniens” dans la perspective d’une convention double sur la compétence judiciaire et l’exécution des jugements” (Doc. pré-l. N° 3 d’avril 1996)”, accesible en http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd03%281996%29.pdf.

establecer normas comunes de reconocimiento y ejecución de resoluciones provenientes de terceros Estados¹¹⁵. Esto implica que esa valoración anticipada de la cosa juzgada en la que en buena medida se basan la litispendencia y la conexidad extraeuropeas, quede a caballo entre el Reglamento que permite suspender el procedimiento abierto en el Estado miembro y el régimen interno de reconocimiento de ese Estado. Parece que lo conveniente hubiera sido que todo quedara regulado por el mismo régimen normativo, al menos para evitar incoherencias y posibles desajustes.

Por otro lado, en los inicios de discusión de la reforma del Reglamento (CE) nº 44/2001 no estaba planteada una regla de compatibilidad tan amplia como la que finalmente se ha incorporado en el art. 73 Reglamento (UE) nº 1215/2012, que puede conducir a que la prevalencia de los convenios bilaterales firmados por los Estados miembros con terceros Estados, reste operatividad a los arts. 33 y 34 del Reglamento.

54. Centrándonos en el mecanismo que introducen los arts. 33 y 34, su formulación despierta más dudas que certezas. Como hemos visto, algunos autores han destacado que la introducción de estos preceptos puede suponer un paso para dejar atrás la aplicación mecánica de la litispendencia y avanzar tímidamente hacia la búsqueda del foro mejor situado¹¹⁶. Incluso alguno ha insinuado que se trata de un mecanismo híbrido o mixto entre la litispendencia tradicional y el *forum non conveniens*¹¹⁷.

Sin embargo, hay elementos que aconsejan ser más meditados en la valoración. El escenario que los arts. 33 y 34 regulan es el que se plantea cuando iniciado ya un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de un tercer Estado se inicia otro idéntico o estrechamente relacionado ante los tribunales de un Estado miembro. En este escenario, y teniendo en cuenta que el Reglamento sólo puede regular la actuación de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuestión, se les autoriza a que puedan suspender su procedimiento siempre que valoren que la resolución que puedan llegar a dictar los órganos jurisdiccionales del tercer Estado pueda ser susceptible de reconocimiento en su territorio, conforme a su legislación nacional y siempre que lo consideren necesario en aras de la buena administración de justicia. Para valorar este concepto, indica el Considerando nº 24, puede tenerse en cuenta el hecho de que los tribunales del tercer

¹¹⁵ J. P. Cook, *loc. cit.*, p. 86.

¹¹⁶ A. Hill, *Declining Jurisdiction. Forum Non Conveniens and Lis Pendens in the United States and the European Union*, Graduate Thesis, Master of Laws programme, supervisor M. Bogdan, p. 37, accesible en <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4231056&fileId=4250816>.

¹¹⁷ F.C. Villata, *loc. cit.*, pp. 220–221.

Estado conozcan sobre la base de una competencia exclusiva. Si se hubiera tenido en cuenta la doctrina del efecto reflejo no se estaría hablando de suspensión, sino de inhibición a favor de los órganos jurisdiccionales del tercer Estado, pero no se ha querido/podido ir más lejos. Aunque el citado Considerando no hace referencia expresa a esta circunstancia, consideramos que también si el tercer Estado conociera sobre la base de un acuerdo de sumisión expresa, el órgano jurisdiccional del Estado miembro contaría con un poderoso argumento para suspender su procedimiento.

Por tanto, hablamos de discrecionalidad pero en un contexto muy limitado, puesto que aunque los tribunales del tercer Estado estén conociendo sobre la base de un foro exclusivo o de un acuerdo de sumisión, el Reglamento a lo más que autoriza a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro es a suspender el procedimiento, nunca a inhibirse a favor de aquellos.

De otro lado, repárese en que todos los ejemplos de combinación de litispendencia y *forum non conveniens* que hemos analizado parten de que la autoridad que debe valorar qué órgano jurisdiccional está mejor situado para conocer del litigio es la autoridad en donde se inicia el primer procedimiento, cuestión que no se plantea en la actual regulación del Reglamento.

55. Con todo ello, nos parece que la fórmula por la que el Reglamento ha optado es la más conservadora. Realmente, la suspensión o no del procedimiento está en manos de la discrecionalidad de los tribunales del Estado miembro en que se presente la segunda demanda. Por lo que la visión eurocentrista permanece. De cara a la galería puede haber supuesto un avance significativo, pero a nuestro juicio, el paso dado es más formal que real. Haber avanzado hacia la flexibilización de la competencia judicial internacional a través de mecanismos como el *forum non conveniens* o las *anti-suit injunctions* para resolver conflictos positivos de jurisdicciones hubiera supuesto un esfuerzo para el que la Unión Europea parece aún no estar preparada¹¹⁸.

Bibliografía

- Ancl, B. y H. Muir Watt: "L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 569–605.
- Asín Cabrera, M.A.: "El dilema 'previsibilidad-flexibilidad' en el sistema español de competencia judicial civil internacional: el juego de las cláusulas correctivas de carácter negativo en el sector de protección de menores", *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos*, t. II, Madrid, UAM-Eurolex, 2005, pp. 1241–1258

¹¹⁸ J.J. Fawcett, *op. cit.*, pp. 10–27.

- Bell, A.S.: *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, Oxford, 2003
- 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 octubre 2012, Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama Spa)", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2013), vol. 5, nº 1, pp. 251 ss.
- Bogdan, M.: "The Brussels/Lugano *Lis Pendens* Rule and the 'Italian Torpedo'", *Scandinavian Studies in Law*. <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/51-4.pdf>.
- Calvo Caravaca, A.L. y J. Carrascosa González: *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, Comares, 2013.
- Cano Bazaga, E.: *La litispendencia comunitaria*, Madrid, Eurolex, 1997
- Caro Gándara, R.: "*Forum Non Conveniens* y Convenio de Bruselas: quiebras de un modelo de atribución de competencia judicial internacional. Reflexiones al hilo del asunto C-314/92 del TJCE, *La-denimor*, S. A. v. *Intercomfinanz*, S. A. (petición de decisión prejudicial de la *House of Lords* en el asunto *Harrods*)", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995-1, pp. 67 ss.
- Carrascosa González, J.: *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2004
- Cook, J.P.: "Pragmatism in the European Union: Recasting the Brussels I Regulation to Ensure the Effectiveness of Exclusive Choice-of-Court Agreements", *Aberdeen Student L. Rev.*, vol. 4, september 2013, http://www.abdn.ac.uk/law/documents/Pragmatism_in_the_European_Union.pdf.
- Crawford E. y J. Carruthers: "Brussel I bis – the Brussels Regulation recast: closure (for the foreseeable future)", *Scots Law Times*, nº 12, 2013, pp. 89-95.
- De la Oliva, A.: *Lecciones de Derecho procesal*, Barcelona, 1982
- De Miguel Asensio, P.A.: "El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones", *Diario La Ley*, nº 8013, Sección Tribuna, 31 de enero 2013, consultado en www.diariolaley.laley.es.
- Durán Ayago, A.: "Europeización del Derecho internacional privado: Del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) nº 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, 2013
- Fawcett, J.J.: "General Report", en J.J. Fawcett (ed.) *Declining Jurisdiction in Private International Law* 1995, 1, pp. 28 ss.
- Fernández Rozas, J.C. y S. Sánchez Lorenzo: *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2013.
- Franzosi, M.: "Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo", *EIPR*, 1997, accesible en <http://www.franzosi.com/articolo/1997/worldwide-patent-litigation-and-the-italian-torpedo>.
- Garcimartín Alférez, F.J. y S. Sánchez Fernández: "El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial", *Revista Española de Derecho Europeo*, vol. XLVIII, 2013, pp. 25 ss.
- Garcimartín Alférez, F.J.: "¿Caben 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', *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995-1, pp. 53 ss)", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995-2, pp. 124 ss.
- Gardeñes Santiago, M.: "Litispendencia y cosa juzgada en el extranjero ante la nueva LEC", *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 329 ss.
- Geimer, R.: "The Right to Access to the Courts under the Brussels Convention' in Court of Justice of the European Communities", en *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, Londres, Butterworths, 1992, pp. 39 ss.
- Geimer, R.: *Internationales Zivilprozessrecht*, 6ª ed., Colonia, 2009.

- George, P.: "International Parallel Litigation – A Survey of Current Conventions and Model Laws", *Texas Int'l L.J.*, vol. 37, 2002, pp. 502 ss.
- Goldschmidt, W.: *Sistema y Filosofía de Derecho internacional privado*, t. III, 2ª ed., Buenos Aires, 1954
- Gothot, P. y D. Holleaux: *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, París, Jupiter, 1986.
- Hay, P.: "Notes on the European Union's Brussels-I 'Recast' Regulation. An American Perspective", *The European Legal Forum*, 1–2013. http://www.ipr-verlag.de/download/leseprobe_EuLF.pdf.
- Herranz Ballesteros, M.: *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- Hill, A.: *Declining Jurisdiction. Forum Non Conveniens and Lis Pendens in the United States and the European Union*, Graduate Thesis, Master of Laws programme, supervisor M. Bogdan. <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4231056&fileId=4250816>.
- Jasper, D.: *Forum Shopping in England und Deutschland*, Berlín, 1990.
- Juenger, F.K.: "Forum Shopping, Domestic and International", *Tulane L. Rev.*, 1989, pp. 553 ss.
- Kruger, T.: *Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States*, Oxford Private International Law Series, 2008.
- Lagarde, P.: "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *Recueil des Cours*, t. 196, 1986–I, pp. 155 ss.
- Marengo, R.: *La litispendenza internazionale*, Turín, G. Giappichelli, 2000.
- Marongiu Buonaiuti, F.: "Lis alibi pendens and related actions in civil and commercial matters within the european judicial area", *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 11, 2009, pp. 511–564.
- McLachlan, C.: "Lis pendens in International Litigation", *Recueil des Cours*, t. 336, 2008, pp. 215 ss.
- Michinel Álvarez, M.A.: *El Derecho internacional privado en los tiempos hipermodernos*, Madrid, Dykinson, 2012
- Niboyet, M.L.: "La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial", *Journ. dr. int.*, 2006, pp. 944–954
- Niboyet-Hoegy, M.L.: "Les conflits de procédures", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1995–1996, París, 1999, pp. 71 ss.
- North, P.M.: "La liberté d'appréciation de la compétence (jurisdictional discretion) selon la convention de Bruxelles", *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bruxelles, 1993, pp. 373–385.
- Nuyts, A.: "La théorie de l'effect réflexe", en G. de Leval / M. Storme, *Le droit processuel et judiciaire européen*, 2003, pp. 81s.
- Nuyts, A.: "Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen", *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruselas, 2004, pp. 745 ss.
- Nuyts, A.: "La refonte du règlement Bruxelles I", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2013, pp. 7 ss.
- Otero García-Castrillón, C.: "En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial: reflexiones sobre la admisibilidad del *forum non conveniens* en el Derecho español", *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 430 ss.
- Queirolo, I.: "Forum non conveniens e convenzione di Bruxelles: un rapporto possibile?", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1996, pp. 763–794.
- Queirolo, I.: *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Pádua, Cedam, 2000
- Requejo Isidro, M.: *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (antisuit injunctions)*, Santiago de Compostela, Colecc. De Conflictu Legum, vol. I, 2000.

- Rodríguez Pineau, E.: “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’”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 47, 2013, pp. 125-147.
- Rogerson, P.: “Lis Pendens and Third States: Then Commission’s Proposed Changes to the Brussels I Regulation”, en E. Lein, *The Brussels Review Proposal Uncovered*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2012, pp. 118 ss.
- Salerno, F.: “Coordinamento e primato tra giurisdizioni civil nella prospettiva della revisione del Regolamento (CE) nº 44/2001”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, marzo 2010, pp. 22 ss.
- Shine, P.: “The Treatment of Non-EU Nationals before Domestic Courts of Member States”, *Chinese J. Int’l L.*, 2010, pp. 451-471;
- Suderow, 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, marzo 2013, pp. 195ss.
- Vegas Torres, J.: “La eficacia excluyente de la litispendencia”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº 0, 2002, pp. 169 ss.
- Villata, F.C.: “Choice-of-Court Agreements in Favour of Third States in Light of the Suggestions by Members of the European Parliament”, en F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata (eds.), *Recasting Brussels I*, Pádua, Cedam, 2012, pp. 222 ss.
- Virgós Soriano, M. y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Cizur Menor, Thomson – Civitas, 2007.
- Virgós Soriano, M.: *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989.
- Wautelet, P.: *Les conflits de procédures. Etude de droit international privé comparé*, tesis doctoral no publicada, Université de Liège, 2002. <http://oRB I.ulg.ac.be/handle/2268/193>.

LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO (CE) N° 1346/2000 SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

Marta REQUEJO ISIDRO *

SUMARIO: I. Introducción. II. Excurso: El diálogo entre jueces en la insolvencia. III. El art. 31 Reglamento (CE) n° 1346/00: 1. El tenor del art. 31 REI. 2. El art. 31 REI en la práctica judicial. 3. La cooperación judicial española en casos de insolvencia transfronteriza: un ejemplo. IV. La propuesta de la Comisión Europea: 1. Introducción. 2. ¿Qué aportaría el art. 31 bis?: A) Génesis del texto; B) Cooperación, coordinación, comunicación; C) El apartado primero: extensión de la cooperación; D) El apartado segundo: comunicación directa; E) El apartado tercero: modos de cooperar; F) Limitaciones prácticas. V. Materialización de la cooperación: algunas propuestas: 1. Introducción. 2. Las “mejores prácticas”: A) Ley Modelo Uncitral y documentación complementaria; B) *Guidelines* del *American Law Institute* (2000). 3. El protocolo como materialización de la cooperación. VI. Conclusiones.

RESUMEN: Diez años después de la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia la Comisión ha revisado su funcionamiento en la práctica. Entre las modificaciones que se estiman necesarias se encuentra la relativa a la coordinación entre procedimientos de insolvencia (principal y territoriales y secundarios) que afecten a un mismo deudor. El art. 31 del texto vigente solo contempla la cooperación entre síndicos, aunque existen interpretaciones que amplían su radio de acción, y aplicaciones prácticas de esta comprensión del texto. Un nuevo precepto, sobre el que existe ya acuerdo básico de la Comisión, Parlamento y Consejo, establecería la obligación de cooperar entre los jueces. La inclusión en el nuevo reglamento de una norma explícita a este respecto eliminaría una de las mayores trabas al diálogo entre jueces en materia de insolvencia transfronteriza en la UE. Sin embargo, en manos de jueces no familiarizados con la cooperación directa (como son la mayoría en los Estados miembros), la redacción abierta de la norma, y la ausencia de detalle sobre cómo cooperar y comunicarse pueden obstaculizar la consecución del objetivo buscado. La práctica en otros espacios normativos (básicamente, países de *common law*) y los instrumentos de *soft law* elaborados por, entre otros, la Uncitral o el *American Law Institute* aparecen como referentes a tener en cuenta en este contexto.

* Senior Research Fellow. Max Planck Institute Luxembourg.

PALABRAS CLAVE: INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA – COORDINACIÓN DE PROCEDIMIENTOS – COOPERACIÓN JUDICIAL – REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA – PROPUESTA DE MODIFICACIÓN.

SUMMARY: Ten years after the entry into force of the Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, the Commission has reviewed its operation in practice. One of the changes which is deemed necessary is the coordination between insolvency proceedings (main territorial and secondary) involving the same debtor. Under Art 31 of the current regulation liquidators in the main proceedings and liquidators in the secondary proceedings shall be duty bound to communicate information to each other; some interpretations of the provision extend it to judges and courts; case law applying this understanding of the text is to be found as well. In the projected regulation a new provision, on which there is already a basic agreement of the Commission, Parliament and Council, would instruct the judges to cooperate among them. The inclusion of an explicit rule in this respect would remove one of the biggest obstacles to the dialogue between courts in cross-border insolvency in the EU. However, in the hands of judges unfamiliar with direct cooperation (as is the case of most of them in the Member States), the flexibility of the rule, and the lack of detail on how to cooperate and communicate may hinder its purpose. In this framework, the case law and practice already existing in common law countries, as well as the soft law instruments prepared by (among other institutions) Uncitral and the American Law Institute, appear as a reference worth considering.

KEYWORDS: CROSS-BORDER INSOLVENCY – COORDINATION OF PROCEEDINGS – JUDICIAL COOPERATION – EUROPEAN INSOLVENCY REGULATION – PROPOSAL FOR AMENDMENT

I. Introducción

Cada vez con más frecuencia se encuentran en la doctrina afirmaciones como la que sigue: “A distinctive feature of the present age is the increase in dialogue between judges across national boundaries¹”; o “Contemporary courts are increasingly engaged in what must be described as international negotiation with other courts”². Aunque más habitual cuando se hace referencia al ámbito del *common law*, la idea de diálogo entre jueces de diferentes sistemas jurídicos nacionales es una aspiración general. En este marco el término “diálogo” alude a un conjunto heterogéneo de fórmulas a través de las cuales los jueces y tribunales de distintos sistemas jurídicos se relacionan entre sí de manera mediata o inmediata. En la UE el diálogo judicial en el sentido indicado es (o se pretende) a un tiempo instrumento y consecuencia de la integración jurídica.

Por lo que respecta a las relaciones jurídico-privadas internacionales, varios ámbitos de problemas aparecen como especialmente necesitados de la comuni-

¹ Hon. Justice M. Kirby, “Transnational Judicial Dialogue, Internationalisation of Law and Australian Judges”, *Melbourne J. Int’l L.*, 9, 2008, pp. 171 ss.

² J.L. Westbrook, “International Judicial Negotiation”, *Tex. Int’l L.J.*, vol. 38, 2003, pp. 567, 568.

cación y cooperación judiciales: la sustracción internacional de menores; la aplicación de la ley extranjera; y la insolvencia transfronteriza³.

El Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo de 29 mayo 2000 sobre procedimientos de insolvencia (a partir de aquí, REI)⁴ es en sí mismo un paradigma de cooperación. Sin embargo, una obligación expresa de cooperación e información entre operadores de la insolvencia sólo se contempla en lo relativo a los síndicos. La ausencia de mención a los jueces y tribunales ha dado lugar a distintas interpretaciones en la doctrina, y a reacciones de signo opuesto en la práctica⁵. La posición de la Comisión Europea a este respecto, expresada en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el REI, sostiene que la disposición en vigor sólo contempla a los liquidadores⁶; la Propuesta, en cambio, incluye referencias expresas a los tribunales en varios de sus artículos –por lo que aquí interesa, en el art. 31 *bis*. De aprobarse, el nuevo reglamento sentaría la base legal que obliga a la comunicación entre los tribunales allí donde no existe. Con ello se daría un paso significativo en una dirección experimentada en general con resultados positivos por otros países, la mayoría pertenecientes a la tradición de *common law*⁷; y sustentada por numerosas instituciones dedicadas al estudio y la práctica en materia de insolvencia transfronteriza⁸. Con ello también pasarían a primer plano un conjunto de dificultades, unas teóricas y otras prácticas, relativas a la implementación de esa colaboración, aptas para poner en peligro el objetivo de la norma.

En las páginas que siguen se abordan los tres temas anunciados en el párrafo que precede: el estado de cosas en el momento actual, bajo el REI; la modificación según la Propuesta de la Comisión, con referencias también a los documentos del Parlamento y el Consejo en respuesta a ella⁹; y algunos interrogantes o

³ El modelo de cooperación en el primer caso es la Conferencia de La Haya: *vid.* el documento “Emerging Guidance regarding the development of the International Hague Network of Judges and General Principles for Judicial Communications, including commonly accepted safeguards for Direct Judicial Communications in specific cases, within the context of the International Hague Network of Judges”, publicado en diciembre 2013, y accesible en la web de la Conferencia. La comunicación entre jueces a propósito de la aplicación de la ley extranjera ha sido objeto de estudio en la Conferencia, y también por parte de la Comisión. *Vid.* al respecto M. Requejo Isidro, “Quelle communication des juges dans l’application de la loi étrangère?”, en S. Menetrey (ed.), *Le dialogue des Juges*, Larcier, próxima publicación.

⁴ DO L 160/1 de 30.6.2000.

⁵ *Vid. infra*, epígrafe III.

⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia [Com(2012) 744 final], par. 3.1.3.

⁷ *Vid.* los ejemplos prácticos de la Guía de Prácticas de la Uncitral sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza, publicación de las Naciones Unidas, 2010, Anexo I.

⁸ La propia Uncitral; la *American Law Association*, o el *International Insolvency Institute*.

⁹ Se espera que el texto definitivo sea aprobado a finales de 2014. A la vista de la coincidencia sustancial entre los documentos de las tres instituciones no esperamos cambios de relevancia, que alteren la validez de lo que se dice en el texto.

dificultades previsibles subsecuentes al cambio, de ser finalmente adoptado. Una delimitación previa: el estudio se centra en el art. 31 *bis* de la Propuesta¹⁰, por tanto en el caso de insolvencia transfronteriza de un solo deudor (y no grupos de sociedades), abordando la relación entre tribunales –es decir, no con otros protagonistas (administradores de la quiebra)–.

II. Excurso: El diálogo entre jueces en la insolvencia

La idea de que la cooperación en los casos de insolvencia transfronteriza es oportuna, y en ocasiones incluso imprescindible, no suele discutirse¹¹. El carácter intrínsecamente caótico de la insolvencia se acentúa en un escenario multinacional:

*“The onset of an insolvency case, however, (...) turns the otherwise cohesive business into a series of disconnected segments in several different countries. In a typical international insolvency, different sets of creditors assert different kinds of claims to different assets under different rules in different countries. The unified international business that was once carried on comes to an end and separate, unconnected remnants of the organization attempt to continue until they either starve or implode. It is almost as if a cross-border insolvency system had been set up deliberately to promote failures and liquidations”*¹².

La cooperación está diseñada para servir como puente entre diferentes conjuntos de procedimientos; compartiendo información, así como realizando ajustes procedimentales, se pretende minimizar la pérdida de eficiencia y los costes incrementados ligados a la multiplicidad de procesos. En ausencia de cooperación, el negocio de un deudor que viniera operando en distintos países sería gestionado de forma separada por diferentes administradores, con el consiguiente riesgo para su eficiencia; los tribunales no tendrían por qué reconocer las decisiones extranjeras; la tendencia sería a imponer las *policies* domésticas, y a proteger y preferir a los acreedores locales¹³; los bienes del deudor ubicados en una jurisdic-

¹⁰ Art. 31 a, en la numeración propuesta por el Parlamento (doc. A7-0481/2013, de 20 diciembre 2013; Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 5 febrero 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia (edición provisional, website del Parlamento Europeo), así como por el Consejo (doc. 1028/14 ADD 1, hecho público el 3 junio 2014).

¹¹ Lo que no significa que sea siempre procedente, ni que no deba equilibrarse con otros fines o valores: C. Paulus, “Judicial Cooperation in Cross-Border Insolvencies. An outline of some relevant issues and literature”, en http://siteresources.worldbank.org/GILD/Resources/GJF2006JudicialCooperationinInsolvency_PaulusEN.pdf, describe escenarios en que cooperar no será preciso.

¹² J.M. Fairley, B. Leonard y J.N. Birch, “Cooperation and Coordination in Cross-Border Insolvency Cases”, ponencia presentada a la INSOL International (Annual Regional Conference), 2006, publicada en la website del International Insolvency Institute: www.iiiglobal.org.

¹³ J.J. Spiegelman, A.C. Chief Justice of New South Wales, “Cross-Border Insolvency: Cooperation or Conflict”, ponencia presentada a la INSOL International (Annual Regional Conference), 2008, publi-

ción y que debieran ser entregados a otra no lo serían. La necesidad de cooperar se acentúa cuando el procedimiento es de reorganización: los procesos de reorganización suponen litigar “en tiempo real” al tiempo que implican un complejo proceso de toma de decisiones; es urgente actuar para salvar lo que se pueda; si

“... liquidation cases also demand judicial interaction when the arena overlaps national borders, because much value may be lost by fragmented judicial action (...) the most compelling sort of case requiring real-time cooperation among courts (...) is the reorganization of a multinational corporation, which is surgery on a living patient”¹⁴.

Los riesgos generales de la internacionalidad –incertidumbre sobre los mecanismos para hacer efectivos los derechos, tarea que será en cualquier caso más costosa; discusiones sobre la competencia judicial internacional; falta de familiaridad con los sistemas legales extranjeros; riesgos ligados a la dificultad de predecir qué sistema jurídico resultará aplicable– contribuyen a las dificultades de gestión de la insolvencia y constituyen un riesgo para el valor recuperable por los acreedores del deudor.

En este contexto la cooperación entre tribunales, especialmente si es directa, vendría a minimizar riesgos y a reducir los costes asociados a ellos. Presentaría además un valor añadido en relación con otros supuestos de litigación internacional en los que el tiempo es una variable importante, pero no vital –de ahí la etiqueta de “*autopsy litigation*”¹⁵–. El valor añadido se experimenta también en relación con la cooperación articulada a través de los administradores concursales, en la medida en que determinadas actuaciones y decisiones sólo corresponden a la autoridad judicial.

Y sin embargo, a pesar de las ventajas descritas existe resistencia a una cooperación directa entre jueces. Por supuesto, hay dificultades prácticas que explican hasta cierto punto este dato. Otras son de otro tipo: así, las diferencias en la filosofía sobre los intereses que deben regir la insolvencia¹⁶, a lo que se añade la

cada en la website del International Insolvency Institute: www.iiiglobal.org, p. 31, califica la ausencia de cooperación, en particular la que se presenta en forma de imposición de políticas domésticas –por ejemplo, en relación con los créditos privilegiados; o, como consecuencia de la voluntad de proteger a los acreedores locales, la retención de bienes del deudor– como una forma de barrera al comercio y la inversión equivalente a las arancelarias.

¹⁴ J.L. Westbrook, p. 570.

¹⁵ J.M. Fairley, B. Leonard y J.N. Birch, p. 10.

¹⁶ A propósito de la preferencia por un modelo *vid.* la opinión de F.J. Garcimartín Alférez, publicada en <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com/2014/03/la-recomendacion-de-la-comision-europea.html>, el 25 marzo 2014, sobre la *Recomendación sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*, COM(2014) 1500 final: “(...) es una pista sobre el futuro del Derecho concursal europeo. Hasta ahora, la intervención del legislador europeo en el ámbito concursal se había limitado a establecer normas de Derecho internacional privado (el Reglamento 1346/2000) y normas materiales muy puntuales en el sector financiero o laboral. Fuera a aquí, la Comisión se había resistido a legislar en

preferencia de cada país por la protección de los acreedores locales. Ya antes de estas aparecen otras dificultades estructurales: en numerosos sistemas y tradiciones jurídicas la cooperación judicial inmediata parece “contradecir nociones heredadas acerca del rol natural del juez como una figura objetiva e imparcial que no debe ni buscar ni aceptar consejo o guía de ninguna otra fuente, ya sea doméstica o extranjera, relativa a la forma de dirigir el asunto que preside”¹⁷. En particular, el diálogo entre jueces no ha sido la tónica en la insolvencia transfronteriza en los países de *civil law*. Es habitual referirse en este sentido a la diferencia cultural entre tribunales de esta tradición y los pertenecientes al *common law*. En estos últimos la cooperación entre jueces se ha producido incluso en ausencia de previsión legal, sin necesidad de ella: en los países de *civil law* este desarrollo es “*difficult in practice and impossible in form*”¹⁸. La comunicación directa entre tribunales (esto es, sin la necesidad de recurrir al canal diplomático, o al ministerio de justicia o equivalente) recogida en el art. 25 de la Ley Modelo Uncitral, adoptada en diciembre de 1997¹⁹, refleja una práctica que ha

este sector, probablemente, por las dificultades políticas que intuía iba encontrar. Esta Recomendación anuncia un cambio. Siguiendo una Resolución anterior del Parlamento (de 15 noviembre 2011), la Comisión parece dispuesta a armonizar el Derecho concursal europeo”.

¹⁷ B. Wessels e I. Fletcher, comentando los ALI/III Principles of Cooperation in Transnational Cases. Documento en línea: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/36/5303.html>, en p. 94.

¹⁸ J.J. Spigelman, p. 7, p. 20. De forma excepcional la falta de previsión ha recibido respuesta del legislador en algunos ordenamientos de *civil law*. Un caso reciente es el de Alemania, con la sec. 348.2 InsO, en vigor desde el 1 marzo 2012. Antes de la reforma, un grupo de jueces alemanes había analizado la compatibilidad de las Guidelines Ap-plicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases, elaboradas por el *American Law Institute* (ALI) en cooperación con el *International Insolvency Institute* (III), y la ley alemana. La conclusión fue afirmativa para la mayoría de las directrices: cabría la comunicación entre el juez alemán y el extranjero por teléfono o mail a fin de recabar información, evitar conflictos de jurisdicción o coordinar los procedimientos; también serían posibles las vistas conjuntas; no, en cambio, la transmisión de documentos procesales. P. Busch, A. Remmert, S. Rüntz y H. Vallender, “Kommunikation zwischen Gerichten in grenzüberschreitenden Insolvenzen – Was geht und was nicht geht”, *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung* (NIZ), 2010, pp. 417–430. Un estudio de este tipo falta en España. De acuerdo con la Exposición de motivos de nuestra Ley concursal, Ley 22/2003 de 9 de julio, el juez goza de amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias. Consultados varios expertos (jueces y abogados) en casos de insolvencia hay acuerdo en que la comunicación de extremos como el activo o pasivo del deudor no plantearían problemas *de lege lata*. Tampoco, la información sobre el contenido y vigencia de la ley española; la adopción de una orden al administrador concursal nacional para que tome parte en procedimientos secundarios de insolvencia, o negocie un protocolo con la administración del procedimiento extranjero; la coordinación al efecto de nombrar el mismo administrador en todos los procesos. Mayores problemas plantearía la coordinación relativa a plazos u al orden de actuaciones con el fin de acompañar los procedimientos: dependerá de su carácter disponible o no. Uno de los obstáculos mayores a la cooperación es que el juez español va a velar por los intereses del concurso que tramita, lo que pesa en contra de actuaciones a favor de otro procedimiento cuyo beneficio no se perciba en el propio, o que impliquen pérdidas de estos beneficios. En este sentido hay que recordar que el acreedor público español goza de una posición preferente en los concursos abiertos en España, que difícilmente tendría en procesos abiertos en otro país de la UE.

¹⁹ Resolución AG 52/158.

venido ocurriendo en países de *common law*. En países de *civil law* el rol de los jueces es o se percibe como menos flexible; se padecen además de forma intensa recelos ligados a la preservación de principios tales como la independencia (imparcialidad) de los jueces –la comunicación directa puede ser experimentada como incómoda o impertinente, en tanto que apta para interferir o influir en las decisiones que cada juez debe adoptar libremente²⁰–, y a la protección de los derechos procesales de las partes²¹. En realidad, lo que tales consideraciones implican es la necesidad de un balance que debe inspirar en todo caso el recurso a los jueces, y de unas cautelas que han de presidir su intervención; ejemplos de ello se encuentran ya en la práctica anglosajona²².

Como reacción al déficit normativo, en las últimas décadas numerosas instituciones –la Uncitral, el *American Law Institute* o el *International Insolvency Institute*–, han elaborado documentos con el objetivo de promover desde el *soft law* la comunicación entre jueces en el marco de la insolvencia, y de ofrecer pautas al efecto. Son estos instrumentos los que han acuñado y consagrado la trilogía terminológica “comunicación, cooperación, coordinación”, a la que en ocasiones se añade un cuarto elemento, la armonización. El significado y, sobre todo, la relación entre los términos, no siempre están claros. Una definición posible, como veremos más adelante²³, es la propuesta por B. Wessels en el marco de los *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles*²⁴, tomada del

²⁰ W. Trower, “Court-to-Court Communication – the Benefits and Dangers”, *International Corporate Rescue*, 2007, pp. 111–112, p. 111. El riesgo es percibido efectivamente por los jueces: H. Jongeneel, “Cross-Border Co-operation for Courts and Administrators”, en B. Wessels, P. Omar (eds.), *Crossing (Dutch) Borders in Insolvency*, Nottingham, París, INSOL Europe, 2009, pp. 97–102, p. 101.

²¹ J.J. Spigelman, p. 23, se refiere a al impacto de la comunicación sobre la soberanía – en forma de intrusión en el ejercicio del poder judicial de decidir. H. Vallender, “Judicial Cooperation within the EU Insolvency Regulation”, comunicación presentada con motivo de la conferencia “Crossing (Dutch) Borders in Insolvency”, 5–6 Junio 2008, en www.insol_europe.org, (a partir de aquí, H. Vallender, 2008), indica que una vez que la decisión de apertura se ha producido el problema pasa a ser sobre la influencia sobre las decisiones de fondo que pueda adoptar el tribunal local, y la necesidad de proteger su independencia. P. H. Zumbro, “Cross-Border Insolvencies and International Protocol – An Imperfect but Effective Tool”, *Bus. L. Int'l*, 11, 2010, pp. 157 ss, esp. pp. 160–161, alude a los “principios fundamentales de la soberanía nacional” como uno de los puntos de mayor tensión y complejidad.

²² *Vid.* como ejemplo la negativa del Juez D. Richards a una comunicación directa con su homólogo de Delaware por entender que su objeto serían cuestiones atinentes al fondo del asunto (y no meramente procesales), en una de las decisiones adoptadas en el caso T&N, [2004] EWHC, 2878. El juez accedió a la solicitud de comunicación entre los tribunales. Sin embargo, optó por rechazar una conversación telefónica con su homólogo americano, señalando que sería inapropiado conversar sobre aspectos objeto de controversia entre las partes, y que por tanto aún podrían ser discutidos ante la *High Court*. En cambio, ordenó a las partes acordar (en lo posible) y elaborar un documento enumerando las cuestiones relevantes de Derecho inglés, así como su tratamiento en este ordenamiento. El documento debería ser enviado al tribunal americano.

²³ Apartado IV, 2.B.

²⁴ Primer borrador, marzo de 2014, punto 1.4.5: <http://www.tri-leiden.eu/uploads/files/2014-03-21-First-Public-Draft-EU-JudgeCo-Principles.pdf>.

Informe junio 2012 que acompaña a los *Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*.

III. El art. 31 Reglamento n° 1346/00

1. El tenor del art. 31REI

El reglamento europeo sobre insolvencia da respuesta directa a algunos de los problemas de la insolvencia transfronteriza que en otros contextos dependen aún de la voluntad de cooperar de los operadores involucrados. Previsiones tales como la regla uniforme en materia de competencia judicial internacional, la ley aplicable, y las relativas al reconocimiento automático de la decisión de apertura y de los poderes del síndico en el procedimiento principal, de la remisión del excedente del activo en un procedimiento territorial al procedimiento principal, permiten calificarlo de forma general como instrumento para la coordinación²⁵.

De forma más concreta, el art. 31 del reglamento contempla las obligaciones de comunicación y cooperación de los síndicos de los procedimientos principal y secundario. Literalmente no hay obligación (ni cobertura) para la cooperación entre tribunales, entre tribunales y síndicos, o entre síndicos de procedimientos secundarios. No existen datos que permitan explicar con certeza el porqué de estas ausencias. En lo relativo a los tribunales se ha sugerido que la razón está en el desempeño del rol protagonista por los síndicos, y no por los jueces²⁶: un argumento que no convence totalmente, aunque sólo sea porque en la medida en que las funciones de unos y otros sean diferentes las ventajas asociadas a la cooperación de unos y otros no son comparables²⁷. El carácter sensible de la materia, en cambio, sí explicaría que fuera relegada en el momento de la negociación del texto para avanzar en el proceso de elaboración del reglamento.

Sea como fuere, el art. 31 ha dado pie a una discusión doctrinal en la que las posturas están netamente divididas²⁸. Para algunos el precepto tolera una inter-

²⁵ P. Oberhammer, "Coordination of Proceedings", en B. Hess, P. Oberhammer y T. Pfeiffer (eds.), *Heidelberg–Luxembourg–Vienna Report on the application of Regulation N° 1346/2000 on Insolvency Proceedings*, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2014, par. 857.

²⁶ H. Vallender, 2008, p. 2.

²⁷ Por otra parte, los cambios experimentados por las legislaciones nacionales de los Estados miembros en los años de vigencia del reglamento no autorizan a hablar de un vuelco en el protagonismo en el sentido de conferirlo a los jueces, explicando la introducción del nuevo art. 31 bis.

²⁸ Para un resumen de la cuestión, *vid.* H. Vallender, 2008, *passim*; B. Wessels, *Judicial Cooperation in Cross-Border Insolvency Cases*, Wolters Kluwer, 2008, p. 11 (a partir de aquí, B. Wessels, 2008); U. Ehricke, "The Role of Courts in Cross-Border Insolvency cases", en *Comparative and International Insolvency Law. Central Themes and Thoughts* (A. Verweij, B. Wessels), Nottingham, París, INSOL EUROPE, 2010, pp. 83–87. Sobre la posición de la Comisión, *vid. supra*, en la Introducción.

pretación que no sólo permitiría a los tribunales colaborar entre sí, sino que incluso lo impondría necesariamente. Para otros autores la obligación existe, pero no como consecuencia del art. 31 sino de principios generales de derecho de la Unión: lo que otros niegan, de forma más o menos radical²⁹. Finalmente, se dice que no hay en el art. 31 un deber de cooperar para los tribunales, aunque tampoco se excluye; y que el principio de confianza mutua (art. 4.3º TUE) determina que los tribunales tengan una “actitud menos pasiva” cuando interpreten una medida comunitaria como es el art. 31 REI³⁰. Las decisiones judiciales a las que nos referimos a continuación ejemplifican las actitudes más abiertas.

2. El art. 31 REI en la práctica judicial

El tenor literal del art. 31 no ha impedido las iniciativas de cooperación de y entre tribunales de Estados miembros en la práctica, si bien los supuestos no son abundantes. Un ejemplo fue el protagonizado por la *High Court of Justice* de Birmingham, de 11 mayo 2005, en el asunto *MG Rover*³¹, en el que el tribunal abrió un procedimiento principal contra el grupo Rover comprendiendo las filiales en Alemania, Francia, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, España, Irlanda, Italia y Portugal. En este contexto, al efecto de limitar las probabilidades de apertura de procedimientos secundarios, el tribunal inglés adoptó órdenes describiendo la finalidad del procedimiento principal en Inglaterra y las facultades y responsabilidad de los administradores, haciendo referencia en particular al poder de efectuar pagos a los trabajadores de las filiales europeas de manera que recibieran la misma cantidad que habrían percibido a través de un procedimiento secundario³².

En *In Re Nortel Group SA*³³ el juez sostuvo que el art. 31 genera una obligación de cooperar para los tribunales, en el marco de su rol de supervisión sobre la insolvencia. El caso concernía la petición de que se librara comisión rogatoria a tribunales de diversos Estados miembros de la UE, a fin de que, entre otras cosas, se oyera al administrador de la quiebra en el caso de que solicitud de apertura de procedimientos secundarios de insolvencia en otros Estados miembros. El juez inglés entendió que la *High Court* poseía “*inherent jurisdiction to issue a letter of request to a foreign court*”, y añadió, al respecto del art. 31 del reglamen-

²⁹ H. Vallender, 2008, p. 3, para lo primero. U. Ehricke habla en cambio de una “presunción fuerte” a favor de la cooperación como consecuencia de la lectura conjunta del art. 31 reglamento, y el (entonces) art. 10 TEC.

³⁰ B. Wessels, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwers, 2012, par. 10854 y 10855.

³¹ *High Court of Justice Chancery Division Birmingham*, 18 abril 2005 (*MG Rover I*), 2005 [EWHC] 874.

³² En palabras del tribunal, “*I hope that by these means courts in other member states may come to appreciate that the principal objective of the administration is to rescue the relevant national sales companies as a going concern*”.

³³ [2009] EWHC 206 (Ch).

to 1346/2000, que “[although] framed in terms of co-operation between office-holders, the duty has been treated by the courts of Member States as incorporating or reflecting a wider obligation which extends to the courts which exercise control of insolvency procedures in their respective jurisdiction.”

El ejemplo del RU podría ser considerado como de menor relevancia, o escasamente representativo, a la luz de la familiaridad del ordenamiento con la colaboración en materia de insolvencia transfronteriza³⁴. Aunque por otro motivo, lo mismo cabe decir de la decisión del OLG Wien, de 9 noviembre 2011, *Stojevic*: la colaboración es realizada formalmente por el tribunal, pero en sus funciones de liquidador, que ostenta de conformidad con el ordenamiento austríaco³⁵. La situación es distinta en el asunto *BenQ*, de 2007, que puso en relación a los tribunales de Ámsterdam y Múnich, en relación con la insolvencia de la compañía BenQ Holding BV, y su filial muniquesa BenQ OHG. BenQ Holding BV, registrada en Holanda, llevaba a cabo la gran mayoría de sus actividades desde Múnich, y más concretamente desde la sede de la segunda y a través de sus empleados. A mediados de 2006 BenQ OHG solicitó la apertura del procedimiento en Múnich, lo que conllevó el nombramiento de un síndico provisional (“*vorläufiger Insolvenzverwalter*”). Más adelante, BenQ OHG solicitó y obtuvo en Holanda la adopción de una moratoria de pago (“*asur-séance van betaling*”) en relación con BenQ Holding BV, y dos días más tarde, la apertura de un procedimiento de insolvencia en Múnich contra BenQ Holding BV. A la hora de decidir el carácter del procedimiento solicitado (principal o secundario), y con el fin de coordinar los desarrollos futuros, el juez de Múnich contactó con el de Ámsterdam por teléfono, acordando finalmente que el primero esperaría a la decisión del segundo. Una vez este procedió a la apertura del procedimiento principal, el juez alemán abrió otro como secundario.

Finalmente, el caso conocido como *PIN Group II* ejemplifica una intensa comunicación entre los tribunales de Colonia y Luxemburgo: el primero solicitó información por fax al segundo a propósito de la apertura de un procedimiento principal en este lugar, y obtuvo respuesta por fax el mismo día. Tal forma de actuar se consideró imprescindible por cuanto ambos tribunales debían decidir prácticamente al mismo tiempo sobre la apertura de un procedimiento principal de insolvencia³⁶.

³⁴ G. McCormack, “Reforming the European Insolvency Regulation: a Legal and Policy Perspective”, *J. Pr. Int’l L.*, 2014, pp. 41–67, p. 53, habla de la “europeización” de las prácticas inglesas en casos como el aludido *Re Nortel Networks SA* [2009] EWHC 206.

³⁵ OLG Wien, 09.11.2004 – 28 R 225/04w. En la doctrina, G. Moss, “Viennese Waltz for Two Main Proceedings: The Stojevic Saga”, *Insolv. Int.*, 2005, 18(9), 141 – 143.

³⁶ AG Köln, 19 febrero 2008, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 2008, p. 423.

3. La cooperación judicial española en casos de insolvencia transfronteriza: un ejemplo

Por lo que respecta a España, y si bien se trata de un caso al margen del REI por razón del otro país implicado (no comunitario), merece la pena recordar el Auto del juzgado de lo mercantil de Vigo, de 12 abril 2011. En el caso el deudor insolvente y la administración concursal solicitaron del juez que librara oficio a la Oficina de Ejecución Coactiva de Bergen–Noruega–, comunicando la declaración de concurso, y a fin de que suspendiera una ejecución allí instada y procediera al alzamiento de los embargos trabados sobre créditos de la sociedad en concurso frente a terceros. Como ha señalado la doctrina, en respuesta a la instancia el juez español realizó una petición de cooperación a las autoridades noruegas, aun cuando no fuera redactada en términos de solicitud³⁷.

IV. La propuesta de la Comisión Europea

1. Introducción

El art. 31 *bis* de la propuesta publicada por la Comisión en diciembre de 2012 se sitúa en la línea de una tendencia europea, de largo alcance, a que la cooperación involucre a los jueces y tribunales. En este sentido cabe citar la preocupación por dar impulso a la Red Judicial Europea, que ha recordado recientemente la Comisión³⁸. Otros ejemplos de comunicación directa entre órganos judiciales específicos son la contemplada por el art. 15 RB II *bis*³⁹, y la que debe producirse en el marco de la litispendencia conforme al art. 29.2º RB I (refundido)⁴⁰. De acuerdo con la Propuesta de la Comisión, el nuevo reglamento tendría un cdo nº 20 de alcance general⁴¹, conforme al cual “El procedimiento principal y los procedimientos secundarios de insolvencia solo podrán contribuir a una liquidación eficiente del total de la masa si todos los procedimientos pendientes están coordinados. A este respecto, la condi-

³⁷El auto fue luego recurrido. Sobre el AAP 25 abril 2012, *vid.* E. Torralba Mendiola, “Levantamiento de un embargo preventivo decretado en el extranjero sobre bienes de la concursada española: los problemas derivados de la ausencia de uniformidad de soluciones”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 28/2013, pp. 357–373. Como indica la autora, p. 368, la petición del juez español es una de cooperación, aunque no se redacte en términos de solicitud. La decisión noruega fue recurrida en aquel país, y al hilo del recurso el tribunal se accedió al reconocimiento; es por ello por lo que cabe decir que (p. 372) “la resolución [noruega] no es una respuesta al juez español” y no es posible “hacer mayores consideraciones sobre lo que hubiera podido ocurrir de no haber mediado apelación y haber tenido que resolver aquel [el juez noruego] únicamente sobre la base de la petición del juez español”.

³⁸*Vid.* Comunicación de la Comisión COM(2014) 144 final, “The EU Justice Agenda for 2020 – Strengthening Trust, Mobility and Growth within the Union”.

³⁹DO L 338/1 de 23.12.2003.

⁴⁰DO L 351/1 de 20.12.2012.

⁴¹Para miembros de grupos de empresas *vid.* Considerandos 20 *bis* y 20 *ter*.

ción esencial es la estrecha colaboración entre los diferentes síndicos y tribunales involucrados, que debe suponer, en particular, un intercambio suficiente de información (...). Al cooperar, los síndicos y los tribunales deberán tener en cuenta las mejores prácticas de cooperación en asuntos de insolvencia transfronteriza establecidas en los principios y directrices sobre comunicación y cooperación adoptados por las asociaciones europeas e internacionales que trabajan en el ámbito de la legislación sobre insolvencia”.

En la parte operativa del texto se introduce un art. 31 *bis*, con el siguiente texto:

“*Cooperación y comunicación entre tribunales*. 1. A fin de facilitar la coordinación entre los procedimientos de insolvencia principales y secundarios referentes a un mismo deudor, el tribunal que haya recibido una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia o que haya abierto tal procedimiento deberá cooperar con cualquier otro tribunal ante el que se haya presentado un procedimiento de insolvencia o que haya abierto tales procedimientos en la medida en que dicha cooperación no sea incompatible con las normas aplicables a cada uno de los procedimientos. Con este fin, los tribunales podrán designar, cuando proceda, a una persona u órgano que actúe siguiendo sus instrucciones.

2. Los tribunales a que hace referencia el ap. 1 podrán comunicarse directamente entre sí, o solicitarse mutuamente información o asistencia directamente, siempre que dicha comunicación sea gratuita y respete los derechos procesales de las partes en los procedimientos y el carácter confidencial de la información.

3. La cooperación podrá llevarse a cabo por cualquier medio adecuado, como

- a) la comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno;
- b) la coordinación de la administración y supervisión de los activos y negocios del deudor;
- c) la coordinación de la celebración de las vistas;
- d) la coordinación para la aprobación de los protocolos”

A este texto ha introducido el Parlamento modificaciones⁴² aprobadas en primera lectura el 5 febrero 2014, del siguiente tenor: “A fin de facilitar la coordinación entre los procedimientos principal y secundario de insolvencia referentes a un mismo deudor, el tribunal que haya recibido una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia o que haya abierto tal procedimiento deberá cooperar con cualquier otro tribunal ante el que se haya presentado un procedimiento de insolvencia o que haya abierto tales procedimientos en la medida en que dicha cooperación sea la idónea para facilitar una gestión eficaz de los procedimientos y no sea incompatible con las normas aplicables a cada uno de los procedimientos. Con este fin, los tribunales podrán designar, cuando proceda, a una persona u órgano para que actúe siguiendo sus instrucciones, siempre y cuando ello no sea incompatible con las normas aplicables a los procedimientos”⁴³.

⁴² Se subrayan las adiciones y se tachan los elementos eliminados en relación con la Propuesta de la Comisión.

⁴³ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 5 febrero 2014, Enmienda n° 49. La justificación aportada, según el Informe de 20 diciembre 2013, es “Alineamiento con el art. 42 ter, como se indica en el considerando 20 bis”.

Finalmente, el Consejo ha optado por una redacción en la que aparecen algunos cambios de interés⁴⁴: “Para facilitar la coordinación de procedimientos principales y territoriales o secundarios relativos al mismo deudor, el tribunal ante el cual se halle pendiente una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia o que haya abierto tal procedimiento deberá cooperar con cualquier otro tribunal ante el que se haya presentado un procedimiento de insolvencia o que haya abierto tal procedimiento en la medida en la cooperación no sea incompatible con las reglas aplicables a cada procedimiento. A este fin, los tribunales podrán, cuando sea apropiado, designar una persona independiente que actúe siguiendo sus instrucciones, con tal de que ello no sea incompatible con las reglas que les sean aplicables”. El apartado segundo señala que “En la ejecución de la cooperación establecida en el apartado primero, los tribunales, o cualquier persona u órgano que actúe en su nombre tal y como se indica en el apartado primero, puede comunicarse directamente o solicitar información o asistencia directamente de otro, con tal de que dicha comunicación respete los derechos procesales de las partes y la confidencialidad de la información”. Finalmente, el tercero retoma la propuesta de la Comisión en los siguientes términos: “La cooperación a la que refiere el apartado primero podrá llevarse a cabo por cualquier medio que el tribunal considere apropiado. En particular, podrá referirse: (0) a la coordinación en el nombramiento de los síndicos; (a) la comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno; (b) la coordinación de la administración y supervisión de los activos y negocios del deudor; (c) la coordinación de la celebración de las vistas; (d) la coordinación para la aprobación de los protocolos, donde sea necesario”.

2. ¿Qué aportaría el nuevo art. 31 bis?

En el art. 31 *bis* la Comisión recoge por una parte las críticas a la limitación de la cooperación a los síndicos del proceso. Responde así a una de las dificultades que se señalan habitualmente como típicas en países de *civil law*: la falta de previsión legal que dé cobertura legal a la adopción o realización de acciones específicamente jurisdiccionales, a fin de recabar asistencia de otro juez, o asistirle, en el marco de procesos relacionados con la insolvencia transfronteriza.

Pero, ¿qué significa exactamente el precepto, y a qué faculta?

Con su incorporación al texto normativo, el art. 31 *bis* cubre una laguna. Lo que no hace —a salvo lo que veremos a continuación— es concretar el alcance de la obligación que incorpora, ni tampoco cómo llevarla a cabo. Estas ausencias son en parte intrínsecas a la materia y necesarias para preservar un cierto

⁴⁴ Traducción del autor. Se subrayan en negrita los cambios propuestos por el Consejo.

grado de flexibilidad, que es imprescindible; por otro son fuente de incertidumbre.

A) Génesis del texto

Se sabe poco a propósito de la génesis del precepto. El origen se detecta en la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 noviembre 2011, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho de sociedades de la UE. Allí se incluía la siguiente referencia en el Anexo: 2.4. Recomendación sobre la cooperación entre tribunales: “El Parlamento Europeo considera que el art. 32 del Reglamento sobre insolvencia debería establecer un deber inequívoco de comunicación y cooperación no solo entre los síndicos sino también entre los tribunales”. En el estudio realizado para la Comisión por las Universidades de Heidelberg y Viena se sugería incluir la referencia a deberes de los tribunales, no limitados a la comunicación de información, sino comprensivos de medidas para la coordinación de procedimientos, y la comunicación y coordinación en lo relativo a decisiones aprobando medidas para la administración y realización de activos, así como protocolos⁴⁵.

No ha sido posible conocer el proceso de redacción del texto. En cuanto a la explicación de la Comisión acompañando la Propuesta no arroja tampoco ninguna luz⁴⁶. El punto 3.1.3 se limita a señalar que “(...) los tribunales tendrán la obligación de cooperar y comunicarse entre sí; los síndicos, por su parte, deberán cooperar y comunicarse con el tribunal del otro Estado miembro que participe en el procedimiento. La cooperación entre los tribunales mejorará la coordinación entre los procedimientos principales y secundarios lo que puede ser crucial para garantizar el éxito de la reestructuración, por ejemplo, cuando sea necesario aprobar un protocolo con un plan de rescate”.

B) Cooperación, coordinación, comunicación

El art. 31 *bis* retoma los tres términos acuñados por la doctrina y los instrumentos de *soft law* a los que nos hemos referido *supra* en materia de colabora-

⁴⁵ P. Oberhammer, párr. 919–920. En cambio, la Propuesta de INSOL, publicada por INSOL Europa, Nottingham, 2012, no preveía nada en este sentido en las relaciones entre Estados miembros; sí, en cambio, con Estados terceros (art. 81).

⁴⁶ También es parco el Parlamento en cuanto a las modificaciones que propone: *vid.* Informe de 20 diciembre 2013, que alude lacónicamente a que la extensión que opera a otros procedimientos tiene por objeto mantener la coherencia con el art. 42. La referencia no resulta especialmente útil en la medida en que los procesos aludidos en el art. 42 son los que afectan a distintos grupos de sociedades (por definición un caso diferente y excluido del art. 31 *bis*). En cuanto al Consejo, las novedades introducidas en art. 31 a) se acompañan sólo de una aclaración al punto 3 (0), en nota al pie.

ción judicial: coordinación, cooperación, comunicación. Atendiendo a la disposición de los términos en el texto, la coordinación es el fin último de la cooperación, que puede tener lugar a través de diversos mecanismos, entre los que destaca la comunicación. No obstante, ni el significado ni la delimitación de las operaciones comprendidas bajo la etiqueta de “coordinar”, “cooperar” y (en menor medida) “comunicar” son evidentes en ninguno de los contextos en los que se alude a ellas, lo que se explica en su carácter ambivalente de fines en sí mismos, y medios para conseguir tales fines.

Un intento de conceptualización es el propuesto en el marco de los *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles*⁴⁷, tomado del Informe junio 2012 que acompaña a los *Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*⁴⁸. De acuerdo con esta fuente, “*Communication relates to certain forms of exchange of information between different jurisdictions via various role players (courts, insolvency office holders, court clerks, certain other authorities) as a means to cooperate or to coordinate pending insolvency proceedings or developments within an international insolvency case*”. Cuáles son los extremos sobre los cuales interesa informar u obtener información depende, como es obvio, del caso considerado. No obstante, de forma general y a la luz de la necesidad de proteger la libre decisión de cada tribunal, así como los derechos de las partes, se discute acerca de si debe recaer exclusivamente sobre aspectos procedimentales, o si cabe también en relación con aspectos sustantivos⁴⁹. En el marco de la comunicación entre síndicos, el Informe explicativo del Convenio de Bruselas de 1995 sobre procedimientos de insolvencia, o Informe Virgós/Schmidt, aludía a informar sobre el patrimonio del deudor, las acciones previstas o ya en ejercicio para la recuperación de activos (demandas de pagos, acciones revocatorias), créditos presentados, verificación de créditos y disputas relativas a estos, medidas de saneamiento previstas, convenios propuestos, planes de distribución de dividendos y estado de desarrollo de las operaciones del procedimiento. Cabe añadir a estos aspectos otros relativos a la ley aplicable: la doctrina y la práctica de países como EE UU revela la importancia de la comunicación a este respecto, en la medida en que permita entender la insolvencia en el otro Estado, lo que será esencial de cara a una ulterior cooperación, y para la coordinación de los procedimientos⁵⁰.

⁴⁷ Primer borrador, marzo de 2014, punto 1.4.5.

⁴⁸ <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/36/5303.html>, pp. 42–43.

⁴⁹ Supra, nota al pie nº 22, sobre la abstención en caso de que la comunicación recaiga sobre aspectos materiales aún pendientes de discusión ante el juez

⁵⁰ Vid. J.L. Westbrook, p. 579 (nota al pie nº 69), p. 581; L. De Carl Adler, “Managing the Chapter 15 Cross-Border Insolvency Case – A Pocket Guide for Judges”, Federal Judicial Center, 2011, [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/AdlerChap15.pdf/\\$file/AdlerChap15.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/AdlerChap15.pdf/$file/AdlerChap15.pdf), pp. 20–23. B. Wes-

El término “cooperación” comprende “*a variety of approaches to make legal systems work together better in addressing multinational problems, without necessarily making the systems more similar*”. Puede requerir del tribunal una actitud activa o, por el contrario, pasiva. En la doctrina y la práctica de los países de *common law* son manifestaciones típicas: el reconocimiento de decisiones del otro tribunal; la adopción de medidas cautelares de apoyo a otra jurisdicción; la delimitación de los poderes de la administración concursal de forma que no interfieran con los de la del otro proceso; la suspensión de un proceso en marcha; la aplicación de la ley extranjera (en lugar de la del foro) para la adopción de remedios solicitados por el tribunal extranjero; el nombramiento de la misma administración en todos los procedimientos (teóricamente, más eficaz, aunque no necesariamente menos caro para el patrimonio insolvente si, por ejemplo, el administrador ha de desplazarse de un lado a otro), aunque seguirá sujeta en cada país a la ley aplicable al procedimiento allí abierto⁵¹. En el marco de una insolvencia transfronteriza entre estados miembros de la UE algunos de estos aspectos, como el reconocimiento de decisiones, derivan de ya de previsiones del reglamento en vigor. Otros, como la distribución de asuntos entre tribunales o la remisión de uno a otro, no están previstos expresamente, y en defecto de una norma al respecto (que en cambio sí existe en otros instrumentos comunitarios: vid. art. 15 RB II *bis*) es dudoso que tenga cabida: tanto por motivos relacionados con la aplicación uniforme del instrumento –lo que significa que probablemente tampoco sería posible aunque estuviera previsto unilateralmente en el seno de un ordenamiento nacional–, como con la necesidad de que las partes tengan en cuenta *ab initio* esa posibilidad.

El término “coordinación” se emplea para referirse a una armonización limitada, cuyo objetivo es facilitar el funcionamiento conjunto de dos sistemas diferentes. La referencia a cooperación y coordinación como dos cosas distintas se encuentra comúnmente en los escritos relativos a las relaciones entre jueces; sin embargo, es difícil clasificar algunas de las opciones citadas en el apartado anterior como de un tipo o de otro. Probablemente el mejor ejemplo de coordinación sea la sincronización de procedimientos, que se produce por la vía de la suspensión temporal de uno de ellos: así, en *In Re Everfresh Beverages Inc.*, que implicaba procedimientos en EE UU y Canadá, el procedimiento en EE UU estaba yendo más rápido que el canadiense; se elaboró un protocolo que se empleó para celebrar una audiencia transfronteriza, con el objeto de coordinar el ritmo de los

sels, 2012, p. 10849, señala que para poder cooperar es preciso entender los poderes de la otra parte interviniente, así como el sistema de insolvencia extranjero.

⁵¹ Vid. ejemplos en J.L. Westbrook, p. 581; P. Schlosser, “Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation”, *Recueil des Cours*, t. 284, 2000, pp. 9–428, esp. p. 137, p. 238.

procedimientos⁵². Otras formas de coordinación serían el reparto de asuntos entre a otro tribunal; o la aprobación, por parte de cada tribunal, del mismo protocolo elaborado por las partes a propósito de la administración de la masa; o del plan de reorganización concebido por los liquidadores e incorporado a un protocolo.

C) El apartado primero: extensión de la cooperación

El art. 31 *bis* aporta la previsión legal que posibilita que los tribunales, en el ejercicio de sus poderes en relación con la administración de casos ante ellos, interactúen y se relacionen con otros que intervienen en litigios en relación con el mismo deudor. Pero, como ya se ha dicho, no especifica ni el alcance, ni los medios para llevar a cabo esta colaboración.

En realidad, cabe sostener que el precepto sí aborda la primera cuestión, hasta cierto punto: esto es probablemente lo que significa la cautela “en la medida en que tal cooperación no sea incompatible con las reglas aplicables a cada uno de los procedimientos”. La mención suscita varias dudas⁵³. De entrada, la relativa a su relación con el apartado segundo, que sienta como límite a la comunicación directa la protección de los derechos procesales de las partes. El contraste entre los límites contemplados en cada epígrafe causa desazón: o bien la del apartado segundo es redundante (pedagógica, ejemplificativa de la restricción a la que alude el apartado primero), o bien implica la voluntad de no poner a la comunicación directa más restricciones que los que derivan de los derechos procesales de las partes, abriendo paso a la comunicación directa sin otro límite (además del relativo a su gratuidad y la confidencialidad de la información). La primera opción parece la más verosímil.

La segunda duda provocada por la referencia a la compatibilidad con las reglas procesales nacionales es la relativa a qué significa esta incompatibilidad. En particular hay que preguntarse si podría llegar, en el peor de los casos, a eliminar la propia eficacia del mandato de cooperación del art. 31 *bis*; o si en tal supuesto la exigencia de compatibilidad (y con ella, la regla nacional correspondiente) se vería neutralizada por la necesidad de preservar el efecto útil del precepto. Una pregunta similar había surgido en relación con el art. 31.2º del Reglamento en vigor, “sin perjuicio de las normas aplicables a cada uno de los procedimientos”,

⁵² A través de las siguientes medidas: Order Co-ordinating Canadian and United States Reorganizational Plans in *Re Everfresh Beverages Inc.* (Ontario Court of Justice; Toronto (Mr. Justice J.M. Farley). (May 15, 1996). Orders Approving Cross-Border Insolvency Protocol between Canada and the United States in *Re Everfresh Beverages Inc.*: Ontario Court of Justice, Toronto (Mr. Justice J.M. Farley) Case No. 32-077978. (December 20, 1995) and United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. Burton R. Lifland) Case No. 95 B 45405 (December 20, 1995).

⁵³ La compatibilidad exigida es cumulativa: cabe suponer que corresponde a cada juez vigilar que existe en relación con el proceso ante él.

dando lugar a distintas interpretaciones, algunas de las cuales supeditan la facultad misma del liquidador de cooperar a una disposición de la ley nacional a este efecto⁵⁴. A nuestro juicio tal subordinación no cabe con carácter general: iría contra el sentido del texto. En consecuencia, no es preciso que exista en el derecho nacional una regla que obligue y/o permita la comunicación o la cooperación, reproduciendo el mandato del art. 31 bis.

Todavía en relación con el alcance cabe preguntarse por la pertinencia de una fórmula como la que aparece en la Ley Modelo Uncitral, que exige la cooperación “*to the maximum extent possible*”⁵⁵. A nuestro entender se trata en principio de una precisión innecesaria en tanto que implícita en el propio objetivo de la cooperación. Al mismo tiempo se podría sostener que posee un valor pedagógico no desdeñable en un contexto en el que la cooperación entre jueces no es habitual.

D) El apartado segundo: comunicación directa

En este apartado se contemplan expresamente la comunicación, la solicitud mutua de información y la asistencia directa entre tribunales. La mención aclara y complementa el apartado primero, que se refiere a la cooperación mediata, esto es, por la vía de un intermediario. El apartado suscita dudas: para las que surgen al hilo de la limitación en atención a los derechos procesales de las partes y su lectura a la luz del apartado primero remitimos a lo señalado en el epígrafe precedente. Otras dudas surgirán en cuanto al significado y concreción exacta de los límites a la comunicación, en forma de preguntas sobre quién debe (puede) tomar parte en una conversación entre los jueces; si es suficiente, para preservar los derechos procesales de las partes, que se les informe del hecho de que tendrá lugar una conversación; si es necesario que se les aporte posteriormente una transcripción de la misma.

Otra limitación textual en la Propuesta de la Comisión es la que condiciona la comunicación directa (¿no la solicitud de información ni de asistencia?) a que sea “sin costes”: en la práctica, tomada literalmente la imposibilitaría la mayoría de las veces, si no siempre. En este sentido habría sido preferible una disposición como el art. 120 Ley belga de Derecho Internacional Privado: los deberes de comunicación y cooperación deben ser atendidos en la medida en que los costes que generen no sean irrazonables. El texto del Parlamento no altera en este punto el de la Comisión; sí lo hace, en cambio, el del Consejo, que elimina toda mención a los costes.

⁵⁴ Sobre las distintas posturas B. Wessels, 2012, párr. 10855p.

⁵⁵ La inclusión había sido encarecidamente recomendada por la doctrina: P. Oberhammer, par. 921.

E) El apartado tercero: modos de cooperar

El apartado tercero ofrece ejemplos de medios aptos para la cooperación. La lista no es exhaustiva, ni pretende imponer formas obligatorias de cooperación: sólo sugiere algunas. La posibilidad o no de emplearlas dependerá en cada sistema de la configuración singular de este; cabe esperar que surjan dudas en torno a ellas, tanto prácticas como conceptuales. Por poner un ejemplo, la propuesta de celebración de las vistas conjuntas ha suscitado preguntas en torno a la infracción de la soberanía estatal, habida cuenta de que implicaría que parte de un procedimiento judicial extranjero está teniendo lugar en el territorio nacional⁵⁶.

El art. 31 *bis* no desciende al nivel del detalle sobre cómo llevar a cabo en concreto, técnicamente, las operaciones a que se refiere: en otras palabras, faltan pautas claras sobre cómo operar la colaboración. Ello obligará a desarrollar reglas internas, o a aceptar como fuente el *soft law*, tal como indica el Considerando nº 20 de la Propuesta. Conviene reparar en que la fórmula que emplea este último texto (“deberán tener en cuenta las mejores prácticas de cooperación en asuntos de insolvencia transfronteriza”) no genera un mandato para los Estados miembros, por la propia naturaleza (de mero considerando) del texto⁵⁷.

Es pertinente recordar también que la doctrina había propuesto incluir determinadas directrices como anexo al reglamento; o hacer de ellas el objeto de una recomendación en el sentido del art. 288 TFUE⁵⁸. Aun cuando ello no aportaría valor normativo a lo que, por definición, no lo tiene, sí habría ayudado a una convergencia espontánea en cuanto al instrumento a utilizar por parte de los jueces de los estados miembros. No sería desdeñable en el contexto de la UE, donde la uniformidad es un valor: la incorporación formal en un anexo al reglamento permitiría elevar cuestiones prejudiciales al TJUE acerca de ellas.

La opción del art. 31 *bis* de dejar abierta la concreción de las formas de colaborar presenta la ventaja de la adaptabilidad al caso concreto, en coherencia con la afirmación común según la cual no hay un modelo que valga para todos los supuestos. Incide en este sentido el que en la Propuesta no se formulen si quiera pautas acerca de cómo proceder en relación con las “mejores prácticas” a las que se refiere el Considerando nº 20: por ejemplo, cómo se articula la decisión de adoptarlas: *motu proprio*, o a solicitud de las partes; con carácter general, i.e., previo a cualquier procedimiento, o caso por caso; cuáles, total o parcialmente; de distintos cuerpos, o sólo de uno... Sin duda, esta flexibilidad es pertinente en el marco en que nos encontramos. Al mismo tiempo, va acompañada de desven-

⁵⁶ Vid. la observación en P. Busch, A. Remmert, S. Rüntz y H. Vallender, p. 423.

⁵⁷ A lo que se suma que la obligación es de “tener en cuenta”.

⁵⁸ U. Ehricke, pp. 86–87, para lo primero; B. Wessels, 2012, par. 10855g, con referencias, para lo segundo.

tajas, especialmente si nos situamos en la perspectiva de un juez para quien la colaboración internacional no sea algo común, y para quien las *Guidelines* y *principles* pueden aparecer, de entrada, como un “cuerpo extraño” de valor jurídico incierto; difíciles de conciliar con sus praxis habitual (especialmente las que están concebidas para un entorno geográfico y jurídico distinto); e incluso de legitimidad discutible.

F) Limitaciones prácticas

La comunicación y, por ende, la cooperación entre tribunales en supuestos transfronterizos, ya sean de insolvencia ya de otro orden, siempre ha tropezado con dificultades de tipo práctico. Es tópico (pero real) la referencia al idioma, la imposible traducción de términos jurídicos, la falta de la infraestructura necesaria, desconfianza en los interlocutores⁵⁹, dudas a la hora de identificar quién es el corresponsal adecuado⁶⁰; falta de química entre los partícipes, o de habilidad de los jueces para comunicar entre sí directamente⁶¹.

El art. 31 *bis* aborda alguno de estos problemas: por ejemplo, cuando alude en el punto primero al nombramiento de un intermediario. Un intermediario posee la ventaja de actuar como filtro y amortiguador recíproco de las intervenciones de los jueces implicados, lo que ayuda a paliar el temor a la influencia de uno sobre otro; y puede servir también como comunicador entre ambos, cuando su entendimiento sea imposible por razones de carácter personal o de falta de dominio de un idioma común. Otros aspectos, como la falta de confianza, no pueden ser resueltos desde un instrumento de la UE —aunque sí abordados a través de actuaciones genéricas de promoción del conocimiento recíproco de los diferentes sistemas jurídicos, e incluso de las personas, a través de las redes, encuentros, etc—. Lo mismo ocurre con la falta de familiaridad con la cooperación, que es generalizada con la excepción del RU. De ella como problema práctico se pasa fácilmente a dudas conceptuales. Por poner un ejemplo: ¿cuál es la naturaleza de un protocolo?; ¿cuál el régimen aplicable al mismo en caso de contestación ante el juez de un Estado miembro?; ¿en qué se convierten las *Guidelines* que son incorporadas a un protocolo que luego aprueba un juez?; o, en relación

⁵⁹ En este sentido es interesante recordar que en algunos países la supervisión de la administración de la insolvencia se encomienda a jueces legos.

⁶⁰ P. Busch, A. Remmert, S. Rüntz y H. Vallender, pp. 419–420.

⁶¹ Vid. la respuesta de Suecia al cuestionario para el Informe Heidelberg–Viena. Vid. en Europa *Bank Handlowy w Warszawie SA PPHU “ADAX”/Ryszard Adamiak y Christianapol sp. z o.o.*, as. C–116/11, de 22 noviembre 2012. El tribunal polaco se dirigió al tribunal de comercio de Meaux para que le indicara si el procedimiento de insolvencia ante él, principal a los efectos del reglamento, seguía pendiente. La respuesta parece bastante simple y, sin embargo, la del tribunal francés no aportó la aclaración necesaria y el homólogo polaco recurrió a un experto.

con el manejo del material recibido desde el tribunal extranjero (*v.gr.*, informando sobre el contenido, vigencia y aplicación de la ley local), ¿qué tipo de “producto jurídico” es?.

Otros obstáculos prácticos se ligán a los diferentes roles de los tribunales en los distintos sistemas jurídicos que las leyes nacionales sobre insolvencia atribuyen a los tribunales, en términos de grado y de protagonismo: dependiendo del sistema en juego, los jueces de la insolvencia son más o menos activos, y dejan más o menos campo de maniobra a los administradores. En parte, este problema es menor en la medida en que la Propuesta contempla la cooperación entre distintos agentes.

V. Materialización de la cooperación: algunas propuestas

1. Introducción

Una vez el art. 31 *bis* de la Propuesta entre en vigor pasarán a primer plano las dudas sobre cómo satisfacer la obligación que impone: sin ir más lejos, ¿podrá (deberá) el juez español llamar por teléfono a su homólogo extranjero, o responder a una llamada suya? Como hemos indicado, de conformidad con el Considerando nº 20 de la Propuesta, los jueces deberán tener en cuenta las “mejores prácticas de cooperación en asuntos de insolvencia transfronteriza establecidas en los principios y directrices sobre comunicación y cooperación adoptados por las asociaciones europeas e internacionales que trabajan en el ámbito de la legislación sobre insolvencia”. En los apartados que siguen haremos una breve referencia a alguno de estos textos. Dato común a todos ellos es que no pueden (ni quieren) modificar el *status quo*; no otorgan, ni amplían, ni modulan los poderes o facultades previstos en la ley para cada juez de la UE. Existe también una exigencia que es común a todos ellos: su aplicación ha de ser conforme al contexto específico, que es el de la UE⁶².

Una mención aparte merecen los protocolos, instrumentos “estrella” de la cooperación en la insolvencia transfronteriza, a los que alude expresamente el art. 31 *bis*. Sobre ellos pesan interrogantes que sin duda se plantearán a los tribunales europeos.

2. Las “mejores prácticas”

El número de textos existentes ideados con la finalidad de promover y facilitar las relaciones en los casos de insolvencia transfronteriza son muchos; los oríge-

⁶² Lo que puede implicar la necesidad de descartar determinadas *Guidelines* por incompatibilidad o inadaptabilidad.

nes son diversos. Cabe citar entre los más relevantes el Concordato de la *International Bar Association*, de 1995; las llamadas “*Co-Co Guidelines*” elaboradas por B. Wessels y M. Virgós en 2007 (si bien sólo la n° 16 se dirige explícitamente a los jueces); la ley Modelo Uncitral de 1997 (arts. 25 a 27, y las guías elaboradas para explicar su aplicación (especialmente, la *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, de 2010); las elaboraciones del *American Law Institute* (los *ALI Principles of Cooperation in Transnational Insolvency Cases Among Member States of the NAFTA*, y las *Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-border Cases*, de 2000); también, con el *International Insolvency Institute* (*Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases* de 2012, completados con *Guidelines for Court-to-Court Communication*).

En Europa hay que mencionar los trabajos en curso dirigidos por B. Wessels, tendentes a elaborar unos Principios (*EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles*, o *JudgeCo Principles*) y unas Directrices (*EU Guidelines for Court-to-Court Communications in Cross-border Cases Guidelines: JudgeCo Guidelines*). Estas últimas reproducen prácticamente en su totalidad las directrices ALI-NAFTA de 2000.

A) Ley Modelo Uncitral y documentación complementaria

El interés por la Ley Modelo Uncitral a la hora de entender y aplicar el art. 31 *bis* de la propuesta viene dado por la inspiración que sin duda ha encontrado la Comisión en aquel texto. Así, en el apartado primero, la referencia a “(Con este fin), los tribunales podrán designar, cuando proceda, a una persona u órgano que actúe siguiendo sus instrucciones”, es de hecho la primera de las mencionadas en el art. 27 de la Ley Modelo. El ap. 3 del art. 31 *bis* acoge los puntos 27.b y c. La referencia expresa a coordinación de las vistas no parece como tal en el art. 27 de la Ley Modelo, pero cabe bajo la cláusula abierta de la letra f). Hay, no obstante, diferencias entre uno y otro texto: el art. 27 alude a la extensión “lo más amplia posible” de la cooperación entre los jueces, y a pesar de que la fórmula fue expresamente recomendada a la Comisión, no ha quedado incluida en el texto⁶³.

Otra divergencia se encuentra en la referencia a los protocolos: conforme al art. 27 Uncitral, “La cooperación (...) podrá ser puesta en práctica (...) en particular mediante: la aprobación o aplicación de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos”, frente al art. 31 *bis* 3 d), “la coordinación *para* la aprobación de los protocolos” (cursiva añadida). No obstante, cabe sostener que aquella idea está comprendida en la fórmula de la propuesta; una lectura estricta

⁶³ Vid. *supra*, epígrafe IV, C).

limitaría el apartado a la coordinación de los órganos judiciales al acto y al tiempo de aprobación⁶⁴.

En cuanto a los documentos complementarios, debe citarse la Guía de Prácticas de la Uncitral sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza, preparada por la Uncitral. La Guía está concebida como complemento para la promoción y uso de la Ley Modelo Uncitral, y en particular de su art. 27, letra (d). En 2006 se inició con este objetivo la tarea de compilar información sobre la experiencia práctica relativa a la negociación y uso de los protocolos, mediante consultas a jueces y prácticos en materia de insolvencia. El texto fue adoptado en 2009 e ilustra sobre la resolución de dificultades en casos transfronterizos a través de protocolos. Es preciso señalar que la Guía y sus ejemplos no son inmediata y en todo caso trasladables al contexto europeo: bien sea porque aluden a posibilidades que ya contempla el reglamento como obligaciones (así, el reconocimiento de decisiones), bien porque se trata de opciones descartadas por este (la elección de foro, o de la ley aplicable a la insolvencia, por las partes). Conviene además tener presente que la mayoría de los supuestos descritos implicaba a dos jurisdicciones de *common law*. En cualquier caso, conviene recordar que la Guía no tiene la pretensión de ser prescriptiva.

B) *Guidelines del American Law Institute (2000)*

En 2000, el *American Law Institute* elaboró 17 Directrices para la comunicación entre jueces en casos de insolvencia transfronteriza entre los países parte en el NAFTA. Su objetivo es promover la coordinación y la armonización de los procedimientos que implican a más de un país, a través de la comunicación de los tribunales, sin perder de vista los derechos procesales de las partes involucradas. La flexibilidad es una de sus características esenciales: el tribunal que desee utilizar las Directrices puede hacerlo en todo o en parte, e introducir en ellas las modificaciones que estime necesarias. Esta idea ha trascendido a los documentos posteriores que se han inspirado en ellas. Además, las *Guidelines* fueron concebidas como un instrumento dinámico, en el sentido de que es posible adaptarlas y modificarlas para que encajen mejor en las circunstancias del caso concreto; y también, de que pueden cambiar y evolucionar a medida que se gana experiencia en trabajar con ellas. No obstante, en aras de la seguridad jurídica se prevé que las Directrices sean objeto de una adopción formal previa a su empleo, y que la misma sea comunicada a los interesados siguiendo las mismas

⁶⁴ No es una cuestión banal: aparte de por la importancia general del factor tiempo en estos casos, porque es frecuente que cada tribunal supedite la aprobación del protocolo a que lo haga la otra jurisdicción. En segundo término, no es raro que se elaboren protocolos para diferentes momentos y estadios del mismo supuesto: así, uno al comienzo, para asignar tareas y diseñar una administración cooperativa, y otro al final, para la distribución de activos.

reglas que serían utilizadas para la comunicación de otras decisiones relativas al procedimiento. A fin de asegurar que las partes (jueces, abogados, administración concursal) no se ven sometidas a diferentes estándares de conducta, se admite la adopción por un tribunal supeditada a que también tenga lugar por parte de todas las jurisdicciones implicadas. Por supuesto, la aplicación de las *Guidelines* está supeditada a su coherencia con los procedimientos locales y las reglas éticas vigentes.

Como hemos indicado, el interés de las ALI de 2000 para Europa radica en su reproducción, prácticamente total, en lo que probablemente sea en el futuro un documento de referencia en la práctica de la insolvencia transfronteriza: el estudio dirigido por B. Wessels cuyo borrador se ha publicado en línea en marzo de este año⁶⁵, y que han sido bautizadas de forma abreviada como *JudgeCo Guidelines*. En este sentido es importante señalar que las Directrices, aún previstas para el marco concreto del NAFTA, no pretendían quedar limitadas a él⁶⁶. La práctica de las Directrices es amplia y podrá servir de referencia a los jueces europeos: por un lado, porque se emplean en países cuyas reglas procesales divergen, en ocasiones de manera importante, en lo relativo a la comunicación con y entre tribunales⁶⁷; por otro, porque es ya rutina su incorporación a protocolos en supuestos que implican a EE UU, México y/o Canadá⁶⁸.

3. El protocolo como materialización de la cooperación

El art. 31 *bis* ap. 3 alude en su número tercero a la coordinación de los tribunales para la aprobación de los protocolos. De esta forma se hace patente de forma expresa la actitud favorable a estos instrumentos como vías para diseñar entornos de cooperación, en los que los tribunales pueden verse implicados en distintas formas. Para ellos los protocolos presentan interés ante todo en la medida en que incluyen previsiones sobre la forma en que las partes conciben su interacción, en el ejercicio de sus poderes o facultades sobre los casos sobre los que conocen.

En general, se entiende por protocolo un mecanismo para alinear procedimientos de insolvencia, o medidas previas a estos, en situaciones insolvencia transfronteriza. El acuerdo se concluye en el curso de una pluralidad de procedimientos, con el fin de superar determinados obstáculos legales o fácticos. El

⁶⁵ Vid. *supra* nota al pie nº 24.

⁶⁶ Vid. Prólogo, pp. iii–iv.

⁶⁷ Suele hacerse referencia a la práctica generalizada en México de la comunicación *ex parte* (esto es, sin noticia a la otra parte) con el tribunal, mientras que en Canadá y EE UU requiere la notificación a ambas y la adopción de las pertinentes salvaguardas.

⁶⁸ Hasta el punto de que se ha formulado la pregunta sobre su carácter de fuente del Derecho, como costumbre internacional: B. Wessels, 2008, párr. 48.

uso de acuerdos o protocolos negociados entre las partes, que introduce el contractualismo en el ámbito de la insolvencia⁶⁹, data de la década de los 90. El primer mayor protocolo moderno fue el concluido en el asunto *In re Maxwell Communication Corp.*: los jueces de cada una de las jurisdicciones implicadas (EE UU, UK) fueron quienes plantearon la oportunidad de un protocolo entre las dos administraciones de la insolvencia; ellos no llegaron a comunicarse entre sí⁷⁰. Uno de los primeros protocolos adoptados en Europa del que se tiene noticia es el de 1 junio 2006, en el caso *Sendo*, bajo el título “*Protocol Agreement for the Coordination of a Main Insolvency Proceeding with a Secondary Insolvency Proceeding filed in Conformity with European Regulation n° 1346/2000 of May 2000*”, en relación con procedimientos abiertos en el RU (principal) y Francia (secundario). Fue firmado por los representantes del procedimiento principal (en el RU) y secundario (en Francia) ante el Juez del tribunal de comercio de Nanterre (Francia)⁷¹.

La mención del art. 31 *bis* a los protocolos presupone que el juez está facultado para reconocer este tipo de instrumento, o para sugerir su uso a las partes; esto es, el precepto no confiere esa facultad. Lo mismo sucede en relación con el contenido del protocolo y qué cabe pactar (las partes) y aprobar (los tribunales). Actualmente existe en Europa un debate a propósito de la facultad de los administradores concursales y los tribunales de utilizar protocolos⁷². En realidad, no es frecuente entre los tribunales implicados⁷³; más verosímil resulta que incentiven su realización. Por otra parte, es usual que el protocolo sea presentado a los tribunales para su aprobación: lo que tiene sentido sobre todo cuando el documento diseña el marco de la cooperación entre los tribunales e incluye instrucciones que ellos deberán implementar. Se entiende que la aprobación de los tri-

⁶⁹ No está claro sin embargo cuál es la naturaleza de los protocolos, ni, en consecuencia, cuál es su régimen jurídico. B. Wessels, 2012, párr. 10855p), refiriéndose a Uncitral, los califica de contratos; párr. 10855q, sostiene que se encuentran comprendidos en el ámbito del Reglamento (CE) n° 593/2998, Roma I.

⁷⁰ *In re Maxwell Communications Corp.*, 170 BR 802 (Bankr SDNY 1994); 93 F 3d 1036 2d Circuit (1996).

⁷¹ El texto del protocolo puede ser consultado en <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1734.html>. Aunque el protocolo es un instrumento típico en las jurisdicciones de *common law*, también hay ejemplos de uso por otras jurisdicciones: *vid.* Anexo I de la Guía Uncitral

⁷² Lo evoca M. Reumers, “Cooperation between Liquidators and Courts in Insolvency Proceedings of Related Companies under the Proposed Revised EIR”, *European Company and Financial L. Rev.*, 2013, pp. 554–592, p. 561. La facultad del juez alemán de aprobar protocolos es negada expresamente en Alemania: E. Braun, A. Tashiro, “Cross-border Insolvency Procol Agreements between Insolvency Practitioners and their Effect on the Rights of Creditors”, accesible en <http://www.iiiglobal.org>.

⁷³ J.L. Westbrook, p. 573: en realidad comporta negociación entre las partes, y la comunicación no es directa entre tribunales. B. Wessels, 2012, par. 10334^a, alude no obstante a protocolos en los que también han sido partes los tribunales (y no sólo los administradores).

bunales da lugar a una forma superior de cooperación⁷⁴, si bien no está claro cómo trasciende (qué añade) al protocolo en tanto que acuerdo entre privados; para algunos autores supone la transformación del contrato en una orden del tribunal⁷⁵.

Como es evidente, los tribunales europeos no podrán aceptar un protocolo cuyo contenido altere aspectos no dispositivos conforme al propio reglamento comunitario, como la competencia judicial o la ley aplicable; pero incluso dentro de estos márgenes el protocolo aparece como un instrumento privilegiado. Con todo, no es siempre interesante: depende del caso concreto y, en particular, de cuáles serán los costes asociados a la negociación. Aparte de ello, el protocolo ha sido criticado por varios motivos: como vía de composición permite a los tribunales eludir las cuestiones más difíciles, y por tanto, se pierde la oportunidad de decisiones revolucionarias; igualmente, da lugar a soluciones diferentes para problemas similares, generando incoherencia que no existirían si el legislador se ocupara de ellas. Se critica también que en general sólo se ocupan de aspectos procedimentales (como coordinación de las audiencias de las diversas jurisdicciones; de los procedimientos relativos a la venta del patrimonio; a la recuperación de los beneficios por parte de los acreedores; a la interposición de demandas...), y no de los sustantivos⁷⁶.

VI. Conclusiones

Recientemente se ha dicho que “*Communication and coordination of cross-border insolvency cases, either by courts and /or insolvency office holders, in the first decade of the 21st century has clearly become the paradigm in solving questions in cross-border insolvency matters*”⁷⁷. Al menos en lo que respecta a Europa la afirmación es prematura. A la luz de los documentos de la Comisión, Parlamento y Consejo a los que hemos tenido acceso, el nuevo reglamento contará con un art. 31 *bis* (o art. 31 a), de tenor similar al propuesto originalmente por la Comisión. La norma es el primer paso hacia la coordinación judicial en materia de procedimientos transfronterizos de insolvencia: proporcionará una cobertura legal que en Europa es necesaria. Sólo algunos países disponían de una regla o –cabía defender que no la necesitaban. El art. 31 *bis* aportará la previsión legal hasta ahora ausente en un buen número de ordenamientos que posibilita (obliga) que los tribunales, en el ejercicio de sus poderes en relación con la ad-

⁷⁴ *Ibid.*, 2012, par. 10115a.

⁷⁵ *Ibid.*, 2012, par. 10855p.

⁷⁶ Por todos, *ibid.*, 2008, par. 35.

⁷⁷ B. Wessels, I. Fletcher, comentando los ALI/III Principles of Cooperation in Transnational Cases, Archivo on line: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/36/5303.html>, p. 87.

ministración de casos ante ellos, interactúen y se relacionen con otros que intervienen en litigios en relación con el mismo deudor.

Dado este paso quedará aún mucho por hacer. El texto es parco en directrices, y la experiencia europea en comunicación y cooperación judicial directa es –con la salvedad del RU– limitada. El art. 31 *bis* consagra una fórmula flexible, abierta a la incorporación *ad hoc* de pautas previstas en instrumentos de *soft law* y adaptable a diferentes sistemas procesales. Presumiblemente, este camino suscitará menos rechazo que otras aproximaciones rígidas; pero no está exento de problemas, que empiezan en la incertidumbre de quienes deben aplicarlo, y terminarán en una aplicación diferenciada del precepto según cuáles sean los países afectados por la insolvencia. La falta de diseño legal sobre los pasos precisos a seguir puede ser un problema irresoluble: “Some judges in the civilian system who are particularly shy about cooperation may find that this mandatory duty isn’t enough without the provision being fleshed out in terms of changes of civil procedural rules or changes of the rules of court to accommodate types of cooperation that haven’t been institutionalized in that system”⁷⁸. La creatividad de cada juez, su mayor o menor ingenio, así como su voluntad de cooperar, pasan a primer plano. Los protocolos acordados por todas las partes interesadas y aprobados por los tribunales implicados están llamados a jugar un papel central en este contexto. Por lo demás, la práctica se adquirirá practicando.

Bibliografía

- Braun, E. y A. Tashiro: “Cross-border Insolvency Procol Agreements between Insolvency Practitioners and their Effect on the Rights of Creditors”, accesible en <http://www.iiiglobal.org>.
- Busch, P., A. Remmert, S. Rüntz y H. Vallender: “Kommunikation zwischen Gerichten in grenzüberschreitenden Insolvenzen – Was geht und was nicht geht”, *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NIZ)*, 2010, pp. 417–430.
- De Carl Adler, L.: “Managing the Chapter 15 Cross-Border Insolvency Case – A Pocket Guide for Judges”, Federal Judicial Center, 2011, [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/AdlerChap15.pdf/\\$file/AdlerChap15.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/AdlerChap15.pdf/$file/AdlerChap15.pdf), pp. 20–23.
- Ehricke, U.: “The Role of Courts in Cross-Border Insolvency cases”, en *Comparative and International Insolvency Law. Central Themes and Thoughts* (A. Verweij y B. Wessels), Nottingham, París, Insol Europe, 2010, pp. 83 ss.
- Fairley, J.M., B. Leonard y J.N. Birch: “Cooperation and Coordination in Cross-Border Insolvency Cases”, ponencia presentada a la INSOL International (Annual Regional Conference), 2006, publicada en la website del International Insolvency Institute: www.iiiglobal.org.

⁷⁸ P. Omar, “On the Origins and Challenges of Court-to-Court Communication in International Insolvency Law”, *Papers from the Honours Class “Comparative and International Insolvency Law”*, Leiden Law School, Marzo–Junio 2009, publicados por A. Verweij, B. Wessels (eds.), Nottingham, París, INSOL Europe, pp. 70–75.

- Garcimartín Alférez, F.J.: publicada en <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com/2014/03/la-recomendacion-de-la-comision-europea.html>, el 25 marzo 2014, sobre la *Recomendación sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*, COM(2014) 1500 final.
- Jongeneel, H.: "Cross-Border Co-operation for Courts and Administrators", en B. Wessels, P. Omar (eds.), *Crossing (Dutch) Borders in Insolvency*, Nottingham, Paris, INSOL Europe, 2009, pp. 97–102, p. 101.
- Kirby, M.: "Transnational Judicial Dialogue, Internationalisation of Law and Australian Judges", *Melbourne J. Int'l L.*, 9, 2008, pp. 171 ss.
- McCormack, G.: "Reforming the European Insolvency Regulation: a Legal and Policy Perspective", *J. Priv. Int'l L.*, 2014, pp. 41 ss.
- Moss, G.: "Viennese Waltz for Two Main Proceedings: The Stojevic Saga", *Insolv. Int.*, 2005, 18(9), pp. 141–143.
- Oberhammer, P.: "Coordination of Proceedings", en B. Hess, P. Oberhammer, T. Pfeiffer (eds.), *Heidelberg–Luxembourg–Vienna Report on the application of Regulation N° 1346/2000 on Insolvency Proceedings*, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2014.
- Omar, P.: "On the Origins and Challenges of Court-to-Court Communication in International Insolvency Law", Papers from the Honours Class "Comparative and International Insolvency Law", Leiden Law School, marzo–junio 2009, publicados por A. Verweij, B. Wessels (eds.), Nottingham, Paris, INSOL Europe, pp. 70–75.
- Paulus, C.: "Judicial Cooperation in Cross-Border Insolvencies. An outline of some relevant issues and literature", en http://siteresources.worldbank.org/GILD/Resources/GJF2006JudicialCooperationinInsolvency_PaulusEN.pdf.
- Requejo Isidro, M.: "Quelle communication des juges dans l'application de la loi étrangère?", en S. Menetrey (ed.), *Le dialogue des Juges*, Larcier (próxima publicación).
- Reumers, M.: "Cooperation between Liquidators and Courts in Insolvency Proceedings of Related Companies under the Proposed Revised EIR", *European Company and Financial L. Rev. (ECFR)*, 2013, pp. 554–592.
- Schlosser, P.: "Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation", *Recueil des Cours*, t. 284, 2000, pp. 9–428.
- Spiegelman, J.J.: "Cross-Border Insolvency: Cooperation or Conflict", ponencia presentada a la INSOL International (Annual Regional Conference), 2008, publicada en la website del International Insolvency Institute: www.iiiglobal.org.
- Torrallba Mendiola, E.: "Levantamiento de un embargo preventivo decretado en el extranjero sobre bienes de la concursada española: los problemas derivados de la ausencia de uniformidad de soluciones", *Anuario de Derecho Concursal*, n° 28/2013, pp. 357–373.
- Trower, W.: "Court-to-Court Communication – the Benefits and Dangers", *International Corporate Rescue*, 2007, pp. 111 ss.
- Vallender, H.: "Judicial Cooperation within the EU Insolvency Regulation", comunicación presentada con motivo de la conferencia "Crossing (Dutch) Borders in Insolvency", 5–6 Junio 2008, en www.insol_europe.org.
- Wessels, B.: *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwers, 2012.
- Wessels, B.: *Judicial Cooperation in Cross-Border Insolvency Cases*, Wolters Kluwer, 2008.
- Westbrook, J.L.: "International Judicial Negotiation", *Tex. Int'l L.J.*, vol. 38, 2003, pp. 567 ss.
- Zumbro, P.H.: "Cross-Border Insolvencies and International Protocol– An Imperfect but Effective Tool", *Bus. L. Int'l*, 11, 2010, pp. 157 ss.

LA REFUNDICIÓN DEL REGLAMENTO DE INSOLVENCIA EUROPEO Y LOS GRUPOS DE EMPRESAS DE TERCEROS ESTADOS *

Nicolò NISI **

SUMARIO: I. Consideraciones introductorias. II. Las nuevas reglas sobre grupos de sociedades en la refundición del REI. III. La relevancia de los grupos de sociedades en terceros Estados. IV. Consolidación procesal: el caso de filiales no UE de grupos UE. V. Consolidación procesal: el caso de filiales UE de grupos no UE. VI. Coordinación y cooperación con tribunales no UE: ¿extensión de las reglas del REI o adopción de la Ley de Uncitral? VII. Conclusiones.

RESUMEN: En diciembre de 2012, la Comisión Europea presentó una propuesta de refundición del Reglamento de insolvencia Europeo (REI), que prevé dos nuevos considerandos y un nuevo capítulo dedicado expresamente a los grupos de empresas. Sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza verdaderamente internacional de esta cuestión y, por otro lado, la limitación del ámbito de aplicación del REI únicamente a los casos dentro de la UE, el enfoque seguido en el mismo es sustancialmente erróneo porque no tiene en cuenta el creciente número de casos de insolvencia de grupos que tienen conexiones significativas con terceros Estados. En este contexto, el presente trabajo se propone investigar cual es la solución más adecuada, a nivel europeo, para el tratamiento de los grupos de sociedades que están parcialmente localizados en terceros Estados y quedan fuera del alcance actual del REI. En particular, dos situaciones diferentes deben abordarse: el tratamiento de las filiales de grupos de la UE no pertenecientes a la UE y el tratamiento de las filiales de grupos no comunitarios de la UE. Por último, las diferentes opciones que se tomen en cuenta a fin de proporcionar lo tanto, con respecto a los grupos no dentro de la UE las mismas herramientas de coordinación y cooperación previstas en el REI.

PALABRAS CLAVE: REGLAMENTO N° 1346/2000 – GRUPOS DE EMPRESAS – CENTRO DE LOS INTERESES PRINCIPALES – LEY MODELO DE LA UNCITRAL – TERCEROS ESTADOS.

* Traducción del inglés a cargo de Ángel Espiniella Menéndez (Universidad de Oviedo). Este trabajo fue escrito durante una estancia de investigación en el *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* de Hamburgo, cuya hospitalidad quiero reconocer y agradecer expresamente. También mi agradecimiento a la Fondazione Cariplo Mobility Grant por financiar mi participación en el VIII Seminario Internacional de Derecho internacional privado en la Universidad Complutense de Madrid, los días 8 y 9 mayo 2014.

** Estudiante predoctoral. Universidad Bocconi, Milán

ABSTRACT: In December 2012, the European Commission presented a proposal for the amendment of the European Insolvency Regulation (EIR), which provided for two new recitals and a new chapter expressly dedicated to groups of companies. However, considering the truly international nature of this issue and, on the other hand, the limitation of the scope of application of the EIR only to intra-EU cases, the approach therein followed is substantially flawed because it fails to take into account an increasing number of insolvency group cases which have material connections with third States. Against this backdrop, this paper intends to investigate which is the most suitable solution, at the European level, for the treatment of corporate groups which are partially located in third States and then fall outside the present scope of the EIR. In particular, two different situations need to be tackled: the treatment of non-EU subsidiaries of EU groups and the treatment of EU subsidiaries of non-EU groups. Finally, different options are taken into account in order to provide also with regard to non-intra-EU groups the same tools for coordination and cooperation envisaged within the EIR.

KEYWORDS: COUNCIL REGULATION NO. 1346/2000 – GROUPS OF COMPANIES – CENTER OF MAIN INTERESTS – UNCITRAL MODEL LAW – THIRD STATES.

I. Consideraciones introductorias

La administración de procedimientos de insolvencia que afectan a grupos multinacionales de empresas consistentes en personas jurídicas constituidas en diferentes países es uno de los problemas más importantes, y todavía no resuelto adecuadamente, de la insolvencia transfronteriza¹. En efecto, ni la Ley Modelo de Uncitral² (la “Ley Modelo”) ni el Reglamento europeo de insolvencia³ (REI) contienen reglas específicas sobre la insolvencia de un grupo de empresas u ofrecen alguna forma de cooperación entre procedimientos de sociedades relacionadas, disminuyendo a menudo las perspectivas de una reestructuración exitosa del grupo en su conjunto y reduciendo el valor de los activos del grupo⁴.

Como es sabido, esta laguna ha sido suplida por algunos tribunales nacionales, los cuales, con el fin de lograr una administración eficiente de los procedi-

¹ En efecto, la gran mayoría de casos relacionados con el REI y con el Capítulo 15 estadounidense versa sobre grupos de sociedades, cf. N. Wouters y A. Raykin, “Corporate Group Cross-Border Insolvencies Between The United States & European Union: Legal & Economic Developments”, *Emory Bankruptcy Developments Journal*, 2013, p. 399.

² U.N. Commission on International Trade Law, *Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment*, U.N. n° E. 99, vol. 3, 1997. A día de hoy las legislaciones de veinte países se han basado en la Ley modelo, entre ellas las más importantes son Estados Unidos (2005) y el Reino Unido (2006).

³ Virgós-Schmit Report, párr. 76: “The Convention offers no rule for groups of affiliated companies (parent-subsidiary schemes). The general rule to open or to consolidate insolvency proceedings against any of the related companies as a principal or jointly liable debtor is that jurisdiction must exist according to the Convention for each of the concerned debtors with a separate legal entity”. Para explicar tal silencio, vid. A. Mazzoni, “Cross-border Insolvency of Multinational Groups of Companies: Proposals for an European Approach in the Light of the Uncitral Approach”, *Dir. comm. int.*, 2010, p. 756; y B. Wessels, “The Ongoing Struggle of Multinational Groups of Companies under the EC Insolvency Regulation”, *European Company Law*, 2009, p. 175.

⁴ Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No. 1346/2000 on insolvency proceedings, SWD (2012) 416 final, p. 15.

mientos, han atribuido a la noción de “centro de los intereses principales” (COMI en inglés) significados bastante distintos que se han resumido en la definición y tesis de la “administración principal”: en otras palabras, han adoptado un mecanismo de acumulación procesal (procedural consolidation)⁵ de procedimientos concernientes a sociedades pertenecientes al mismo grupo, con base en que el COMI de todas las sociedades estaba localizado en el país en el que se hallaba la administración del grupo, considerando este lugar como el centro de gestión y control del grupo y, por tanto, asegurando la reestructuración coordinada de las actividades a través de una venta o una reorganización globales⁶.

Sin embargo, el TJUE no ha seguido estos antecedentes y ha preferido la tesis de la “entidad jurídica separada”, de modo que cada deudor, independientemente de si pertenece a un grupo de sociedades en crisis, queda sujeto a un procedimiento de insolvencia autónomo y separado. De hecho, el TJUE clarificó no solo que “cada deudor constituye una entidad legal distinta sujeta a la jurisdicción de sus propios tribunales”⁷ sino también que “cuando una sociedad desarrolla sus actividades en el territorio de un Estado miembro donde tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz en otro Estado miembro no es suficiente para rebatir la presunción establecida por el Reglamento”⁸. Además, en una decisión posterior, el TJUE clarificó que, dado que el COMI debe determinarse dando

⁵ La consolidación procesal consiste en unificar procedimientos de insolvencia contra entidades separadas del grupo, con distintos grados de coordinación en la administración de múltiples procedimientos abiertos contra las sociedades del grupo. Este mecanismo de consolidación no plantea ningún problema a la entidad legal, desde el momento en el que las responsabilidades y activos siguen estando separados, preservando la integridad e identidad de los miembros individuales del grupo.

⁶ Vid. High Court of Justice Leeds, *Re Daisytek-ISA Ltd*, [2003] B.C.C. 562 (Ch D) = [2004] B.P.I.R. 30; Tribunale di Roma, 14 agosto 2003, en *Riv. dir. int. priv. pr.*, 2004, pp. 685 ss, y 26 noviembre 2003, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2004, pp. 691 ss. (Cirio); Tribunale di Parma, 4 febrero 2004, en *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2004, p. 1062, y 20 febrero 2004, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2004, pp. 693 ss. (Parmalat); Tribunal de Múnich de 4 mayo 2004, *ZIP*, 2004, p. 962 (Hettlage); High Court of Justice Birmingham, *Re MG Rover Ireland Ltd. et al*, [2005] EWHC 874 (Ch D); High Court of Justice (Chancery Division Companies Court) 15 Jul. 2005, [2005] EWHC 1754 (Ch) (*Collins & Aikman Europe SA*); Tribunal Comercial de Nanterre de 15 febrero 2005 (EMTEC), *Dalloz*, 2006, A.J., 651; Tribunal de Comercio de París, D. 2006, Jur. 2329, confirmada por la Corte Comercial de París de 15 enero 2007, D. 2007, A.J., 313, y por la Corte de Apelación de París de 29 noviembre 2007 (*Eurotunnel*). Vid. también otra decisión mencionada en B. Hess, P. Oberhammer y T. Pfeiffer, *European Insolvency Regulation. The Heidelberg–Luxembourg–Vienna Report*, Múnich, 2014, pp. 948 ss. En esta línea, vid. I. Mevorach, “Jurisdiction in insolvency – a study of European courts’ decisions”, *J. Priv. Int’l L.*, 2010, pp. 341 ss. Es interesante destacar que, bajo el *US Bankruptcy Code*, puede solicitarse un procedimiento donde la sociedad tiene su domicilio, residencia o principal centro de negocios en EE UU, o donde una sociedad filial ya ha solicitado un procedimiento, cf. 28 USC § 1408.

⁷ As. C–341/04, *Eurofood IFSC Ltd* [2006] ECR I–1078, párr. 30; as. C–191/10, *Rastelli* [2011] todavía no publicado oficialmente, párr. 25.

⁸ As. *Eurofood IFSC Ltd*, párr. 36.

prioridad al lugar en el que la sociedad tiene su administración central, la presunción a favor del domicilio social puede ser rebatida cuando, desde “una valoración de conjunto de todos los factores relevantes”, es posible establecer “de alguna manera que es reconocible por terceros, que el centro fáctico de gestión y supervisión de los intereses de la sociedad” está localizado en un Estado miembro distinto al de su domicilio social⁹.

Recientemente, en diciembre de 2012, la Comisión Europea presentó su propuesta para la reforma del REI¹⁰, que ofrece dos nuevos considerandos y un nuevo capítulo expresamente dedicado al tratamiento de los grupos de sociedades¹¹. Sin embargo, dado que el ámbito de aplicación del REI está limitado a casos intra-UE, es dudoso que el planteamiento seguido por la Comisión Europea sea realmente el mejor posible para tratar con un problema que es por definición internacional y no limitado al territorio de la UE.

El problema es que, además de la limitación a casos intra-UE y de la falta de cualquier tipo de vocación extraterritorial del REI, aparece un número creciente de casos de insolvencia que involucran a grupos que tienen conexiones materiales con terceros Estados: efectivamente, a menudo la sociedad matriz última está en EE UU y puede haber un subgrupo europeo centralizado en el Reino Unido, con una filial principal utilizada como conducto para los negocios en Europa a

⁹ As. C-396/09, *Intel* [2011] ECR I-9915, par. 47-53.

¹⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No. 1346/2000 on insolvency proceedings, COM (2012) 744 final. *Vid.* M. Winkler y P. Fazzini, “La proposta di modifica del regolamento sulle procedure di insolvenza”, *Dir. comm. Int.*, 2013, 141 ss; E. Eidenmüller, “A New Framework for Business Restructuring in Europe: The EU Commission’s Proposals for a Reform of the European Insolvency Regulation and Beyond”, *The Maastricht J. Eur. Comp. L.*, 2013, pp. 142 ss; M. Menjucq, “La proposition de règlement modifiant le règlement (CE) n° 1346/2000 sur les procédures d’insolvabilité : une évolution mais pas de révolution”, *Revue des procédures collectives*, n° 1, Janvier 2013, pp. 18 ss; C. Keller, “Der Vorschlag der Europäischen Kommission zur Reform der EuInsVO”, *NZI*, 2013, pp. 57 ss; G. Moss, “A Very Decent Proposal: the European Commission’s Proposals for Reforming the EC Regulation on Insolvency Proceedings 1346/2000”, *Intelligence Insolvency*, 2013, pp. 55-58; G. McCormack, “Reforming the European Insolvency Regulation: A Legal and Policy Perspective”, *J. Priv. Int’l L.*, 2014, pp. 41 ss.

¹¹ Un problema importante no tenido en cuenta por la refundición es la introducción de una regla especial de impugnación de transacciones intragrupo, *vid.* Uncitral, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part Three: The Treatment of Corporate Groups in Insolvency*, 2010, pp. 48-52; I. Mevorach, “Transaction Avoidance in Bankruptcy of Corporate Groups”, *European Company and Financial L. Rev.*, 2011, pp. 235-258. Por ejemplo, conforme a la § 138 de la InsO alemana, no solo en las relaciones entre matriz-filial, sino también entre todos los miembros del grupo contenidos en la definición de “persona relacionada” con el acto anulable, *cf.* C.G. Paulus, “Ways towards a Group Insolvency Law”, en *Insolvency and Cross-border Groups. Uncitral Recommendations for a European Perspective?*, Quaderni di Ricerca della Banca d’Italia, n° 69, 2011, pp. 42-43.

través de establecimientos y filiales en otros Estados de la UE¹². De un modo más general, un grupo de sociedades puede estar parcialmente localizado en terceros Estados, con algunas filiales o la sociedad matriz por sí misma con su sede fuera de la UE. En este último caso, se originan problemas complejos cuando los activos propiedad de sociedades separadas o las actividades canalizadas a través de diferentes sociedades están deslocalizados en distintos países, algunos de las cuales no son de la UE¹³.

En este contexto, resulta entonces interesante investigar cual es la solución mas idónea —y globalmente factible—, en el nivel europeo, para el tratamiento de grupo de sociedades que están parcialmente localizadas en terceros Estados y que, de este modo, caen fuera del ámbito de aplicación actual del REI.

II. Las nuevas reglas sobre grupos de sociedades en la refundición del REI

De entrada, merece la pena recordar brevemente las principales innovaciones sugeridas por la propuesta de reforma del REI y dirigidas al tratamiento de los grupos europeos de sociedades¹⁴. En resumen, la tesis de la Comisión es mantener la teoría de la entidad separada actualmente aplicable a los procedimientos sometidos al REI¹⁵ y extender la cooperación y comunicación entre tribunales y administradores concursales en relación con diferentes miembros de un mismo grupo, de un modo paralelo a lo que también se propone entre el procedimiento principal y los secundarios¹⁶. En particular, la propuesta introduce una obliga-

¹² Vid. G. Moss, "Group Insolvency—Choice of Forum And Law: The European Experience under The Influence of English Pragmatism", *Brooklyn J. Int'l L.*, 2007, p. 1009; P. Omar, "The Extra-territorial Reach of the European Insolvency Regulation", *Int'l Company & Com. L. Rev.*, 2007, p. 63.

¹³ P. Oberhammer, "Groups of companies", en B. Hess, P. Oberhammer y T. Pfeiffer, *European Insolvency Regulation. The Heidelberg–Luxembourg–Vienna Report*, op. cit., pp. 154–155; H. Eidenmüller y T. Frobenius, "Ein Regulierungskonzept zur Bewältigung von Gruppeninsolvenzen: Verfahrenskonsolidierung im Kontext nationaler und internationaler Reformhaben", *ZIP*, 2013, Beilage zu Heft 22, pp. 14–15.

¹⁴ Vid., en particular, art. 42 bis, 42 ter, 42 quáter y 42 quinquies de la Propuesta, y, en este seminario, G. Vallar, "The Insolvency of Members of a Group of Companies in the Proposal for Amendment of the EIR" (en prensa).

¹⁵ De modo diferente, 2011/2006(INI), 17.10.2011, el Parlamento Europeo en su informe recomienda a la Comisión tratar los procedimientos de insolvencia en el contexto del Derecho europeo societario, Vid. en particular, Parte III dedicado a los grupos de sociedades y sugiriendo que "whenver the functional/ownership structure allows it", los procedimientos deberían abrirse en el Estado miembro donde se halla el centro operacional del grupo.

¹⁶ En general, la Propuesta intenta mejorar la coordinación entre el procedimiento principal y los procedimientos secundarios extendiendo la obligación de cooperar, que actualmente solo se exige a los síndicos, a los tribunales de dichos procedimientos. En consecuencia, los tribunales y los síndicos se verán obligados a cooperar y comunicarse entre sí, cf. M. Reumers, "Cooperation between Liquidators and Courts in Insolvency Proceedings of Related Companies under the Proposed Revised EIR", *Euro-*

ción de coordinar procedimientos de insolvencia relativos a diferentes miembros del mismo grupo de sociedades de forma distinta dependiendo de las circunstancias del caso: por ejemplo, tal cooperación debería tener lugar a través del intercambio de información relevante, cooperación en la elaboración de un plan de rescate o reorganización o coordinando el nombramiento de síndicos que pueden cooperar entre sí. Entre las facultades conferidas a los síndicos la propuesta da a los administradores concursales involucrados en tales procedimientos el derecho a ser oídos en otros procedimientos y de asistir a las juntas de acreedores, además de herramientas procesales para solicitar la suspensión de otros procedimientos y proponer planes de rescate o reestructuración de acuerdo con la ley aplicable a dichos procedimientos. Igualmente, la propuesta menciona expresamente la posibilidad de cooperar por protocolos y reconoce su relevancia en la práctica actual de insolvencia. Sin embargo, de forma muy interesante, la propuesta clarifica que no trata de evitar la práctica existente en relación con grupos de sociedades altamente integrados de cara a determinar si el centro de los principales intereses de todos los miembros del grupo se localiza en un mismo lugar y, en consecuencia, procede abrir los procedimientos en una única jurisdicción¹⁷.

Recientemente, el Parlamento Europeo propuso una solución más ambiciosa respecto de la coordinación y comunicación de procedimiento de insolvencia diferentes y sugirió la introducción de un “procedimientos de coordinación del grupo”, el cual, articulado junto con los procedimientos de insolvencia separados respecto de miembros de un grupo de sociedades, debería reforzar la reestructuración de un grupo y/o sus miembros permitiendo una administración flexible y coordinada de los procedimientos de insolvencia, sirviendo como una referencia de las medidas a adoptar en dichos procedimientos individuales¹⁸. En particular,

pean Company and Financial L. Rev., 2013, pp. 554 ss; y, en este seminario, M. Requejo Isidro, “La cooperación en la propuesta de Reglamento de reforma del Reglamento 1346/2000” (en prensa) Como una cuestión de hecho según K. Siemon y F. Frind, “Groups of Companies in insolvency: A German Perspective. Overcoming the Domino Effect in an (International) Group Insolvency”, *Int'l Insolvency Rev.*, 2013, pp. 61 ss, tiene más sentido ofrecer unas reglas sustantivas sobre los grupos de sociedades, que eviten la insolvencia de todos los miembros del grupo (el llamado efecto dominó) que optimizar y desarrollar las reglas existentes.

¹⁷ Considerando nº 20 *ter* de la Propuesta. Esta posibilidad parece reforzarse por la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Intel* (nuevo considerando nº 13.bis), que en realidad debilita la presunción del COMI, cf. G. McCormack, “Reforming the European Insolvency Regulation: A Legal and Policy Perspective”, *op. cit.*, pp. 49–50; P. Oberhammer, “Groups of companies”, en B. Hess, P. Oberhammer y T. Pfeiffer, *European Insolvency Regulation. The Heidelberg–Luxembourg–Vienna Report*, *op. cit.*, pp. 165–167.

¹⁸ Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 5 febrero 2014 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo reformando el Reglamento (CE) nº 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia [COM(2012)0744 – C7–0413/2012 – 2012/0360(COD)], cf. El nuevo considerando 20.bis y los nuevos arts. 42 bis a *quinquies*. La coordinación de procedimientos del grupo se parece a la Propuesta de INSOL Europe en consideración a un plan europeo de rescate, cf. INSOL

dentro de este procedimiento de grupo, debería nombrarse un coordinador independiente con el objetivo, *inter alia*, (i) de mediar en las controversias originadas entre dos o más síndicos de miembros del grupo y (ii) de presentar un plan de coordinación grupal que identifique y recomiende un conjunto de medidas apropiadas e integradas para la resolución de la insolvencia de los miembros del grupo¹⁹.

III. La relevancia de los grupos de sociedades en terceros Estados

Como hemos mencionado antes, teniendo en cuenta las dificultades relativas a la definición de grupos y las diferentes soluciones en la doctrina legal²⁰, este trabajo intenta aportar algo de luz en el tratamiento de los grupos de sociedades conectados con terceros Estados y, de este modo, llamar la atención sobre la necesidad de una solución globalmente factible, sin ninguna limitación geográfica prefijada²¹.

En realidad, desde la perspectiva de la base legal utilizada para su adopción (art. 65 TCE) y la referencia al funcionamiento adecuado del Mercado interior (considerandos n^{os} 3 y 8), se infiere por lo general que el REI solo abarca procedimientos de insolvencia intra-UE, es decir, solo cubre los efectos intra-UE de los procedimientos de insolvencia y, en general, los conflictos intra-UE²². Por

Europe, *Revision of the European Insolvency Regulation*, 2012, Chapter VI, y sobre este, *vid.* V. van Galen, "International groups of insolvent companies in the European Community", *Int'l Insolvency L. Rev.*, 2012, pp. 385 ss.

¹⁹ La Propuesta del Parlamento Europeo ha sido criticada por G. McCormack, "Reforming the European Insolvency Regulation: A Legal and Policy Perspective", *loc. cit.*, pp. 58–59.

²⁰ Con especial consideración de los grupos de sociedades, *vid.* la ya mencionada propuesta de INSOL Europe, y sobre esta I. Mevorach, "INSOL Europe's Proposals on Groups of Companies (in Cross-Border Insolvency): A Critical Appraisal", *Int'l Insolvency L. Rev.*, 2012, pp. 183 ss; y por S.L. Bufford, "Coordination of Insolvency Cases for International Enterprise Groups: A Proposal", *Am. Bankruptcy L. J.*, 2012, p. 685 ss. *Vid.* también los tratamientos distintos a los que se refiere B. Wessels en "The Ongoing Struggle of Multinational Groups of Companies under the EC Insolvency Regulation", *European Company Law*, August 2009, pp. 169–177; V. van Galen, "International groups of insolvent companies in the European Community", *Int'l Insolvency L. Rev.*, 2012, pp. 379 ss; H. Hirte, "Sechs Thesen zur Kodifikation der Konzerninsolvenz in der EuInsO", *ZInsO*, 2011, pp. 1178–1179; *id.*, "Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups' Insolvencies", *European Company and Financial L. Rev.*, 2008, pp. 213 ss.

²¹ Contra la posibilidad de dejar esta cuestión al DIPr. nacional de forma unilateral, *vid.* A. Mazzoni, "Osservazioni in tema di gruppo transnazionale insolvente", *Riv. dir. soc.*, 4/2007, p. 4.

²² Virgós-Schmit Report, paras. 11 and 44; M. Virgós y F. Garcimartin, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, La Haya, 2004, p. 21, en referencia a la "connexion comunitaria". Este ámbito restringido intra-UE se refleja también en las normas de ley aplicable que, con la excepción de los arts. 6 y 14, se refieren a la ley de un Estado miembro, *cf.* L. Daniele, "Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2002, pp. 47–49.

tanto, de acuerdo con el considerando nº 14, se sostiene que el REI “se aplica solo cuando el centro de los intereses principales este localizado en la Comunidad”²³. Por el contrario, cuando el COMI está localizado fuera de la UE, el REI no se aplica, independientemente del hecho de que el deudor pueda tener un establecimiento u otros activos en la UE. En este último caso, el régimen de DIPr del Estado miembro interesado se aplica a la determinación de la competencia internacional para abrir un procedimiento de insolvencia, creando un complicado régimen dual²⁴.

De lo anterior se deduce que las nuevas reglas sobre grupos de sociedades, tal y como serán incluidas en la refundición del REI, salvo cualquier cambio en su ámbito de aplicación, se aplicarán solo a las sociedad matriz y a las filiales que tengan todos su COMI en un Estado miembro²⁵. Efectivamente, la perspectiva eurocéntrica sobre la que se construye el REI parece poco satisfactoria para tratar un problema que por definición es internacional y no se restringe al territorio de la UE.

A este respecto, debe destacarse que la lógica económica subyacente a la teoría de la “empresa”, es decir, que un grupo a menudo funciona como entidad única funcional y que un planteamiento comprensivo simplificaría la venta de negocios en funcionamiento o la reestructuración del grupo, no cambia depen-

²³ Sin embargo, recientemente el TJUE sostuvo que el REI se aplica también cuando solo el COMI se halla en un Estado miembro y todos los activos están en terceros países, *cf.* as. C-328/12: *Schmid* [2014] todavía no publicado oficialmente, párrs. 19 ss. En ese sentido, antes de esta decisión S. Bariatti, “L’applicazione del regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza”, *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 689 ss.

²⁴ En este punto, la doctrina es unánime, *cf.* L. Fumagalli, “Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza”, *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 686; D. Bureau, “La fine d’un îlot de résistance. Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d’insolvabilité”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2002, p. 621; M. Benedettelli, “‘Centro degli interessi principali’ del debitore e *forum shopping* nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2002, pp. 500–501; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrasco-González, *Derecho concursal Internacional*, 2004, Madrid, Colex, pp. 56–60; J. Israël, *European Cross-Border Insolvency Regulation*, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 252 ss; F. Melin, *Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d’insolvabilité*, Bruselas, Bruylant, 2008, p. 31–32; C.G.Paulus, *Europäische Insolvenzverordnung: EuInsVo Kommentar*, 4ª ed., Frankfurt Am Main, 2013, pp. 156–157.

²⁵ Efectivamente, en la Propuesta de INSOL Europe, el “COMI del grupo” coincide con el COMI de la última sociedad matriz en la UE, es decir, la sociedad dominante que está localizada en la UE y que está sujeta a procedimientos de insolvencia. A este respecto, I. Mevorach, “INSOL Europe’s Proposals on Groups of Companies (in Cross-Border Insolvency): A Critical Appraisal”, *loc. cit.*, p. 189: “*in terms of the geographical location of the group entities (...) the definition fails to take account of situations where all possible parent companies of the group are located outside the EU. Because the definition (and the coordination regime) refers only to entities with COMIs in the EU, it may certainly be the case that the parent company controlling the subsidiary has its COMI outside the EU. In such a case, there will be no relevant ultimate parent within the EU that can coordinate the proceedings*”. En la misma línea, S.L. Bufford, “Coordination of Insolvency Cases for International Enterprise Groups: A Proposal”, *loc. cit.*, p. 705.

diendo del lugar donde los diferentes miembros del grupo estén localizados. Por lo menos en abstracto, está ampliamente aceptado que una centralización –o por lo menos una coordinación más intensa vía una jurisdicción principal– de los procedimientos abiertos en consideración de los diferentes miembros del grupo es beneficiosa en términos de eficiencia económica, especialmente en caso de grupos integrados²⁶, con el fin de maximizar el valor de la empresa en beneficio de los acreedores y de otras partes interesadas, tanto en el caso de reestructuración del grupo a nivel global como de venta de los negocios en funcionamiento, protegiendo de esta forma a los inversores y preservando el empleo²⁷.

En otras palabras, una vez que admitimos que el objetivo y fines de la insolvencia grupal no cambia por el mero hecho de que algunas relaciones del deudor se vinculen con diferentes ordenamientos jurídicos, incluyendo terceros Estados no puede negarse que el único modo de asegurar el completo logro de los objetivos concursales y la coherencia del sistema es aplicar el mismo modelo normativo – en particular, aquel específicamente adoptado en consideración de al grupo de sociedades– también ad extra, es decir, en casos en los cuales se localizan geográficamente en parte fuera de la UE²⁸. Este planteamiento parece haber sido

²⁶ Vid. I. Mevorach, “Centralising Insolvencies of Pan-European Corporate Groups: a Creditor’s Dream or Nightmare?”, *J. Bus. L.*, 2006, p. 468 ss; R. van Galen, “The EIR and Groups of Companies”, *loc. cit.*, p. 2: “In particular, problems arise when the assets owned by separate companies or the activities conducted in separate companies are connected in such a way that splitting up the sales process would cause a considerable loss of value to the assets”. El ejemplo expuesto normalmente es el caso del grupo KPNQwest, que operaba en el sector de la telecomunicación en Europa y a través del Océano Atlántico a través de varios países y que poseía varias filiales del grupo en estos países. En mayo de 2002, la matriz holandesa es sometida a un procedimiento de quiebra como también muchas de sus filiales. En consecuencia, los activos de los componentes del grupo se vendieron de forma separada, algunas veces con precios a la baja, de forma que resultó una venta perjudicial en términos de maximización de valores.

²⁷ Por ejemplo, *vid.* S.L. Bufford, “Coordination of Insolvency Cases for International Enterprise Groups: A Proposal”, *loc. cit.*, pp. 692 ss; I. Mevorach, “Towards a Consensus on the Treatment of Multinational Enterprise Groups in Insolvency”, *Cardozo J. Int’l & Comp. L.*, 2010, 370 ss; J. Sarra, “Oversight and Financing of Cross-Border Business Enterprise Group Insolvency Proceedings”, *Texas Int’l L. J.*, 2009, p. 549 ss. En contra de la centralización en la misma sede de todos los procedimientos relativos a los grupos de sociedades, *vid.* el planteamiento brillantemente explicado por Á. Espiniella, *Procedimientos de insolvencias y grupos multinacionales de sociedades*, 2006, Madrid, Civitas, pp. 41 ss, que sostiene que sería preferible la tesis de la “entidad jurídica separada” acompañada por un modelo de cooperación procesal. La necesidad de cooperación ha sido destacada también por H. Eidenmüller, “Verfahrenskoordination bei Konzerninsolvenzen”, *ZHR*, 2005, pp. 533 ss.

²⁸ Ciertamente, una vez que se elige un punto de conexión adecuado, si este último remite a un país en particular, se necesita atribuir competencia al tribunal tal país, sin limitaciones geográficas a la aplicación del DIPr europeo: *vid.* E. Pataut, “Qu’est-ce qu’un litige “intracommunautaire”? Réflexions autour de l’article 4 du Règlement Bruxelles I”, *Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand*, París, 2003, pp. 371 ss; *id.*, “International jurisdiction and third States: a view from the EC in family matters”, en A. Malatesta, S. Bariatti y F. Pocar (eds.), *The External Dimension of EC Private International Law*, cit, 129–130; M. Fallon, “Approche systématique de l’applicabilité dans

tenido en cuenta por el Parlamento Europeo, que, en su reciente Resolución sobre la modificación del REI, ha propuesto introducir un nuevo considerando señalando que “los Estados miembros deberían también poder introducir previsiones sobre la insolvencia de los grupos de sociedades dentro de su jurisdicción que vayan más lejos que las previsiones del Reglamento y que no afectan la eficiente y efectiva aplicación de este Reglamento”²⁹. Esta frase, en nuestra opinión, es una indicación evidente de la necesidad de una visión global y comprensiva del problema, con el fin de cumplir los objetivos de administración eficiente del procedimiento de insolvencia abierto en relación con sociedades relacionadas.

Como consecuencia de lo expuesto, es necesario seguir un enfoque en dos niveles: por un lado, es interesante investigar si, en consideración a los grupos de sociedades parcialmente localizadas fuera de la UE, todavía es posible seguir la solución mayormente aceptada por los tribunales nacionales de la UE, es decir, la consolidación o acumulación procesal. En particular, merecen abordarse por lo menos dos situaciones a las que el REI –también en su versión reformada– no presta atención: el tratamiento de filiales no UE de grupos UE y el tratamiento de filiales UE de grupos no UE³⁰. Por otro lado, dado que el tratamiento de grupos no intra UE tiene que construirse necesariamente sobre la base del régimen europeo existente –rectius: propuesto–, el mejor planteamiento es individualizar cuál es la solución más idónea para cubrir la laguna actualmente existente en el REI, también con vista de conseguir los objetivos generales del REI y reforzar el funcionamiento adecuado del mercado interior, ofreciendo de este modo las

l'espace de Bruxelles I et de Rome I”, en J. Meeusen, M. Pertegás, G. Straetmans (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union*, Antwerp–Oxford–New York, 2004, pp. 152 ss.

²⁹ Actualmente, los Estados miembros no ofrecen reglas específicas sobre la administración concursal de los grupos de sociedades. Sin embargo, interesa destacar que en 2012 el Ministro de Justicia alemán presentó un proyecto para facilitar el tratamiento de la insolvencia de los grupos (*Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen*), que, entre otros, (i) establece la posibilidad de una sede única para la insolvencia del grupo y facilita el nombramiento del mismo síndico para todos los miembros del grupo, sin proceder a la consolidación sustantiva de activos y de responsabilidades de varias sociedades; (ii) crea una obligación de cooperación entre tribunales concursales y prácticos; (iii) introduce un “procedimiento de coordinación” entre síndicos concursales del grupo de sociedades y la posibilidad de adoptar un plan de coordinación (*Koordinationsplan*), cf. BMJ, “Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen”, *ZIP*, 2013, anexo al número 2; H. Eidenmüller y T. Frobenius, “Ein Regulierungskonzept zur Bewältigung von Gruppeninsolvenzen: Verfahrenskonsolidierung im Kontext nationaler und internationaler Reformhaben”, *loc. cit.*; C. Pleister, “Das besondere Koordinations-verfahren nach dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen”, *ZIP*, 2013, pp. 1013 ss. El Proyecto se ha sometido al Gobierno Federal del *Bundestag*, que lo ha discutido en primera lectura el 14 febrero 2014 y lo ha remitido al Comité sobre Asuntos laborales y sociales en abril de 2014.

³⁰ V. Marquette y C. Barbé, “Les procédures d’insolvabilité extracomunitaires. Articulation des disposition du règlement (CE) n° 1346/2000 et du droit commun des Etats membres”, *Journ. dr. int.*, 2006, p. 543.

mismas herramientas de coordinación y cooperación antes citadas también a grupos no intra-UE³¹.

IV. Consolidación procesal: el caso de filiales no UE de grupos UE

Respecto del tratamiento de filiales no UE de grupos UE, puede sostenerse que la interpretación adoptada por la mayoría de tribunales nacionales respecto de grupos de sociedades, es decir, la consolidación procesal, podría aplicarse realmente respecto de sociedades constituidas fuera de la UE. Ciertamente, los tribunales nacionales podrían decidir en principio acumular ante la misma sede procedimientos concernientes a filiales no UE, adoptando la interpretación establecida por primera vez en el conocido caso *BRAC-Rent-a-car International*³².

En este caso, dada la irrelevancia de la nacionalidad del deudor y, en el caso de sociedades y personas jurídicas, del lugar de constitución para la aplicación del REI, la *High Court* inglesa dedujo que el REI se aplica a deudores que se han constituido conforme a leyes de terceros Estados donde tienen su domicilio social, pero cuyos COMI están situados en Estados miembros³³. Esta interpretación fue entonces bienvenida por la doctrina y estableció un principio que ha sido seguido por otros tribunales en el Reino Unido³⁴. Como resultado, no hay *prima facie* obstáculo a la posibilidad de establecer una consolidación procesal, con un tribunal concursal a cargo de los múltiples procedimientos sobre activos de múl-

³¹ A este respecto, huelga decir que la introducción de nuevas reglas de coordinación y comunicación con tribunales no UE debería acompañarse de normas específicas sobre reconocimiento de procedimientos de insolvencia abiertos fuera de la UE. Efectivamente, no hay espacio para normas uniformes de cooperación cuando los poderes del síndico extranjero no están reconocidos de acuerdo con un planteamiento unificado. Sobre las relaciones entre cooperación y reconocimiento, *vid.* R. Arenas, "Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento", *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 231-260.

³² [2003] EWHC (Ch) 128, la Sentencia Lloyd J. fue dictada el 7 febrero 2003. *Vid.* en particular, par. 27: "That would be inconsistent with the aim described in recital (3), and such an incentive for manipulation would be at least as inconsistent with the objectives of the Regulation as the examples of forum-shopping among Member States mentioned in recital (4)".

³³ Sobre esta decisión, *vid.* G. Moss, "Administration orders for foreign companies: the effect of the EC Regulation on insolvency proceedings 2000", *Intelligence Insolvency*, 2003, pp. 45-46; S. Krebber, "Europäische Insolvenzordnung, Drittstaatengesellschaften, Drittstaatsachverhalte und innergemeinschaftliche Konflikte", *IPRax*, 2004, pp. 541 ss; I. Fletcher, *Insolvency in private international law*, 2^a ed, Oxford, 2005, pp. 382 ss; K. Pannen (ed.), *European Insolvency Regulation*, Berlín, De Gruyter Recht, 2007, pp. 110 ss; P. Omar, "The Extra-territorial Reach of the European Insolvency Regulation", *loc. cit.*, pp. 57 ss.

³⁴ High Court of Justice 9 May 2003, [2003] EWHC 1028 (Ch); [2003] All E.R. 246; [2003] BCC 504 (Salvage Association). High Court of Justice (Chancery Division, Leeds) 20 May 2004, [2004] EWHC 1941 (Ch) [2005] B.C.C. 277 (*Ci4Net.Com Inc.*). High Court of Justice (Ch) 12 June 2005, [2005] All. E.R. (D) 356 (*Sendo Ltd.*). *Cf.* B. Wessels, *International Insolvency Law*, 3^a ed., 2012, Deventer, Kluwer, párr. 10573.

tiples deudores de un mismo grupo, también cuando algunas filiales de una sociedad matriz de la UE tienen sus sedes fuera de la UE. Más exactamente, si reconocemos que el criterio utilizado por los tribunales nacionales para centralizar todos los procedimientos relacionados pasa por aceptar un COMI basado en la competencia sobre todas las sociedades del mismo grupo³⁵, no hay razón para que no se pudiera aplicar la consolidación procesal también a sociedades incorporadas en terceros Estados. Sin embargo, aparte del planteamiento desarrollado, resulta bastante difícil que estos procedimientos abiertos contra filiales no UE puedan ser reconocidos en los terceros Estados de sus respectivos domicilios sociales, frustrando de esta forma los objetivos perseguidos con esta centralización³⁶. A este respecto, considerando que los países son reacios a ceder su soberanía y competencia respecto de sociedades incorporadas en su territorio, es muy posible que también se abra un procedimiento de insolvencia principal en el tercer país afectado y que los procedimientos paralelos europeos no tengan efectos sobre los activos situados fuera de la UE³⁷ y, presumiblemente, en cualquier otro país donde se haya solicitado, y se haya obtenido, el reconocimiento del procedimiento no europeo³⁸.

³⁵ Vid. los factores tenidos en cuenta en el caso mencionado en la nota nº 6, cf. B. Wessels, "International jurisdiction to open insolvency proceedings in Europe, in particular against (groups of) companies", *Current Topics of International Insolvency Law*, 2004, Deventer, Kluwer, pp. 181 ss. S. L. Buford, "International insolvency case venue in the European Union: the Parmalat and Daisytek controversies", *Columbia J. Eur. L.*, 2006, p. 429 ss; P. Wautelet, "Some consideration on the Center of Main Interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation", en G. Affaki (ed.), *Faillite internationale et conflit de juridiction: regards croisés transatlantiques: US-EU experience*, Bruselas, Bruylant, 2007, pp. 73 ss; I. Queirolo, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, Turín, Giappichelli, 2007, pp. 194 ss; K. Pannen (ed.), *European Insolvency Regulation*, op. cit., pp. 94 ss. Respecto de la jurisprudencia estadounidense, vid., v.gr., *In re Fairfield Sentry Ltd*, 714 F.3d 127 (2013); *In re British American Ins. Co. Ltd*, 425 B.R. 884 (Bankr. S.D. Florida 2010); *In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund Ltd (Bear Stearns II)*, 389 B.R. 325, 336 (S.D.N.Y. 2008); *In re SPhinX Ltd*, 351 B.R. 103, 117 (S.D.N.Y. 2006).

³⁶ H. Eidenmüller y T. Frobenius, "Ein Regulierungskonzept zur Bewältigung von Gruppeninsolvenzen: Verfahrenskonsolidierung im Kontext nationaler und internationaler Reform-haben", loc. cit., p. 35.

³⁷ En el contexto europeo, en la misma línea, vid. la Propuesta de INSOL, Comentario al capítulo V, para .V.3, y sobre este, vid. I. Mevorach, "INSOL Europe's Proposals on Groups of Companies (in Cross-Border Insolvency): A Critical Appraisal", loc. cit., 193. En realidad, debe destacarse que también en consideración a la consolidación procesal en el REI, es posible identificar algún inconveniente de la aplicación extraterritorial abierto en la sede de la matriz, cf. M. Menjucq, "EC-Regulation No 1346/2000 on Insolvency Proceedings and Groups of Companies", *European Company and Financial L. Rev.*, 2008, pp. 135 ss. Las cuestiones prácticas también son mencionadas por H. Vallender, S. Deyda, "Brauchen wir einen Konzerninsolvenzgerichtsstand?", *NZI*, 2009, pp. 829 ss.

³⁸ Casi todos los regímenes nacionales de reconocimiento están basados en el control de la competencia indirecta, de acuerdo con el cual el tribunal requerido debe controlar la competencia del tribunal de origen y si se basó en una regla comparable a las suyas propias (en nuestro caso, el COMI), cf. art. 64.a) de la Ley italiana de DIPr; art. 353 de la InsO alemana; art. 17(2) de las reglas inglesas de insol-

En función de lo expuesto, una solución convincente para evitar la apertura formal de un procedimiento no UE contra la misma sociedad es prometer a los acreedores locales, es decir, a los acreedores de la filial no UE, que no quedarán en una peor posición que si el procedimiento se abriera fuera de la UE. A este respecto, los tribunales ingleses han llegado a la solución de un “procedimiento secundario sintético”, con el fin de crear de facto procedimientos secundarios pero sin menoscabar la efectiva administración de la masa³⁹. Este recurso ha sido utilizado, *v.gr.*, en el caso de la quiebra de *Collins & Aikman Europe S.A.*, donde la *High Court* inglesa, que autorizó a los administradores a celebrar un acuerdo con los acreedores de la filial española bajo la cual sus créditos se presentarían en el procedimiento principal pendiente en Inglaterra, pero de acuerdo con las reglas de privilegios establecidos por la ley española⁴⁰. En el caso que aquí se plantea, de forma ligeramente distinta, el remedio ofrecido a los acreedores de filiales no UE sería un “procedimiento no UE principal y sintético”, que garantizaría la satisfacción de sus créditos como si se aplicara el Derecho concursal no UE. De una

vencia transfronteriza de 2006 y el principio común establecido por Dicey/Morris, regla 43; art. 220, par. 1, n. 3 de la Ley concursal española; art. 240 de la IO austriaca; art. 121 del Código belga de DIPr. En Francia, este principio se ha establecido por la jurisprudencia a raíz del caso *Munzer* (Cass. Civ.1^{ère}, 7 enero 1964, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, pp. 344 ss.) y, particularmente, en el caso (Cass. Civ.1^{ère}, 6 febrero 1985, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1985, pp. 369 ss.). En virtud de ello, se puede presumir que el tribunal extranjero reconocerá el procedimiento abierto en el lugar de constitución de la sociedad y no el abierto en la sede de la matriz. Al contrario, como es conocido, el control de la competencia del juez de origen ha sido expresamente excluido por el REI y por el TJCE en su Asunto *Eurofood*, paras. 38 ss.

³⁹ Esto representaría “*an obvious model for the way to harmonize the need for centralization and simplicity, on the one hand, and the respecting of local priorities, on the other*”, *cf.* G. Moss, “Group Insolvency – Choice of Forum and Law: The European Experience under the Influence of English Pragmatism”, *Brooklyn J. Int’l L.*, 2007, p. 1118. De acuerdo con el mismo autor, “*From a practical point of view, having separate main proceedings in each place where each subsidiary in a group is registered is wasteful, duplicative, expensive, and likely to impede a rescue, reconstruction, or beneficial realization of the business of the group*”, en p. 1008. Para una definición, *vid.* E. J. Janger, “Virtual Territoriality”, *Columbia J. Transnat’l L.*, 2010, pp. 401 ss, esp. pp. 436–438. J. A. E. Pottow, “A New Role for Secondary Proceedings in International Bankruptcies”, *Texas Int’l L.J.*, 2011, pp. 584 ss; A. Verhoeven, “Ein Konzerninsolvenzrecht für Europa – Was lange währt, wird endlich gut?”, *ZInsO*, 2012, p. 2375; M. Menjucq, R. Damman, “Regulation No. 1346/2000 on Insolvency Proceedings: Facing the Companies Group Phenomenon”, *Bus. L. Int’l*, 2008, p. 154, llamándolo “virtual contractual secondary proceedings”.

⁴⁰ *Vid.* también, el caso *EMTEC*, y sobre este R. Damman y M. Senechal, “La procédure secondaire du Règlement (CE) n. 1346/2000: mode d’emploi”, *Revue Lamy droit des affaires*, octobre, 2006, p. 83 ss. See *MG Rover Germany*, Court of Düsseldorf (Germany) 14 July 2005 (Az. 502 IN 110/05) (inédito); *Collins & Aikman Europe SA*, High Court of Justice (Chancery Division Companies Court) (UK) 15 July 2005, [2005] EWHC 1754 (Ch D); *Nortel Networks*, High Court of Justice (Chancery Division Companies Court) (14 Jan 2009); B. Wessels, “The Ongoing Struggle of Multinational Groups of Companies under the EC Insolvency Regulation”, *loc. cit.*, pp. 174–175. Esta práctica ha sido definida por P. Mankowski, *NZI*, 2006, p. 418, como un “*gelungene und sogar gerichtlich abgesegnete Erpressung*”.

forma más limitada⁴¹, otra solución podría ser la adopción de una *anti-suit injunction* con el fin de restringir la posibilidad de que los acreedores soliciten la apertura de un concurso en el tercer Estado donde la filial tiene su domicilio social, y donde se prevén reglas procesales o sustantivas más favorables⁴². En particular, en el caso que nos ocupa, los acreedores deberían abstenerse de presentar una solicitud de concurso ante el tribunal de un tercer Estado donde la filial ha sido constituida, permitiendo un procedimiento UE en la sede de la sociedad matriz.

En el ámbito de la insolvencia, se invocan normalmente las *anti-suit injunctions* para disuadir a los acreedores de reclamar sus créditos en foros no sujetos a procedimientos concursales colectivos, en orden a tener prioridad sobre otros créditos: como resultado, con el fin de regular procedimientos paralelos y el *forum shopping*, los tribunales nacionales recurren a las *anti-suit injunctions* como una herramienta para restringir que una parte abra procedimientos en el extranjero para cobrar una deuda y mantener una distribución equitativa de activos entre los acreedores⁴³. Sin embargo, en nuestro caso, se parte de una clase

⁴¹ Considerando el carácter *in personam* de tales medidas y las dificultades relativas al reconocimiento en otros Estados, es necesario que el tribunal tenga competencia personal sobre el demandado, i.e. el demandado ya está sujeto a la jurisdicción del tribunal que conoce, cf. V. Marquette, C. Barbé, “Les procédures d’insolvabilité extracommunautaires. Articulation des disposition du règlement (CE) n° 1346/2000 et du droit commun des Etats membres”, *loc. cit.*, p. 517 ss.. Sobre las cuestiones de reconocimiento, *vid.* Cass. 1^{re} civ, 14 oct. 2009, *Wolberg et In Beverage international v. In Zone Brands Inc*, comentado por S. Clavel, *Journ. dr. int.*, 2010, pp. 146 ss.

⁴² Con especial consideración de la insolvencia, *vid.* L. Chan Ho, “Anti-suit Injunctions in Cross-Border Insolvency: a Restatement”, *Int’l Comp. L. Q.*, 2003, p. 697 ss; I. Fletcher, *The Law of Insolvency*, 3rd ed, Londres, Sweet & Maxwell, 2002, pp. 806–809; P. Smart, *Cross-Border Insolvency*, 2^a ed, Londres, Butterworths, 1998, pp. 284 ss. La utilización de anti-suit injunctions en materia concursal ha sido mencionada en la Resolución *The Principles for Determining when the Use of Doctrine of forum non conveniens and anti-suit injunctions is appropriate* (Rapporteur, L. Collins; Co-rapporteur G. Droz), adoptado por el *Institut de Droit International* en su Sesión de Brujas de 2 septiembre 2003 publicada en *Annuaire de l’Institut de droit international*, 2003, vol. 70, part. II, pp. 81–112. Sobre esta cuestión *vid.* los casos de referencia *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak* (Brunei Darussalam) [1987] UKPC 12 (14 mayo 1987); *Barclays Bank plc v. Homan* [1993] BCLC 680; *Airbus Industrie GIE v. Patel and Others* [1999] 1 AC 119 (2 abril 1998). Más recientemente, *vid.* *Harms Offshore Aht “Taurus” GmbH & Co. Kg & Anor v. Bloom & Ors* [2009] EWCA Civ 632 (26 junio 2009); *Highland Crusader Offshore Partners LP & Ors v. Deutsche Bank AG & Anor* [2009] EWCA Civ 725 (13 julio 2009); *Krys and Lau (as Joint Liquidators of Fairfield Sentry Limited) v. Stichting Shell Pensioenfond HCVAP 2011/36*; *Kemsley v. Barclays Bank Plc & Ors* [2013] EWHC 1274 (Ch) (15 mayo 2013). Aunque la decisión de si se concede o no una *anti-suit injunction* implica un poder discrecional, se defendió que no deben tratarse los principios aplicables a las *injunctions* como equivalentes a los principios de *forum non conveniens*, cf. Lord Goff in *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak*.

⁴³ Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, 15^a ed, Londres, Sweet & Maxwell, 2012, párr. 31–039; L. Chan Ho, “Anti-suit Injunctions in Cross-Border Insolvency: a Restatement”, *op cit*, p. 697 ss. *Vid.*, v.gr., la reciente decisión británica en el caso *Kemsley v Barclays Bank Plc & Ors* [2013] EWHC 1274 (Ch) (15 May 2013). *Vid.* también la decisión de la Corte de Casación francesa de 19 noviembre 2002, *Banque Worms*, en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003, p. 631 ss, comentada por H. Muir Watt:

diferente de *anti-suit injunction*, en la que la injunction se dirige a los acreedores para restringirles la posibilidad de presentar un procedimiento de liquidación u otras solicitudes de procedimiento de insolvencia⁴⁴.

En efecto, aparte de sus efectos perjudiciales en términos de cortesía internacional y respeto a la competencia de tribunales extranjeros⁴⁵, este instrumento demuestra ser muy útil cuando existen procedimientos cuya eficacia debe ser protegida, y la cual puede verse amenazada por la apertura de procedimientos ante tribunales extranjeros⁴⁶.

En general, es deseable ejercerla con el fin de asegurar un equilibrio de intereses en presencia en el Derecho concursal y con el fin de evitar que el funcionamiento adecuado del procedimiento de insolvencia se vea interferido⁴⁷.

De acuerdo con una jurisprudencia constante, generalmente se exige que, con el objeto de que la *anti-suit injunction* sea adecuadamente otorgada, el foro de-

“l’initiative unilatérale prise par le juge français affine de faire pression sur le créancier indiscipliné était, en l’absence d’exequatur de la décision d’ouverture en Espagne, le seul moyen de maintenir l’égalité des créanciers et de rendre effective la vocation universelle de la faillite locale”. Sobre esta decisión, vid. también L. Usunier, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Paris, Economica, 2008, pp. 457 ss.

⁴⁴ En este sentido, T. Raphael, *The Anti-suit Injunction*, Oxford, OUP, 2008, p. 164.

⁴⁵ Vid. por ejemplo, *In re Hopewell International Insurance Ltd*, 272 BR 396, 401, 410 (Bankr SDNY 2002); *Re the Enforcement of an English Anti-Suit Injunction* [1997] ILPr 320 (Tribunal de Apelación de Dusseldorf); *Laker Airways Ltd v Pan American World Airways* 559 F Supp 1124 (DDC 1983). En *Barclays Bank plc v Homan* [1993] BCLC 680, Lord Hoffman señaló que “the normal assumption is that the foreign judge is the best person to decide whether an action in his own court should proceed. Comity requires a policy of non-intervention not only for the same reason that appellate courts are reluctant to interfere with the exercise of a discretion, namely that in the weighing of the various factors, different judges may legitimately arrive at different answers. It is also required because the foreign court is entitled, without thereby necessarily occasioning a breach of international law or manifest injustice, to give effect to the policies of its own legislation”. Este argumento fue seguido por Millet LJ en *Mitchell v Carter* [1997] 1 BCLC 673. P. Millet, “Cross-Border Insolvency: the Judicial Approach”, *International Insolvency Review*, 1997, p. 106–108. R. Fentiman, “Comity and Antisuit Injunctions”, *Cambridge L.J.*, 1998, p. 467; M.A. Lupoi, *Conflitti transnazionali di giurisdizione*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 866 ss; L. Usunier, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, op. cit., pp. 445 ss, esp. pp. 501–503. Vid. también, la ya mencionada Resolución *The Principles for Determining when the Use of Doctrine of forum non conveniens and anti-suit injunctions is appropriate* adoptada por el Institut de droit international, y, sobre esta, A. Nuyts, “Le principes directeurs de l’Institut de droit international sur le recours à la doctrine du *forum non conveniens* at aux *antisuit injunctions*”, *Rev. belge dr. int.*, 2003, pp. 550 ss; y A. Briggs, “The Principle of Comity in Private International Law”, *Recueil des Cours*, vol. 354, 2012, pp. 116 ss.

⁴⁶ L. Chan Ho, “Anti-suit Injunctions in Cross-Border Insolvency: a Restatement”, *Int’l Comp. L. Q.*, 2003, p. 703. Sobre *anti-suit injunctions* “protectoras”, vid. también A. Bell, *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, Oxford, OUP, 2003, p. 190 ss.

⁴⁷ Vid. T. Raphael, *The Anti-suit Injunction*, Oxford, OUP, 2008, pp. 164–166, y todos los casos allí mencionados. Vid. también, *Krys and Lau (as. Joint Liquidators of Fairfield Sentry Limited) v. Stichting Shell Pensioenfond*s HCVAP 2011/36, párr. 21.

bería tener un “interés suficiente” en, o en relación con, la material en cuestión, por ejemplo, el tribunal emisor debería ser el generalmente competente para la quiebra⁴⁸. Además, dadas las dificultades relativas a la concesión de *anti-suit injunctions* en insolvencia transfronteriza bajo las condiciones de *common law* de “vexation” y “oppressiveness” respecto de la situación típica de acreedores que solicitan la asistencia de tribunales locales, es preferible considerar legítimo la expedición de *anti-suit injunction* con el fin de proteger los intereses del foro, tales como una adecuada administración de la insolvencia y la prevención de tratos discriminatorios entre acreedores, cuando la justicia lo requiera⁴⁹.

A este respecto, debe destacarse que, aunque las *anti-suit injunctions* no han sido admitidas por el TJUE en el sistema de Bruselas, y, presumiblemente, tampoco en el REI, porque impiden que tribunales de la UE ejerzan su jurisdicción con base en el Reglamento y, por tanto, son contrarias a los principios generales de la jurisprudencia del TJUE y, en particular, a la confianza mutua⁵⁰, nada parece prohibir la solicitud de *injunctions* con el fin de reafirmar la jurisdicción de la UE y, por tanto, restringir al demandado su derecho de recurrir a los tribunales no UE que quedan fuera del ámbito del régimen europeo⁵¹.

Debe tratarse, sin embargo, una hipótesis diferente. En efecto, bien podría ocurrir que un procedimiento de insolvencia estuviera ya abierto respecto de la filial no UE. En tal caso, no hay posibilidad de garantizar una administración eficiente del grupo en crisis si no se establecen deberes específicos de cooperación entre procedimientos de la UE y de terceros países. En particular, se ha admitido que, cuando existan procedimientos abiertos en uno o más Estados

⁴⁸ *Airbus Industrie GIE v. Patel and Others* [1999] 1 AC 119 (2 abril 1998). Lord Goff señaló en el párrafo 138: “As a general rule, before an anti-suit injunction can properly be granted by an English court to restrain a person from pursuing proceedings in a foreign jurisdiction in cases of the kind under consideration in the present case, comity requires that the English forum should have a sufficient interest in, or connection with, the matter in question to justify the indirect interference with the foreign court which an anti-suit injunction entails”.

⁴⁹ L. Chan Ho, “Anti-suit Injunctions in Cross-Border Insolvency: a Restatement”, *Int'l Comp. L. Q.*, 2003, pp. 701 ss. Estas condiciones son explicadas en profundidad por T. Raphael, *The Anti-suit Injunction*, Oxford, OUP, 2008, p. 81 ss; y A. Briggs, P. Rees, *Civil jurisdiction and judgments*, 5^a ed, Londres, 2009, pp. 576 ss; A. Bell, *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, Oxford, OUP, 2003, pp. 213 ss.

⁵⁰ As. C-159/02: *Turner* ECR [2004] I-3565, párrs. 25-28; as. C-185/07: *West Tankers* [2009] ECR I-663, párrs. 28 ss. Sobre este punto, *vid.*, *v.gr.*, M.L. Niboyet, “Le principe de confiance mutuelle et les Injonctions Anti-Suit”, en P. de Vareilles-Sommières, *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2007, p. 77 ss.

⁵¹ T. Raphael, *The Anti-suit Injunction*, *op. cit.*, p. 271 ss; *id.*, *The Anti-suit Injunction, Updating Supplement*, Oxford, OUP, 2010, pp. 51-52, y todos los casos allí señalados. En particular, *vid.* *Midgulf International Ltd v. Groupe Chimique Tunisien* [2009] EWHC 963 (Comm) (11 May 2009), confirmada después por la Court of Appeal [2010] EWCA Civ 66 (10 febrero 2010); and *Shashoua & Ors v Sharma* [2009] EWHC 957 (Comm) (7 mayo 2009).

miembros respecto de un grupo multinacional que no se acompañen de la administración de las sociedades localizadas fuera de la UE, los Estados miembros deberían tratar el problema de la insolvencia de sociedades no UE mediante la adopción de estándares similares y convergentes, y no dejando la cuestión a las normas relevantes de DIPr nacional⁵².

En resumen, por tanto, sin consideración de la apertura efectiva de un procedimiento de insolvencia en un tercer país en el que la filial se ha constituido, con el fin de garantizar la maximización del valor de los activos o la posibilidad de reorganizar y rescatar al grupo en su conjunto, se necesitan establecer deberes específicos de cooperación y comunicación con tribunales de terceros países.

V. Consolidación procesal: el caso de filiales UE de grupos no UE

Por la misma razón, también interesa la cuestión de si es posible una aplicación refleja de la consolidación procesal desarrollada en aplicación del REI, cuando la matriz tiene su COMI en un tercer Estado pero algunas filiales tienen su COMI en la UE. A este respecto, desde la perspectiva europea, la cuestión que se presenta es si los tribunales de un tercer país tienen competencia para abrir un procedimiento respecto de todas las sociedades pertenecientes al grupo, independientemente de que algunas estén constituidas en la UE donde desarrollan sus actividades.

En principio, esta cuestión debería responderse en sentido negativo. De acuerdo con la teoría “atomística” formulada por el TJUE, el REI se aplica a cada entidad individualmente considerada e incluso las sociedades relacionadas de algún modo con otras sociedades son consideradas como un deudor separado conforme a este régimen. En otras palabras, tal y como está el REI ahora, los tribunales no pueden reconocer un procedimiento extranjero (no UE) abierto respecto de sociedades cuyo COMI se halla en la UE⁵³ y, verdaderamente, deben abrirse procedimientos principales europeos, en paralelo al que ya exista fuera de la UE, creando, de este modo, posibles conflictos de reconocimiento en otros

⁵² A. Mazzoni, “Cross-border Insolvency of Multinational Groups...”, *loc. cit.*, p. 762.

⁵³ M. Virgós y F.J. Garcimartín, *The European Insolvency Regulation, op. cit.*, p. 53: el marco legal establecido en el Derecho nacional sobre reconocimiento y litispendencia, sin embargo, tiene que cumplir con el efecto útil del REI. A este respecto, efectivamente se admite que el art. 3 produce un efecto reflejo en los sistemas nacionales de forma tal que decisiones y procedimientos extranjeros no pueden reconocerse en un Estado miembro en la medida que infrinjan una competencia exclusiva de la UE basada en el COMI. En otras palabras, los tribunales del Estado miembro ante el que se solicita el reconocimiento tienen que verificar, tal y como se define en el REI, no está localizado ni en su foro ni en ningún otro Estado miembro y, si se diera este caso, los procedimientos extranjeros no podrían reconocerse como principales.

Estados⁵⁴ y frustrando los beneficios de la centralización de todos los procedimientos ante la misma sede. En segundo lugar, sin consideración de esta posibilidad en términos legales estrictos, parece improbable que tribunales de la UE puedan reconocer la competencia de tribunales de terceros países, teniendo en cuenta el deseo de proteger intereses locales y de beneficiarse de la realización de activos locales y de activos localizados en la UE⁵⁵.

Sin embargo, este problema podría tratarse introduciendo una especie de excepción de *forum non conveniens* en el REI, de modo que los procedimientos concursales pudieran ser administrados de la forma más conveniente o ante el foro natural con el que el procedimiento presente la conexión más efectiva y sustancial⁵⁶. En el caso que nos ocupa, tal tribunal podría identificarse con el tribunal del tercer país donde se localiza la administración del grupo y donde todos los procedimientos abiertos respecto de miembros del grupo podrían ser acumulados procesalmente⁵⁷.

Por ejemplo, en esta línea de razonamiento, la § 305 del *Bankruptcy Code* estadounidense establece que “el tribunal, después de notificar y dar audiencia, puede abstenerse respecto de un caso regido por este título, o puede suspender todos los procedimientos regidos por este título, en cualquier momento si (i) los intereses de los acreedores y del deudor se satisfacen mejor por tal abstención o suspensión; o (ii) (a) una solicitud regida por la Sección 1515 sobre reconoci-

⁵⁴ Cf. nota a pie de página 38.

⁵⁵ C. Barbé y V. Marquette, “Les procédures d’insolvabilité extracomunitaires. Articulation des dispositions du règlement (CE) n° 1346/2000 et du droit commun des Etats membres”, *loc. cit.*, p. 543; P. Omar, “The Extra-territorial Reach of the European Insolvency Regulation”, *loc. cit.*, p. 64.

⁵⁶ A este respecto, debe recalcarse que en el asunto *Intel* se sostuvo que el COMI tiene que establecer una conexión con el lugar con el que la sociedad tiene los vínculos más estrechos, cf. párr. 58. Sobre la doctrina del *forum non conveniens*, vid. destacadamente C. Chalas, *L’exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle e droit international privé*, Marsella, 2000; A. Nuyts, *L’exception de forum non conveniens*, Bruselas / París, 2003. En consideración a la insolvencia, vid. I. Fletcher, *Insolvency in private international law*, *op. cit.*, pp. 57 ss. y 175–176; K. Dawson, “The Doctrine of *Forum Non Conveniens* and the Winding Up of Insolvent Foreign Companies”, *J. Bus. L.*, 2005, pp. 28 ss; P. St. J. Smart, “*Forum Non Conveniens* in Bankruptcy Proceedings”, *J. Bus. L.*, 1989, pp. 126 ss; *id.*, *Cross-Border Insolvency*, 2ª ed, Londres, Butterworths, pp. 62 ss. Vid. también, Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, *op. cit.*, regla n. 176, especialmente par. 30–042. Las condiciones para declinar la jurisdicción quedan bien explicadas en el caso de referencia *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd* [1987] AC 460, sobre este vid. A. Briggs y P. Rees, *Civil jurisdiction and judgments*, 5ª ed, Londres, 2009, pp. 419 ss; y Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, *op. cit.*, regla 38. Sobre un asunto reciente de insolvencia, vid. *Re Rodenstock GmbH* [2011] EWHC 1104 (Ch) (06 May 2011).

⁵⁷ I. Fletcher, *Insolvency in Private International Law*, *op. cit.*, pp. 57 ss; y P. Smart, *Cross-Border Insolvency*, *op. cit.*, pp. 74 ss. explican clamanete las situaciones en las que el *forum non conveniens* se aplica normalmente en el ámbito de la insolvencia: en particular, (i) falta de activos, (ii) existencia de un procedimiento de insolvencia, (iii) abuso procesal y fraude a los acreedores.

miento ha sido admitida; y (b) los objetivos del capítulo 15 de este título se satisfacen mejor por tal abstención o suspensión”⁵⁸.

En términos generales, la cuestión que aquí se presenta es si, incluso aunque la filial se haya incorporado en un Estado miembro y, por tanto, se pueda presumir una interpretación jurisprudencial estricta del TJUE respecto de que el COMI está situado en la UE, en caso de grupos internacionales de sociedades, no debería restringirse la posibilidad de que los tribunales nacionales declinaran su competencia y reconocieran los procedimientos extranjeros abiertos en la sede la sociedad matriz, cuando tal tribunal de tercer país es el foro más conveniente y apropiado para abrir o continuar con los procedimientos para mejor satisfacción de los intereses de la justicia y de la conveniencia⁵⁹.

Una reciente sentencia dictada por la *High Court of Justice* de la Isla de Man⁶⁰ en consideración con un grupo formado por cuatro compañías, dos sociedades de

⁵⁸ Sobre esta Sección, *vid.* S. L. Bufford, *United States international insolvency law: 2008–2009*, New York; OUP, 2009, pp. 200–210, y todas las decisiones allí mencionadas. En el mismo sentido, *vid.* art. 1014 *US Federal Rules on Bankruptcy Procedure*, que, con respecto a procedimientos que afectan al mismo deudor o a deudores relacionadas, también establece que “*If petitions commencing cases under the Code or seeking recognition under chapter 15 are filed in different districts, (...) the court may determine, in the interest of justice or for the convenience of the parties, the district or districts in which the case or cases should proceed*”.

⁵⁹ En términos generales, esto también lo sugiere S.L. Bufford, “Revision of the European Union Regulation on Insolvency Proceedings – Recommendations”, *loc. cit.*, p. 352; e International Insolvency Institute, *Guidelines for Coordination of Multinational Enterprise Group Insolvencies*, 2012, n. 9, sobre este E. Nietzer, “Guidelines for coordination of Multinational Enterprise group insolvencies”, *Int'l Insolvency L. Rev.*, 2012, p. 510. Respecto de la posibilidad de declinar la competencia con base en las normas europeas de DIPr, *vid.* en particular J.J. Fawcett, *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Oxford, OUP, 1995; R. Fentiman, “National Law and the European Jurisdiction Regime”, en A. Nuyts y N. Watté, *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruselas, Bruylant, 2005, pp. 83 ss; *id.*, “Ousting Jurisdiction and the European Conventions”, *Cambridge Yearb. European Legal Studies*, 2000, pp. 107 ss; A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens*, *op. cit.*, pp. 253 ss; L. Usunier, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.*, pp. 307 ss; G. Vitellino, “The Brussels I Regulation and Concurrent Proceedings in Third Countries: A Possible Reform”, en V. Tomljenović e I. Kunda (eds.), *Uredba Bruxelles I: izazovi hrvatskom pravosuđu. The Brussels I Regulation: Challenges for Croatian Judiciary*, 2012, pp. 135 ss. Sin embargo debe destacarse que, desde un punto de vista distinto, algunas situaciones en las que los tribunales siguen el *forum non conveniens* pueden interpretarse como un “efecto reflejo” del art. 3 REI, cuando el COMI está localizado fuera de la UE, de modo que se permite al tribunal UE rechazar su jurisdicción sobre la base del Derecho nacional, considerando que un tercer país, donde el COMI se sitúa (de acuerdo con la jurisprudencia nacional sobre consolidación procesal) es el foro más apropiado, *cf.* W. Kennett, “*Forum Non Conveniens* in Europe”, *Cambridge L. J.*, 1995, p. 576. *Vid.* también, las Conclusiones Generales del AG Léger en el Asunto *Owusu*, presentadas el 14 diciembre 2004, párr. 70.

⁶⁰ *Waste2Energy*, de 10 octubre 2012, Asunto Ref. CHP/2012/56, y sobre este *vid.* W.P. Weitz, T. M. Wiener, “Offshore Jurisdictions Embrace Universalism in *Waste2Energy*”, *Am. Bankruptcy Institute J.*, 2013, pp. 42 ss. La sociedad matriz era el vehículo a través del cual se habían canalizado más de 10 millones de dólares, mayormente de inversores individuales estadounidenses, mientras que solo los

Delaware y dos sociedades constituidas conforme a la Isla de Man, explica claramente tal posibilidad a la luz de los principios de universalismo (modificado) y cortesía internacional. Tras una solicitud de concurso en agosto de 2011, se abrió un procedimiento de insolvencia contra la matriz en el Distrito de Delaware y se nombró un administrador conforme al capítulo 11 del *Bankruptcy Code* estadounidense, ocurriendo lo mismo seguidamente respecto de los otros tres deudores. A continuación se interpuso una acción que pretendía la liquidación de Waste2Energy Group Holdings plc de acuerdo con el Derecho de la Isla de Man, ante la cual el tribunal de este Estado sostuvo que “los factores del *forum non conveniens* deben ser considerados teniendo en cuenta la naturaleza de los procedimientos” y que, en tales casos, “afectan a la administración concursal ordenada de sociedades insolventes dentro de un grupo en beneficio de los acreedores”⁶¹. En particular, cuando un procedimiento concursal ya ha sido abierto respecto de la filial UE de un Estado no UE donde el grupo está incorporado, en determinadas circunstancias es deseable un procedimiento único y universal ante la jurisdicción del tercer país con el que el grupo de sociedades presente conexiones más estrechas, o dicho con otras palabras, su “centro neurálgico”, para así evitar duplicidades y gastos adicionales e innecesarios, retrasos u otros inconvenientes⁶².

Es cierto esta posibilidad parece escasamente viable como resultado de la jurisprudencia del TJUE concerniente al *forum non conveniens* en el sistema de Bruselas. En el de sobra conocido asunto *Owusu*, el TJUE sostuvo, inter alia, que tal mecanismo procesal de *common law* es incompatible con el sistema judicial establecido por el Reglamento (en particular, con la naturaleza “imperativa” del art. 2): de hecho, es un mecanismo excesivamente discrecional, lo cual, por tanto, choca con los objetivos de seguridad jurídica y previsibilidad de la competencia sobre los que se basa el sistema de Bruselas y que solo se pueden asegurar a través de la aplicación uniforme de las reglas de competencia establecidas por el Reglamento⁶³. En consecuencia, también en materia concursal, la doctrina del *forum*

activos del deudor de valor significativo, una patente registrada en 25 países, eran propiedad de un deudor de Islas Caimán.

⁶¹ Párr. 85.

⁶² Párrs. 100–101.

⁶³ As. C–159/02: *Turner* [2004] ECR I–3565, párr. 24; Case C–281–92: *Owusu* [2005] ECR I–1383, párr. 41. P. Vlas, “Art. 2”, en U. Magnus y P. Mankowski, *Brussels I Regulation*, 2nd Revised Edition, 2012, p. 79; A. Briggs y P. Rees, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 5^a ed, Londres, 2009, pp. 348 ss; P. de Vareilles-Sommières, “The Mandatory nature of Article 2 of the Brussels Convention and Derogation from the Rule It Lays Down”, en *id.*, *Forum Shopping in the European Judicial Area*, op. cit., p. 101 ss. En particular, sobre el asunto *Owusu*, vid. también A. Briggs, “The Death of Harrods: *forum non conveniens* and the European court”, *L. Q. Rev.*, 2005, pp. 535–540; T. Hartley, “The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law Conflicts of Laws”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 54, 2005, pp. 813–828; C. Chalas, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 708–722; R. Fentiman, “Civil Jurisdiction and third States: *Owusu* and After”, *Common Market L. Rev.*, 2006, pp. 705–734.

non conveniens solo podría jugar en relación con los conflictos de jurisdicciones entre un Estado miembro y otro país, europeo o no, en la medida en que la competencia UE esté basada en una norma nacional y no en normas europeas⁶⁴.

Sin embargo, bien podría ocurrir, especialmente en caso de grupos no integrados, que no haya una evidencia clara de que el foro concursal más adecuado sea el del Estado donde la sociedad matriz se ha constituido, de forma que el interés de la justicia sustantiva se vea mejor satisfecho por la apertura de procedimientos de insolvencia donde la filial tenga su domicilio social. En este último caso, y generalmente cuando un Estado miembro ya ha abierto un procedimiento de insolvencia respecto de una filial UE de un grupo no UE, debería tenerse en cuenta una imagen más amplia del grupo para que el síndico o administrador concursal de una matriz no UE pudiera solicitar al tribunal UE convertir el procedimiento principal en secundario y auxiliar al procedimiento principal abierto en el Estado no UE en el que la matriz tiene su COMI⁶⁵.

También en consideración de una filial UE de grupos no UE, teniendo en cuenta las dificultades relativas a la consolidación de concursos abiertos respecto de todas las sociedades del grupo en la sede de un tercer país, además de la necesidad potencial de coordinar procedimientos principales no UE con procedimientos secundarios UE, es evidente que las comunicaciones de tribunal a tribunal influyen decisivamente en la posibilidad de lograr los objetivos concursales del grupo antes mencionados.

VI. Coordinación y cooperación con tribunales no UE: ¿extensión de las reglas del REI o adopción de la Ley de Uncitral?

De los párrafos anteriores se deduce muy claramente la necesidad de reglas específicas sobre cooperación y coordinación de procedimientos paralelos respecto de miembros de grupos compuestos por sociedades europeas y no europeas⁶⁶. En particular, a la luz del objetivo último de garantizar la cooperación y

⁶⁴ Vid., destacadamente, A. Briggs y P. Rees, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 5ª ed, Londres, 2009, pp. 365–367; T. Kruger, *Civil Jurisdiction Rule of the EU and Their Impact on Third States*, Oxford, OUP, 2008, pp. 297–302; J. Harris, “Stays of Proceedings and the Brussels Convention”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 54, 2005, pp. 948–949. Respecto del RB I después del Dictamen sobre Lugano, se han planteado algunas dudas por C. Mariottini, “The Proposed Recast of the Brussels I Regulation and *Forum Non Conveniens* in the European Union Judicial Area”, en F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata (eds.), *Recasting Brussels I*, Pádua, Cedam, 2012, pp. 285 ss.

⁶⁵ En estos términos, G. Moss y C. Paulus, “The European Insolvency Regulation – the Case for Urgent Reform”, *Intelligence Insolvency*, 2006, p. 5.

⁶⁶ En términos generales, la necesidad de una regla sobre la coordinación con procedimientos no UE es destacada por P. M. Reuß, “Europäisches Insolvenzrecht 3.0 oder doch nur Version 1.1?”, *EuZW*, 2013, p. 168.

la coordinación de tales procedimientos, algunos de los cuales penden en un Estado miembro y otros en un Estado no miembro, pueden observarse en principio tres opciones diferentes.

Una primera opción está representada por la celebración de convenios bilaterales o multilaterales con (grupos de) países no miembros de la UE, con el fin de alcanzar un tratamiento recíproco para los procedimientos abiertos en tribunales UE⁶⁷. Frente a este planteamiento de esperar y observar a ver qué sucede, una segunda opción que, a juicio del autor, es la más idónea, consiste en establecer reglas específicas de coordinación con procedimientos no UE extendiendo unilateralmente –con algún cambio menor debido al diferente contexto– el régimen previsto por el Reglamento también a procedimientos abiertos respecto de deudores cuyos COMI están localizados en terceros Estados⁶⁸.

En particular, es sostenible que, en la medida en que los intereses de los acreedores en los procedimientos UE lo requiera, los deberes de cooperación y comunicación previstos en la refundición del REI –en particular los nuevos arts. 42.bis, 42.ter y 42.quáter– deberían extenderse también a los tribunales y administradores concursales de procedimientos abiertos fuera de la UE sobre una sociedad perteneciente al mismo grupo⁶⁹, con el fin de incrementar sustancialmente la posibilidad de lograr los objetivos concursales del grupo.

⁶⁷ Este es el planteamiento preferido de la Comisión Europea, que “*does not find it desirable to introduce in the Regulation specific provisions concerning the recognition of and coordination with insolvency proceedings opened outside the EU*”, porque “*such provisions would be binding only in the territory of Member States and not in non-EU countries. Therefore, a possible elaboration of a draft international convention would better achieve these objectives, and also ensure the Union's interests in reciprocal negotiations with the third countries*”, cf. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo y el Comité Económico y Social sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia de 12 diciembre 2012, COM (2012) 743 final, p. 18. Las mismas razones fueron destacadas por el Parlamento Europeo durante el proceso de refundición del RB I, cf. M. Fallon y T. Kruger, “The Spatial Scope of the Rules on Jurisdiction and Enforcement of Judgments: from Bilateral Modus to Unilateral Universality?”, *Yearb. Priv. Int'l. L.*, 2012/2013, pp. 22–25.

⁶⁸ En la misma línea, en consideración con el RB I, vid. A.V.M. Struycken, “Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 232, 1992, pp. 340 ss; id., “Bruxelles I et le monde extérieur”, *Liber Fausto Pocar*, 2009, pp. 897 ss. Vid. también, A. Nuyts, *Study of Residual Jurisdiction: Review of the Member States' Rules concerning the 'Residual Jurisdiction' of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations*, de 3 septiembre 2007, pp. 115–117. Ciertamente, los informes nacionales (en particular la cuestión n. 6) incluida en B. Hess, P. Oberhammer y T. Pfeiffer, *European Insolvency Regulation. The Heidelberg–Luxembourg–Vienna Report*, Múnich, 2014, pp. 374 ss, confirma que en muchos casos las normas de DIPr se alinean con la norma europea.

⁶⁹ Esta es la propuesta presentada por H. Eidenmüller y T. Frobenius, “Ein Regulierungskonzept zur Bewältigung von Gruppeninsolvenzen: Verfahrenskonsolidierung im Kontext nationaler und internationaler Reformhaben”, *loc. cit.*, p. 17.

Una tercera opción, que algunos autores consideran preferible, está representada por la adopción de forma amplia por la UE de la Ley modelo de Uncitral⁷⁰, la cual ciertamente ofrece una estructura bien conocida para la coordinación de casos de insolvencia internacional y que ya ha sido adoptada por varios Estados miembros⁷¹. Esta opción –considerada aquí como la segunda mejor opción– también permitiría adoptar estándares similares a, y convergentes con, los previstos en el REI, y ya no dejaría la cuestión a las reglas exorbitantes previstas por los ordenamientos nacionales, creando de esta forma un régimen de insolvencia para los grupos multinacionales.

En consecuencia, valdría la pena seguir el planteamiento de Uncitral al que nos estamos refiriendo, en particular enfatizando en los principios y recomendaciones de la Parte III de la Guía Legislativa sobre Derecho concursal, que está dedicada al tratamiento de los grupos de empresa en crisis⁷². A este respecto, dado que el Grupo de Trabajo V de Uncitral no consiguió ofrecer recomendaciones sobre el concepto de “COMI de un grupo de empresas”⁷³, esto es, la iden-

⁷⁰ S.L. Bufford, “Revision of the European Union Regulation on Insolvency Proceedings – Recommendations”, *op. cit.*, p. 349; A. Mazzoni, “Cross-border insolvency of multinational groups of companies: proposals for an European approach in the light of the Uncitral approach”, *op. cit.*, pp. 762 y 767. La Propuesta de INSOL Europe, p. 15: “it is desirable that these provisions be incorporated within the Regulation. A unified approach to insolvency proceedings opened outside the European Union will enhance the proper functioning of the internal market and support a unified external trade policy”. Vid. también el Banco Mundial, *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, abril 2001, p. 53. V. Marquette y C. Barbé, “Les procédures d’insolvabilité extracommunautaires. Articulation des disposition du règlement (CE) n° 1346/2000 et du droit commun des Etats membres”, *loc. cit.*, pp. 529 ss, que considera la adopción de una directiva como la solución más apropiada para incorporar la Ley modelo. De hecho, de acuerdo con B. Wessels, “Will Uncitral bring changes to insolvency proceedings outside the USA and Great Britain? It certainly will”, *International Corporate Rescue*, 2006, p. 200, el éxito de la Ley modelo “is heavily dependent upon whether, and in what manner, countries choose to enact it”. En la misma línea, I.F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law*, *op. cit.*, p. 486: “The proof of the Model Law will be in the enactment. The crucial question is not the number of States which take a conscious decision to enact the law but the extent to which they do so, both individually and collectively”; y S. Chandra Mohan, “Cross-Border Insolvency Problems: Is the Uncitral Model Law the answer?”, *Int’l Insolvency Rev.*, 2012, pp. 208 ss.

⁷¹ “The four cornerstones of the Model Law can be represented by four primary concepts: Access, Recognition, Relief, and Cooperation”, *cf.* I. Fletcher, *Insolvency in Private International Law*, *op. cit.*, pp. 452 ss.

⁷² Vid. extensamente, D. Vattermoli, “Gruppi multinazionali insolventi”, *Riv. dir. comm.*, 2013, pp. 585 ss.

⁷³ Sobre un “COMI grupal”, vid. I. Mevorach, “The ‘Home Country’ of a Multinational Enterprise Group Facing Insolvency”, *Int’l Comp. L. Q.*, 2008, p. 427 ss. Realmente, estos conceptos están basados otras propuestas presentadas con relación a los grupos societarios, Vid., *v.gr.*, la ya mencionada propuesta presentada por S.L. Bufford, *passim*, y I. Mevorach, *passim*. Vid. también, A. Verhoeven, “Ein Konzerninsolvenzrecht für Europa – Was lange währt, wird endlich gut?”, *ZInsO*, 2012, pp. 2374 ss; J.L. Vallens, “Réviser le règlement communautaire CE 1346/2000 sur les procédures d’insolvabilité”, *Revue des procédures collectives*, Mai-Juin 2010, pp. 27–28; R. Damman, “Mobilities of Companies and Location of Assets – Argument in Favor of a Dynamic and Teleological Interpretation of EC Regulation

tificación de un centro económico del grupo donde todos los procedimientos de insolvencia contra los miembros del grupo pudieran ser tratados de forma unificada, el planteamiento de Uncitral aquí descrito se refiere a los deberes y herramientas de cooperación y coordinación para lograr los objetivos concursales del grupo⁷⁴. A este respecto, el punto de partida es que “la cooperación entre los tribunales y los representantes concursales en procedimientos de insolvencia que afectan a grupos multinacionales de empresas puede ayudar a facilitar la previsibilidad comercial e incrementar la seguridad para el mercado y el comercio, además de la administración justa y eficiente de procedimientos que protegen los intereses de las partes, maximiza el valor de los activos de los miembros del grupo para preservar el empleo y minimiza los costes”⁷⁵. En algunos casos, la cooperación podría ser en realidad el único modo de reducir el riesgo de fragmentación de los procedimientos de insolvencia que tienen el potencial de destruir el valor de la empresa en funcionamiento y de sus activos conjuntos, como también trasladando sus activos y generando un *forum shopping*, dado que el deudor puede buscar el tribunal más favorable a sus intereses⁷⁶.

Considerando la diversidad de las normas actuales y de la práctica sobre cooperación transfronteriza en materia de insolvencia, la Ley modelo ofrece un marco legislativo para el acceso a tribunales y el reconocimiento de procedimientos de insolvencia que podrían encontrar aplicación también con respecto a procedimientos de insolvencia del mismo grupo de empresas: en particular, establece condiciones apropiadas para asegurar acceso rápido y directo y un criterio propio para determinar si los procedimientos extranjeros son procedimientos susceptibles de reconocimiento y sus efectos. De acuerdo con ello, la cooperación entre un tribunal y un tribunal extranjero o un representante concursal debería fomentarse desde los primeros momentos de los procedimientos y no debería requerir una decisión formal de reconocimiento del procedimiento extranjero, evitando de esta forma procedimientos costosos económica y temporalmente. Tal como señala el art. 27 de la Ley modelo, la cooperación en insolvencias transfronterizas puede adoptar distintas formas y puede incluir, inter alia, la co-

No 1346/2000 on Insolvency Proceedings”, en G. Affaki (dir.), *Faillite internationale et conflit de juridiction. Regards croisés transatlantique*, Bruselas, 2007, pp. 121 ss; G. Moss y C. Paulus, “The European Insolvency Regulation – the case for urgent reform”, *Intelligence Insolvency*, 2006, pp. 1 ss. En el mismo sentido, *vid.* también International Insolvency Institute, *Guidelines for Coordination of Multinational Enterprise Group Insolvencies*, 2012, n^o 12 ss.

⁷⁴ Sobre las dificultades en el Working Group V, *vid.* I. Mevorach, “Towards a consensus on the treatment of multinational enterprise groups in insolvency”, *loc. cit.*, pp. 388 ss. El tratamiento de Uncitral ha inspirado otras iniciativas globales como por ejemplo, World Bank, *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regime*, 2011, en particular los nuevos Principios C16 y C17.

⁷⁵ Uncitral, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part Three: The Treatment of Corporate Groups in Insolvency*, 2010, p. 86.

⁷⁶ *Ibid.*

municación entre tribunales, entre tribunales y síndicos concursales, y entre síndicos concursales, como también la utilización de acuerdos de insolvencia transfronteriza, audiencias conjuntas y la coordinación, supervisión y administración de los asuntos del deudor⁷⁷.

Dentro de tal marco, los arts. 25 y 26 de la Ley modelo prescriben que los tribunales y los representantes del concurso, este último en el ejercicio de sus funciones y sujeto a la supervisión del tribunal, cooperarán “en la medida máxima posible” con tribunales extranjeros o síndicos extranjeros, para incrementar la capacidad de los tribunales para tener una visión global de los negocios y del deudor y tener en cuenta lo que está ocurriendo en los procedimientos de insolvencia en otras jurisdicciones respecto de otros miembros del mismo grupo, especialmente en aquellas cuestiones que probablemente tengan un impacto local (v.gr., con respecto a los trabajadores locales y otros aspectos de política social)⁷⁸. Tal posibilidad de comunicarse debería incluir la capacidad de iniciar la comunicación, requiriendo información o asistencia de tribunales extranjeros y síndicos, como también la capacidad de recibir y tramitar las solicitudes recibidas del extranjero⁷⁹.

Más importante es que la Guía Uncitral reconoce la contribución relevante hecha a las insolvencias de los grupos multinacionales por los protocolos transfronterizos⁸⁰, que son una herramienta fundamental para crear un marco para la comunicación y la cooperación en el contexto del procedimiento de insolvencia de grupos de sociedades en distintas jurisdicciones⁸¹. Se trata, en concreto, de un

⁷⁷ Vid. ampliamente, Uncitral, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, 2010, pp. 17 ss.

⁷⁸ Vid. en particular, la Recomendación n° 240–245 para la cooperación entre tribunales y las Recomendaciones n° 246–252 para la cooperación entre síndicos concursales.

⁷⁹ Sin embargo, es deseable articular procedimientos que gobiernen la comunicación de tribunal a tribunal con el fin equilibrar los intereses de las diferentes partes y asegurar que no se produce ningún perjuicio de ningún tipo. Por ejemplo, los tribunales pueden adoptar directrices sobre algunos de estos problemas, cf. International Insolvency Institute, *Guidelines for Coordination of Multinational Enterprise Group Insolvencies*, 2012; B. Wessels y M. Virgós, *European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency*, julio de 2007, disponible en <http://www.insol.org>; American Law Institute, *Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*, 2012, disponible en <http://www.iiiglobal.org>.

⁸⁰ En Uncitral, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, p. 4, los protocolos se definen como “an oral or written agreement intended to facilitate the coordination of cross-border insolvency proceedings and cooperation between courts, between courts and insolvency representatives and between insolvency representatives, sometimes also involving other parties in interest”. De acuerdo con Á. Espiniella, *Procedimientos de insolvencias y grupos multinacionales de sociedades*, op. cit., pp. 289 ss, la cooperación procesal entre diferentes miembros del grupo se basaría en lo que el autor denomina un protocolo “institucionalizado”, que debería ser imperativo para tales casos.

⁸¹ La adopción de la Ley modelo ha sido fundamental para la proliferación de protocolos, porque las jurisdicciones que han adoptado la Ley modelo están expresamente autorizadas a emplear protocolos transfronterizos como herramienta de cooperación y comunicación con tribunales extranjeros y adminis-

acuerdo privado ajustado a la situación particular en un análisis caso por caso y diseñado para abordar cuestiones originadas en caos transfronterizos, facilitando su resolución a través de la cooperación transfronteriza entre tribunales, el deudor y otras partes interesadas, para trabajar eficientemente e incrementar las realizaciones en favor de los acreedores en jurisdicciones potencialmente competidoras, reduciendo también de esta forma el coste de litigación y habilitando a las partes a profundizar en la administración de los procedimientos de insolvencia.

La primera vez –y una de las más exitosas– en la que se usaron los protocolos en tiempos modernos fue en 1991 en el asunto *In re Maxwell Communications Corp.*⁸², y actualmente son frecuentemente empleados por los tribunales, especialmente en jurisdicciones de *common law*⁸³. De acuerdo con su contenido, incluso aunque los protocolos cubren normalmente aspectos relativos a la coordinación procesal y la comunicación de tribunal a tribunal, más recientemente, también abordan en algunos casos aspectos sustantivos, tales como la ley aplicable a las acciones de rescisión, la ley aplicable a ciertas clases de créditos o de

tradores concursales extranjeros. Vid. P.H. Zumbro, “Cross-Border Insolvencies and International Protocols – An Imperfect But Effective Tool”, *Bus. L. Int'l*, 2010, pp. 157 ss; A. V. Sexton, “Current Problems and Trends in the Administration of Transnational Insolvencies Involving Enterprise Groups: The Mixed Record of Protocols, the UNCITRAL Model Insolvency Law and the EU Insolvency Regulation”, *Chicago J. Int'l L.*, 2011, pp. 811 ss; S. Taylor, “The Use of Protocols in Cross Border Insolvency Cases”, in K. Pannen (ed.), *European Insolvency Regulation*, op. cit., pp. 678 ss; F. D'Ialti, “Cooperazione tra curatori e corti in diritto internazionale fallimentare: un'analisi comparata”, *Dir. Fall.*, 2005, I, pp. 1011 ss; S.L. Bufford, “Coordination of Insolvency Cases for International Enterprise Groups: A Proposal”, *Am. Bankruptcy L.J.*, 2012, pp. 732; C.G. Paulus, “Protokolle” – ein anderer Zugang zur Abwicklung grenzüberschreitender Insolvenzen, *ZIP*, 1998, pp. 977 ss. Vid. también, International Insolvency Institute, *Guidelines for Coordination of Multinational Enterprise Group Insolvencies*, n. 7; B. Wessels y M. Virgos, *European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency*, n. 12.4; American Law Institute, *Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*, n. 26.1.

⁸² *In re Maxwell Communications Corporation plc*, 170 BR 802, 802 (Bankr SDNY 1994), sobre este vid. L. Westbrook, “The Lessons of Maxwell Communications”, *Fordham L. Rev.*, 1996, pp. 2531 ss; y E.D. Flaschen, R.J. Silverman, “Cross-Border Insolvency Cooperation Protocols”, *Tex. Int'l L. J.*, 1998, pp. 590–592. Recent US bankruptcy cases in which protocols have been employed include: *In re Smurfit-Stone Container Corporation*, Case No 09–10235 (Bankr D Del 2009); *In re Nortel Networks Inc.*, Case No 09–10138 (Bankr D Del 2009); *In re Lehman Brothers Holdings Inc.*, Case No 08–13555 (Bankr SDNY 2008); *In re Quebecor World (USA) Inc.*, Case No 08–10152 (Bankr SDNY 2008); *In re Calpine Corp.*, Case No 05–60200 (Bankr SDNY 2007). En Europa uno de los protocolos más importantes fue concluido por la Corte Comercial de Nanterre y la *Chancery Division of the High Court of Justice* para coordinar el procedimiento de insolvencia contra *Sendo International Limited* en Inglaterra y el procedimiento de insolvencia abierto con el mismo deudor en Francia (1 Junio 2006), cf. K. Pannen (ed.), *European Insolvency Regulation*, op. cit., pp. 660 ss. Los protocolos más importantes están disponibles en <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewcategory/395.html>.

⁸³ Vid. B. Wessels, B. A. Markell y J. J. Kilborn, *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, Oxford, OUP, 2009, pp. 176 ss, y todos los casos allí referidos.

activos y, de forma muy interesante, la posible consolidación sustantiva limitada, al objeto de tratar las responsabilidades intragrupo⁸⁴.

VII. Conclusiones

Este trabajo ha intentado destacar los defectos de la propuesta presentada por la Comisión Europea para la reforma del Reglamento europeo de insolvencia en lo concerniente a los grupos de sociedades.

Si, por un lado, no es discutible que la solución propuesta es mejor que una administración completamente separada de procedimientos sobre miembros del grupo o que continuar ignorando el problema, por otro lado, es evidente que un fenómeno internacional como los grupos de sociedades necesita tratarse desde una perspectiva más amplia yendo más allá que los límites de la UE con el fin de alcanzar soluciones eficientes. Partiendo de que la asunción de una centralización de procedimientos abiertos respecto de diferentes miembros del grupo es beneficioso en términos de eficiencia económica y permite maximizar el valor de la empresa en beneficio de los acreedores y de otras partes interesadas, el planteamiento en dos niveles seguido en este trabajo nos da la oportunidad de reflexionar sobre la situación de lege lata y las perspectivas de *lege ferenda*. Respecto de la primera cuestión, y a pesar del silencio del REI, los Estados miembros tienen en realidad prácticas ampliamente reconocidas (“procedimientos secundarios sintéticos”) y mecanismos o acciones procesales (*forum non conveniens* y *anti-suit injunctions*), las cuales, por lo menos en abstracto, hacen factible la posibilidad de consolidar los procedimientos de insolvencia abiertos sobre diferentes miembros del grupo en el tribunal de la sociedad matriz, con independencia de que la estructura de grupo no esté limitada al territorio de la Unión Europea. Con relación a la segunda cuestión, con el fin de suplir la laguna actual presente en el REI y que consiste en no tener en cuenta una imagen más amplia del grupo en un contexto global, se hace necesaria la intervención de instituciones europeas para reformar el texto actual del REI. La solución preferible es eliminar la limitación geográfica del ámbito de aplicación del REI y, en-

⁸⁴ Un ejemplo es el ofrecido por el *Cross-Border Insolvency Concordat* adoptado por el Consejo de la *International Bar Association, Section on Business Law* (París, 17 septiembre 1995) y por el Consejo de la *International Bar Association* (Madrid, 31 mayo 1996). Vid. también, P.H. Zumbro, “Cross-Border Insolvencies and International Protocols — An Imperfect But Effective Tool”, *loc. cit.*, pp. 168–169; V. Sexton, “Current Problems and Trends in the Administration of Transnational Insolvencies Involving Enterprise Groups: The Mixed Record of Protocols, the Uncitral Model Insolvency Law and the EU Insolvency Regulation”, *loc. cit.*, p. 822; Uncitral, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part Three: The treatment of corporate groups in insolvency*, p. 109. Sobre esta cuestión y de forma más general sobre la elaboración y funcionamiento de los protocolos, Vid. también Á. Espiniella, “Los protocolos concursales”, *Anuario de Derecho Concursal*, 2007, pp. 165 ss.

tonces, extender los deberes de cooperación y comunicación también a los procedimientos de insolvencia abiertos fuera de la UE, cuando ello responda al mejor interés de los procedimientos y acreedores europeos.

Efectivamente, si es verdad que la cooperación entre tribunales y síndicos aumenta la posibilidad de alcanzar los objetivos concursales del grupo, entonces es evidente la necesidad de un tratamiento unificado para la cooperación con tribunales de terceros país para reforzar el funcionamiento adecuado del mercado interior y, en consecuencia, lograr los objetivos declarados en el preámbulo del REI. Sin embargo, en el caso de que el planteamiento unilateral aquí sugerido se considere de demasiado largo alcance en ausencia de reciprocidad del tercer Estado, la adopción por la UE de la Ley modelo de Uncitral puede ser todavía una solución viable que garantice, por lo menos de una forma flexible, cooperación con estándares similares a los del REI.

Bibliografía

- Arenas, R.: "Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento", *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 231–260.
- Bariatti, S.: "L'applicazione del regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza", *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 689 ss.
- Bell, A.: *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, Oxford, OUP, 2003.
- Benedettelli, M.: "Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2002, pp. 500–501.
- Briggs, A. y P. Rees: *Civil jurisdiction and judgments*, 5ª ed., Londres, 2009.
- Briggs, A.: "The Death of Harrods: *forum non conveniens* and the European Court", *L. Q. Rev.*, 2005, pp. 535 ss.
- Briggs, A.: "The Principle of Comity in Private International Law", *Recueil des Cours*, vol. 354, 2012, pp. 116 ss.
- Bufford, S.L.: "Coordination of Insolvency Cases for International Enterprise Groups: A Proposal", *Am. Bankruptcy L. J.*, 2012, pp. 685 ss.
- Bufford, S.L.: "International Insolvency Case Venue in the European Union: the Parmalat and Daisytek Controversies", *Columbia J. Eur. L.*, 2006, pp. 429 ss.
- Bufford, S.L.: *United States International Insolvency Law: 2008–2009*, New York; OUP, 2009.
- Bureau, D.: "La fine d'un îlot de résistance. Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2002, pp. 621 ss.
- Calvo Caravaca, A.L. y J. Carrascosa González: *Derecho concursal internacional*, Madrid, Colex, 2004.
- Chalas, C.: *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle e droit international privé*, Marsella, 2000.
- Chan Ho, L.: "Anti-suit Injunctions in Cross-Border Insolvency: a Restatement", *Int'l Comp. L. Q.*, 2003, pp. 697 ss.
- Chandra Mohan, S.: "Cross-Border Insolvency Problems: Is the Uncitral Model Law the answer?", *Int'l Insolvency Rev.*, 2012, pp. 208 ss.

- Damman, R. y M. Senechal: "La procédure secondaire du Règlement (CE) n. 1346/2000: mode d'emploi", *Revue Lamy droit des affaires*, octubre, 2006, pp. 83 ss.
- Damman, R.: "Mobilities of Companies and Location of Assets – Argument in Favor of a Dynamic and Teleological Interpretation of EC Regulation No 1346/2000 on Insolvency Proceedings", in G. Af-faki (dir.), *Faillite internationale et conflit de juridiction. Regards croisés transatlantique*, Bru-selas, 2007, pp. 121 ss.
- Daniele, L.: "Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2002, pp. 47 ss.
- Dawson, K.: "The Doctrine of *Forum Non Conveniens* and the Winding Up of Insolvent Foreign Com-panies", *J. Bus. L.*, 2005, pp. 28 ss.
- Dialti, F.: "Cooperazione tra curatori e corti in diritto internazionale fallimentare: un'analisi comparata", *Dir. Fall.*, 2005, I, pp. 1011 ss.
- Dicey, Morris & Collins: *The Conflict of Laws*, 15^a ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2012.
- Eidenmüller H. y T. Frobenius: "Ein Regulierungskonzept zur Bewältigung von Gruppeninsolvenzen: Verfahrenskonsolidierung im Kontext nationaler und internationaler Reformhaben", *ZIP*, 2013, Beilage zu Heft 22, pp. 14–15.
- Eidenmüller, E.: "A New Framework for Business Restructuring in Europe: The EU Commission's Proposals for a Reform of the European Insolvency Regulation and Beyond", *Maastricht J. Eur. Comp. L.*, 2013, pp. 142 ss.
- Eidenmüller, H.: "Verfahrenskoordination bei Konzerninsolvenzen", *ZHR*, 2005, pp. 533 ss.
- Espiniella, Á.: "Los protocolos concursales", *Anuario de Derecho Concursal*, 2007, pp. 165 ss.
- Espiniella, Á.: *Procedimientos de insolvencias y grupos multinacionales de sociedades*, Madrid, Civitas, 2006.
- Fallon, M. y T. Kruger: "The Spatial Scope of the Rules on Jurisdiction and Enforcement of Judgments: from Bilateral Modus to Unilateral Universality?", *Yearb. Priv. Int'l. Law*, 2012/2013, pp. 22 ss.
- Fallon, M.: "Approche systématique de l'applicabilité dans l'espace de Bruxelles I et de Rome I", en J. Meeusen, M. Pertegás, G. Straetmans (eds.), *Enforcement of International Contracts in the Euro-pean Union*, Antwerp–Oxford–New York, 2004, pp. 152 ss.
- Fawcett, J.J.: *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Oxford, OUP, 1995.
- Fentiman, R.: "Civil jurisdiction and third States: *Owusu* and after", *Common Market L. Rev.*, 2006, pp. 705–734.
- Fentiman, R.: "Comity and Antisuit injunctions", *The Cambridge L.J.*, 1998, pp. 467 ss.
- Fentiman, R.: "National Law and the European Jurisdiction Regime", en A. Nuyts, N. Watté, *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruselas, Bruylant, 2005, pp. 83 ss.
- Fentiman, R.: "Ousting Jurisdiction and the European Conventions", *The Cambridge Yearbook of Euro-pean Legal Studies*, 2000, pp. 107 ss.
- Fletcher, I.: *The Law of Insolvency*, 3rd ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2002.
- Fumagalli, L.: "Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza", *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 686 ss.
- Harris, J.: "Stays of Proceedings and the Brussels Convention", *Int'l Comp. L. Q.*, 2005, pp. 948–949.
- Hartley, T.: "The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law Conflicts of Laws", *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 54, 2005, pp. 813–828.
- Hess, B., P. Oberhammer y T. Pfeiffer: *European Insolvency Regulation. The Heidelberg–Luxem-bourg–Vienna Report*, Múnich, 2014.
- Hirte, H.: "Sechs Thesen zur Kodifikation der Konzerninsolvenz in der EuInsO", *ZInsO*, 2011, pp. 1178–1179.
- Hirte, H.: "Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups' Insolvencies", *European Company and Financial L. Rev.*, 2008, pp. 213 ss.

- Israël, J.: *European Cross-Border Insolvency Regulation*, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 252 ss.
- Janger, E.J.: "Virtual Territoriality", *Columbia J. Transnat'l L.*, 2010, pp. 401 ss.
- Keller, C.: "Der Vorschlag der Europäischen Kommission zur Reform der EuInsVO", *NZI*, 2013, pp. 57 ss.
- Kennett, W.: "Forum Non Conveniens in Europe", *Cambridge L. J.*, 1995, pp. 576 ss.
- Krebbel, S.: "Europäische Insolvenzordnung, Drittstaatengesellschaften, Drittstaatsachverhalte und innergemeinschaftliche Konflikte", *IPRax*, 2004, pp. 541 ss; I. Fletcher, *Insolvency in Private International Law*, 2ª ed., Oxford, 2005, pp. 382 ss.
- Kruger, T.: *Civil Jurisdiction Rule of the EU and Their Impact on Third States*, Oxford, OUP, 2008.
- Lupoi, M.A.: *Conflitti transnazionali di giurisdizione*, Milán, Giuffrè, 2002.
- Mariottini, C.: "The Proposed Recast of the Brussels I Regulation and Forum Non Conveniens in the European Union Judicial Area", en F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata, (eds.) *Recasting Brussels I*, Pádua, Cedam, 2012, pp. 285 ss.
- Marquette V. y C. Barbé "Les procédures d'insolvabilité extracommunautaires. Articulation des dispositions du règlement (CE) n° 1346/2000 et du droit commun des Etats membres", *Journ. dr. int.*, 2006, pp. 543 ss.
- Mazzoni, A.: "Cross-border Insolvency of Multinational Groups of Companies: Proposals for an European Approach in the Light of the Uncitral Approach", *Dir. comm. int.*, 2010, pp. 756 ss.
- Mazzoni, A.: "Osservazioni in tema di gruppo transnazionale insolvente", *Riv. dir. soc.*, 2007, 4, pp. 4 ss.
- McCormack, G.: "Reforming the European Insolvency Regulation: A Legal and Policy Perspective", *J. Priv. Int'l L.*, 2014, pp. 41 ss.
- Melin, F.: *Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, Bruselas, Bruylant, 2008.
- Menjucq M. y R. Damman: "Regulation No. 1346/2000 on Insolvency Proceedings: Facing the Companies Group Phenomenon", *Bus. L. Int'l*, 2008, pp. 154 ss.
- Menjucq, M.: "EC-Regulation No 1346/2000 on Insolvency Proceedings and Groups of Companies", *European Company and Financial L. Rev.*, 2008, pp. 135 ss.
- Menjucq, M.: "La proposition de règlement modifiant le règlement (CE) n° 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité : une évolution mais pas de revolution", *Revue des procédures collectives*, n° 1, Janvier 2013, pp. 18 ss.
- Mevorach, I.: "Centralising Insolvencies of Pan-European Corporate Groups: a Creditor's Dream or Nightmare?", *J. Bus. L.*, 2006, pp. 468 ss.
- Mevorach, I.: "INSOL Europe's Proposals on Groups of Companies (in Cross-Border Insolvency): A Critical Appraisal", *Int'l Insolvency L. Rev.*, 2012, pp. 183 ss.
- Mevorach, I.: "Jurisdiction in Insolvency – a Study of European Courts' Decisions", *J. Priv. Int'l L.*, 2010, pp. 341 ss.
- Mevorach, I.: "The 'Home Country' of a Multinational Enterprise Group Facing Insolvency", *Int'l Comp. L. Q.*, 2008, pp. 427 ss.
- Mevorach, I.: "Towards a consensus on the treatment of multinational enterprise groups in insolvency", *Cardozo J. Int'l & Comp. L.*, 2010, pp. 370 ss.
- Mevorach, I.: "Transaction Avoidance in Bankruptcy of Corporate Groups", *European Company and Financial L. Rev.*, 2011, pp. 235–258
- Millet, P.: "Cross-Border Insolvency: the Judicial Approach", *International Insolvency Review*, 1997, pp. 106 ss.
- Moss G. y C. Paulus, "The European Insolvency Regulation – the case for urgent reform", *Intelligence Insolvency*, 2006, pp. 1 ss.
- Moss, G.: "A Very Decent Proposal: the European Commission's proposals for reforming the EC Regulation on insolvency proceedings 1346/2000", *Intelligence Insolvency*, 2013, pp. 55–58

- Moss, G.: "Administration Orders for Foreign Companies: the Effect of the EC Regulation on Insolvency Proceedings 2000", *Intelligence Insolvency*, 2003, pp. 45 ss.
- Moss, G.: "Group Insolvency – Choice of Forum And Law: The European Experience under The Influence of English Pragmatism", *Brooklyn J. Int'l L.*, 2007, pp. 1009 ss.
- Niboyet, M.L.: "Le principe de confiance mutuelle et les Injonctions Anti-Suit", en P. de Vareilles-Sommières, *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Oxford–Portland, Hart Publishing, 2007, pp. 77 ss.
- Nietzer, E.: "Guidelines for Coordination of Multinational Enterprise Group Insolvencies", *International Insolvency L. Rev.*, 2012, pp. 510 ss.
- Nuyts, A.: "Le principes directeurs de l'Institut de droit international sur le recours à la doctrine du *forum non conveniens* at aux *antisuit injunctions*", *Rev. belge dr. int.*, 2003, pp. 550 ss
- Nuyts, A.: *L'exception de forum non conveniens*, Bruselas / París, 2003.
- Nuyts, A.: *Study of Residual Jurisdiction: Review of the Member States' Rules concerning the 'Residual Jurisdiction' of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations, final version dated 3 septembre 2007*, pp. 115–117. http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf.
- Omar, P.: "The Extra-territorial Reach of the European Insolvency Regulation", *Int'l Company & Com. L. Rev.*, 2007, pp. 63 ss.
- Pannen K. (ed.): *European Insolvency Regulation*, Berlín, De Gruyter Recht, 2007
- Pataut, E.: "Qu'est-ce qu'un litige "intracommunautaire"? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I", *Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand*, París, 2003, pp. 371 ss
- Paulus, C.G.: "'Protokolle' – ein anderer Zugang zur Abwicklung grenzüberschreitender Insolvenz", *ZIP*, 1998, pp. 977 ss.
- Paulus, C.G.: "Ways towards a Group Insolvency Law", en *Insolvency and Cross-border Groups. Uncitral Recommendations for a European Perspective?*, Quaderni di Ricerca della Banca d'Italia, n° 69, 2011, pp. 42–43.
- Paulus, C.G.: *Europäische Insolvenzverordnung: EuInsVo Kommentar*, 4ª ed., Frankfurt Am Main, 2013.
- Pleister, C.: "Das besondere Koordinationsverfahren nach dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen", *ZIP*, 2013, pp. 1013 ss.
- Pottow, J.A.E.: "A New Role for Secondary Proceedings in International Bankruptcies", *Texas Int'l L.J.*, 2011, pp. 584 ss; A. Verhoeven, "Ein Konzerninsolvenzrecht für Europa – Was lange währt, wird endlich gut?", *ZInsO*, 2012, pp. 2375 ss.
- Queirolo, I.: *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, Turín, Giappichelli, 2007, pp. 194 ss.
- Raphael, T.: *The Anti-suit Injunction*, Oxford, OUP, 2008.
- Requejo Isidro, M.: "La cooperación judicial en materia de insolvencia transfronteriza en la propuesta de Reglamento del parlamento europeo y del consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia", en este mismo tomo del *AEDIPr*, *supra*, pp. 217-246.
- Reumers, M.: "Cooperation between Liquidators and Courts in Insolvency Proceedings of Related Companies under the Proposed Revised EIR", *European Company and Financial L. Rev.*, 2013, pp. 554 ss.
- Reuß, P.M.: "Europäisches Insolvenzrecht 3.0 oder doch nur Version 1.1?", *EuZW*, 2013, pp. 168 ss.
- Sarra, J.: "Oversight and Financing of Cross-Border Business Enterprise Group Insolvency Proceedings", *Texas Int'l L. J.*, 2009, pp. 549 ss.

- Sexton, A.V.: "Current Problems and Trends in the Administration of Transnational Insolvencies Involving Enterprise Groups: The Mixed Record of Protocols, the Uncitral Model Insolvency Law and the EU Insolvency Regulation", *Chicago J. Int'l L.*, 2011, pp. 811 ss.
- Siemon, K. y F. Frind: "Groups of Companies in insolvency: A German Perspective. Overcoming the Domino Effect in an (International) Group Insolvency", *Int'l Insolvency Rev.*, 2013, pp. 61 ss.
- Smart, P.: *Cross-Border Insolvency*, 2ª ed., Londres, Butterworths, 1998
- St. J. Smart, P.: "Forum Non Conveniens in Bankruptcy Proceedings", *J. Bus. L.*, 1989, pp. 126 ss;
- St. J. Smart, P.: *Cross-Border Insolvency*, 2ª ed., Londres, Butterworths, 1998.
- Struycken, A.V.M.: "Bruxelles I et le monde extérieur", *Liber Fausto Pocar*, Milán, Giuffrè, 2009, pp. 897 ss.
- Struycken, A.V.M.: "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 232, 1992, pp. 340 ss.
- Uncitral, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part Three: The Treatment of Corporate Groups in Insolvency*, 2010
- Uncitral: *Legislative Guide on Insolvency Law, Part Three: The treatment of corporate groups in insolvency*, 2010.
- Usunier, L.: *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Paris, Economica, 2008.
- Vallender, H. y S. Deyda: "Brauchen wir einen Konzerninsolvenzgerichtsstand?", *NZI*, 2009, pp. 829 ss.
- Vallens, J.L.: "Réviser le règlement communautaire CE 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité", *Revue des procédures collectives*, Mai-Juin 2010, pp. 27 ss.
- Van Galen, V.: "International groups of insolvent companies in the European Community", *Int'l Insolvency L. Rev.*, 2012, pp. 379 ss.
- Vattermoli, D.: "Gruppi multinazionali insolventi", *Riv. dir. comm.*, 2013, pp. 585 ss.
- Verhoeven, A.: "Ein Konzerninsolvenzrecht für Europa – Was lange währt, wird endlich gut?", *ZInsO*, 2012, pp. 2374 ss.
- Virgós, M. y F.J. Garcimartin, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, La Haya, 2004.
- Vitellino, G.: "The Brussels I Regulation and Concurrent Proceedings in Third Countries: A Possible Reform", en V. Tomljenović e I. Kunda (eds.), *Uredba Bruxelles I: izazovi hrvatskom pravosuđu. The Brussels I Regulation: Challenges for Croatian Judiciary*, 2012, pp. 135 ss.
- Vlas, P.: "Art. 2", en U. Magnus y P. Mankowski, *Brussels I Regulation, 2nd Revised Edition*, 2012, pp. 79 ss.
- Wautelet, P.: "Some consideration on the Center of Main Interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation", en G. Affaki (ed.), *Faillite internationale et conflit de juridiction: regards croisés transatlantiques: US-EU experience*, Bruselas, Bruylant, 2007, pp. 73 ss.
- Weitz, W.P. y T. M. Wiener: "Offshore Jurisdictions Embrace Universalism in Waste2energy", *American Bankruptcy Institute Journal*, 2013, pp. 42 ss.
- Wessels, B. A. Markell y J.J. Kilborn: *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, Oxford, OUP, 2009
- Wessels, B.: "International jurisdiction to open insolvency proceedings in Europe, in particular against (groups of) companies", *Current Topics of International Insolvency Law*, 2004, Deventer, Kluwer, pp. 181 ss.
- Wessels, B.: "The Ongoing Struggle of Multinational Groups of Companies under the EC Insolvency Regulation", *European Company Law*, 2009, pp. 175 ss.
- Wessels, B.: "The Ongoing Struggle of Multinational Groups of Companies under the EC Insolvency Regulation", *European Company Law*, August 2009, pp. 169–177.

- Wessels, B.: "Will Uncitral bring Changes to Insolvency Proceedings outside the USA and Great Britain? It Certainly Will", *International Corporate Rescue*, 2006, pp. 200 ss.
- Westbrook, L.: "The Lessons of Maxwell Communications", *Fordham L. Rev.*, 1996, pp. 2531 ss; y E.D. Flaschen, R.J. Silverman, "Cross-Border Insolvency Cooperation Protocols", *Tex. Int'l L. J.*, 1998, pp. 590-592.
- Winkler, M. y P. Fazzini: "La proposta di modifica del regolamento sulle procedure di insolvenza", *Dir. comm. int.*, 2013, 141 ss.
- Wouters, N. y A. Raykin: "Corporate Group Cross-Border Insolvencies Between The United States & European Union: Legal & Economic Developments", *Emory Bankruptcy Developments Journal*, 2013, pp. 399 ss.
- Zumbro, P.H.: "Cross-Border Insolvencies and International Protocols – An Imperfect But Effective Tool", *Bus. L. Int'l*, 2010, pp. 157 ss.

¿HACIA UNA REFORMA FALSAMENTE TÉCNICA DEL REGLAMENTO SOBRE EL PROCESO EUROPEO DE ESCASA CUANTÍA Y SUPERFICIAL DEL REGLAMENTO SOBRE EL PROCESO MONITORIO EUROPEO? *

Emmanuel GUINCHARD **

SUMARIO: I. Introducción. II. Dificultades intrínsecas al Reglamento PEC. 1. Un Reglamento con un ámbito de aplicación limitado. 2. Un Reglamento que lleva a cabo una uniformización relativa. 3. Un Reglamento que deja que desear en cuanto a seguridad jurídica. III. Dificultades extrínsecas al Reglamento PEC. 1. Un Reglamento insuficientemente conocido por sus usuarios potenciales. 2. Un Reglamento que los Estados no se toman suficientemente en serio. 3. Un Reglamento enfrentado a la diversidad lingüística que caracteriza a la Unión Europea.

RESUMEN: El autor analiza la Propuesta de reforma de los Reglamentos sobre el proceso europeo de escasa cuantía y sobre el proceso monitorio europeo, presentada por la Comisión Europea en noviembre de 2013. En relación al proceso monitorio europeo, la reforma propuesta es meramente técnica, cuando hubiera sido preferible una revisión de mayor calado para dar solución a importantes problemas que han surgido a lo largo de sus cinco años de aplicación. En relación al proceso europeo de escasa cuantía, la reforma propuesta se presenta como técnica, pero contiene algunas sugerencias que pueden dar lugar a cambios muy relevantes en el modelo de proceso. El autor examina los problemas intrínsecos y extrínsecos que han limitado la efectividad del Reglamento, y analiza si las propuestas de la Comisión son susceptibles de dar solución a los mismos.

PALABRAS CLAVE: DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO – PROCESO MONITORIO EUROPEO – PROCESO EUROPEO DE ESCASA CUANTÍA – ESPACIO JUDICIAL CIVIL EUROPEO.

ABSTRACT: The author analyses the Proposal for an amendment of the Regulations establishing the European Small Claims Procedure and the European Order for Payment Procedure, presented by the Commission in November 2013. As regards the European Payment Order, the proposed reform is merely technical, whereas it would have been better to carry out a more far-reaching revision in order to solve important problems which have arisen in the course of its application. Regarding the Small Claims Procedure, the proposed reform appears to be technical, but it contains suggestions which could trigger relevant changes in the procedure. The author examines the intrinsic and extrinsic problems

* Traducido del francés por Crístian Oró Martínez, Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law.

** Senior Lecturer in Law. Northumbria University (Reino Unido).

which have curtailed the effectiveness of the Regulation and assesses whether the proposals of the Commission are capable of solving them.

KEY WORDS: EUROPEAN CIVIL PROCEDURAL LAW – EUROPEAN ORDER FOR PAYMENT PROCEDURE – EUROPEAN SMALL CLAIMS PROCEDURE – EUROPEAN CIVIL JUSTICE AREA.

I. Introducción

La Comisión Europea ha publicado recientemente su Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (en adelante, PEC) y el Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (en adelante, PME)¹. En realidad, la propuesta se ocupa casi exclusivamente del PEC, mientras que el PME es objeto de una sola modificación², como demuestra la prioridad dada en el título al Reglamento más reciente. No obstante, era probablemente más urgente una reforma estructural del reglamento PME, por lo que la propuesta de reforma que estudiaremos sorprende ante todo por aquello de lo que no se ocupa.

Ciertamente, el Reglamento PME, que cumplió cinco años el 12 diciembre 2013, parece funcionar bastante bien, puesto que ya ha permitido el cobro de centenares de millones de euros. Además, empieza a ser objeto de una jurisprudencia europea y nacional que se amplía poco a poco³, lo que permitirá que su utilización sea cada vez más sencilla. Su objetivo es precisamente ofrecer a los acreedores un modo de cobro eficaz de sus créditos, especialmente porque el requerimiento europeo de pago puede ser expedido exclusivamente sobre la base de las alegaciones del demandado, lo que contrasta con el modelo documentario, más exigente, adoptado en la práctica totalidad de Estados del sur de Europa⁴. El Tribunal de Justicia, desde su primera sentencia de fondo relativa al PME, ha confirmado este extremo, afirmando que el art. 7 del Reglamento “regula de manera exhaustiva los requisitos que debe cumplir la petición de requerimiento europeo de pago”⁵. La formulación general utilizada por el Tribunal va más allá del objeto específico de la sentencia, que son los intereses, y excluye la posibili-

¹ 19 noviembre 2013, COM(2013) 794 final.

² El art. 2 de la propuesta añade un nuevo art. 17 al Reglamento PME, sobre los efectos de la oposición.

³ Sobre las jurisprudencias belga y europea, *vid.* P. Gielen y G. Payan, “Droit judiciaire européen: actualités et perspectives”, *Ius & Actores*, 2013, 2, pp. 113 ss, esp. pp. 167 ss.

⁴ No sin alguna crítica, como la de J.P. Correa Delcasso, *El proceso monitorio europeo*, Madrid, M. Pons, 2008.

⁵ STJUE 13 diciembre 2012, as. C-215/11: *Iwona Szyrocka*, fallo y ap. 32.

dad de añadir cualquier otra condición, sea formal o sustancial. En consecuencia, un juez no podrá exigir, en virtud de su Derecho nacional, la presentación de las pruebas descritas por el acreedor en su petición de requerimiento europeo de pago, puesto que el art. 7.2º.e) sólo exige “una descripción de los medios de prueba que acrediten la deuda”. Dicho de otro modo, no hay escapatoria posible al modelo sin prueba establecido por el Reglamento PME, como dispuso el Tribunal siguiendo las conclusiones del Abogado General en el mismo asunto⁶, invalidando así la posición doctrinal mayoritaria en los países del sur de Europa, que prefería ver en el Reglamento PME un compromiso entre el modelo documentario francés y el modelo no documentario germánico, y no una derrota pura y simple del primero⁷. Así pues, con esta jurisprudencia parece que el requerimiento europeo de pago está destinado a permanecer en su forma actual, lo que viene confirmado por la citada propuesta de 19 noviembre 2013, que no prevé más que una reforma técnica, y no estructural, del Reglamento PME. El debate no es teórico, puesto que la adopción a nivel europeo del modelo de requerimiento europeo de pago incide claramente en la aplicación del Reglamento PME. En efecto, a partir de algunas estadísticas disponibles, se observan importantes variaciones entre países en el número de requerimientos europeos de pago: mientras que en 2012 se contabilizaron en Francia tan solo 321 requerimientos ante los tribunales comerciales⁸ (que aun cuando no representan al conjunto de los órganos jurisdiccionales franceses, sí suponen los órganos más adecuados para un proceso destinado a las empresas), el número de peticiones de requerimiento europeo de pago en Alemania fue de 2972 en 2011, 4130 en 2012 y 3576 en 2013⁹. En Austria se contabilizaron 2177 requerimientos europeos de pago en 2010¹⁰. En Bélgica, mientras que en el primer año y medio de aplicación sólo se

⁶ Conclusiones de P. Mengozzi de 28 junio 2012, aps. 71 ss, esp. ap. 74 y nota 13.

⁷ Por ejemplo, R. Perrot, “L’injonction de payer urbi et orbi”, *Ius & Actores*, 2009, nº 5. En contra, E. Guinchard, “L’Europe, la procédure civile et le créancier: l’injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges”, *Rev. trim. dr. com.*, 2008, p. 465.

⁸ Según M. Barbin, Presidente del *Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce* (intervención en la *Chambre de commerce et d’industrie* de París, 22 marzo 2013).

⁹ Según las cifras obtenidas directamente del tribunal de Berlín-Wedding, que centraliza los PME a nivel nacional, sabiendo que más del 90% de peticiones de requerimiento europeo de pago son aceptadas, esto es, dan lugar al otorgamiento del requerimiento. Debe precisarse, en el marco de una comparación de los méritos respectivos del modelo sin prueba germánico (adoptado por el Reglamento PME) y del modelo con pruebas francés, que en el primero la tasa de oposición superaba el 17% en 2012 y se acercaba al 19,5% en 2013, lo que representa entre el doble y el triple de la tasa que tradicionalmente se da en el modelo francés. Claro está que sería igualmente interesante saber cuántas de estas oposiciones son realmente fundadas, si bien la mera existencia de una oposición hacer perder el interés del PME para el acreedor.

¹⁰ Según “Mise en oeuvre des instruments optionnels dans le domaine du droit civil en Europe”, estudio para la Comisión JURI del Parlamento Europeo, PE462.42, 2012, p. 122.

recibieron 320 peticiones, actualmente se superan las 1000 peticiones anuales¹¹. Dicho en otros términos, a excepción quizá de Luxemburgo¹², el Reglamento tiene éxito sobre todo en los países que lo inspiraron (Alemania y Austria) o que no disponen de un proceso monitorio nacional satisfactorio (Bélgica¹³). Se dibuja así una Europa a la carta, donde cada uno elige del menú especialmente aquello que él mismo ha puesto. Quizá se trate solamente de un fenómeno transitorio, preludio de un éxito generalizado del proceso monitorio europeo gracias a la búsqueda actual, en el tiempo y en el espacio, de su máxima eficacia. En el tiempo, si tomamos en consideración la informatización en curso del PME, que consiste, más allá de los formularios llamados dinámicos ya disponibles en el portal e-Justicia de la Unión Europea, en conectar entre sí los sistemas nacionales que permiten el tratamiento íntegramente electrónico de los requerimientos de pago, sistemas que en la actualidad están principalmente concebidos para una utilización solamente interna¹⁴. En el espacio, porque si el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil, llamado Bruselas I bis (RB I bis), va mucho menos lejos que la propuesta de Reglamento de la que deriva, se aplicará no obstante, a partir del 10 enero 2015, en ciertos supuestos (más numerosos que hoy) en los que el demandado esté domiciliado en un Estado tercero. Este será el caso, en particular, de los casos que impliquen a un demandante consumidor o empleado situado en un Estado miembro. Sin embargo, los foros de competencia en el PME vendrán determinados, excepto cuando el demandado sea un consumidor, por el RB I bis (como se deriva de una lectura conjunta de los arts. 6 del Reglamento PME y 80 del RB I bis). El PME podrá pues ser utilizado en un

¹¹ Vid., respectivamente, *Conseil supérieur de la justice belge*, “Avis d’office sur l’application de l’injonction de payer européenne”, 26 enero 2011, p. 18, y la investigación llevada a cabo por P. Gielen (con M. Nieuwlandt), “L’injonction de payer européenne : nécessité d’une remise en cause profonde sur son application en droit belge à l’aune de la future ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires”, *Ius & Actores*, 2014, en prensa.

¹² En Luxemburgo, en 2010, hubo menos de 190 peticiones de requerimiento europeo de pago, cifra importante en relación con el tamaño del país (según “Mise en oeuvre des instruments optionnels...”, *loc. cit.*, p. 121). En cambio, el tribunal más importante de Grecia (el TGI de Atenas) sólo recibió 14 peticiones en 2010 (*id.*, p. 120).

¹³ País que actualmente trata de incrementar la eficacia de su proceso, si bien no parece que el proyecto de Ley de 31 marzo 2014, que se encuentra en estudio en la *Chambre des représentants* belga (<http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/53/3512/53K3512001.pdf>), vaya en la buena dirección, sobre todo por cuanto instaura una conciliación previa obligatoria (art. 9 del proyecto, que modifica el art. 1342 del *Code judiciaire* belga). Sobre el anteproyecto de 13 diciembre 2013, *vid.* el informe del *Conseil d’État* belga n° 54.843/2, de 14 enero 2014 (disponible en la misma dirección electrónica).

¹⁴ Proyecto e-Codex, que reúne a Alemania, Austria, Estonia, Francia, Grecia, Italia y los Países Bajos para una prueba experimental durante 12 meses, a partir julio 2013: <http://www.e-codex.eu/news-and-media/news/single-view/article/civil-law-pilots-and-criminal-law-pilots.html>.

mayor número de casos que en la actualidad¹⁵, aun cuando sus potencialidades en este sentido no serán todavía enteramente explotadas.

Esta búsqueda de la plena eficacia del PME resulta eminentemente deseable para que el instrumento procesal creado sea realmente útil para los acreedores, ya que debe reconocerse, aun admitiendo que el contencioso transfronterizo es todavía reducido en relación al contencioso puramente interno, que la utilización del PME es aún irrisoria en comparación con el número de procesos monitorios nacionales. Estos últimos tienen ciertamente la ventaja de ser bien conocidos por los operadores jurídicos, no pudiéndose ignorar en este sentido la fuerza de la costumbre¹⁶. Se benefician además, en muchos casos, de la informatización del procedimiento (al contrario de lo que sucede a menudo con el PME¹⁷), de su equiparación con el Derecho europeo en relación con la cuantía del crédito susceptible de ser reclamada (así en el Derecho español, que tras la Ley 37/2011, de 10 octubre, ya no cuenta con ningún tope máximo en relación a la cuantía del crédito susceptible de ser cobrado mediante el proceso monitorio), y pronto, con la entrada en vigor del RB I *bis*, de la eliminación del procedimiento de exequátur, que durante mucho tiempo constituyó el principal valor añadido del PME¹⁸. El primer proceso europeo, que al fin y al cabo no es sino facultativo, podría pues perder gran parte de su interés de resultados de la integración más avanzada que supone el sistema Bruselas I *bis*. Por lo que cabe preguntarse si más Europa no conduce, a veces, a menos Europa... Y por lo que cabe igualmente preguntarse por qué la Comisión Europea ha escogido no reformar el Reglamento PME, puesto que la actual búsqueda de la plena eficacia del PME debería venir acompañada de un refuerzo correlativo de los derechos de defensa. Entiéndase bien: esta búsqueda es legítima y bienvenida, lo que no lo es tanto es el correlativo aumento del desequilibrio ya existente entre las partes. Si algunos Estados se muestran reticentes a aplicar el Reglamento PME, es justamente porque les parece que, en el modelo no documentario escogido por el legislador europeo y confirmado por el Tribunal de Justicia, los derechos de defensa no están suficientemente garantizados. Con todo, aun cuando actualmente parece delicado

¹⁵ Vid. A. Berthe, "L'impact du règlement Bruxelles I bis sur les règlements TEE, IPE et RPL", en *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, 2014, en prensa.

¹⁶ Para un examen reciente del proceso monitorio italiano desde la perspectiva jurisprudencial, vid. E. Zucconi Galli Fonseca, "Profili attuali del procedimento per ingiunzione", *Riv. trim. dr. proc. civ.*, 2013, p. 103.

¹⁷ La informatización puede volver mucho más atractivo un procedimiento, si se toma el ejemplo del Tribunale de Milán, que de este modo redujo el plazo de obtención de un requerimiento de pago de 45 a 6 días [según E. Silvestri, "Simplification of Debt Collection in the EU. Notes from the Italian Front", *Revista de Processo*, n° 218, 2013, p. 113, esp. p. 120, subrayando que esta informatización sólo se extiende al proceso monitorio nacional (p. 125)].

¹⁸ El Tribunal de Justicia es consciente de esta competencia, como demuestra el ap. 47 de su sentencia de 13 diciembre 2012, citada.

modificar el Reglamento en relación con este punto esencial, cabe por lo menos exigir al legislador europeo que sea coherente. El modelo no documentario depende enteramente de la actitud del demandado, cuya correcta notificación constituye también un presupuesto. Sin embargo, esta última no está garantizada por el Reglamento PME que, inspirándose fuertemente en el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo¹⁹, acepta prácticamente todos los métodos de notificación conocidos (sólo está excluida la notificación puramente ficticia, tal como la notificación por edictos), para a continuación intentar compensar sus debilidades a través de la apertura de un recurso excepcional en el art. 20; un equilibrio entre dos extremos que no constituye una solución satisfactoria, aun cuando algunos en el Tribunal de Justicia se esfuercen actualmente por paliar estos defectos²⁰. En otros términos, el legislador europeo ha roto, en aras de la eficacia, la coherencia interna del modelo escogido por él mismo. La propuesta de 19 noviembre 2013 constituía así pues la ocasión esperada para poner remedio a estas dificultades, ocasión que se ha dejado perder. Esperemos que el Parlamento Europeo y el Consejo se muestren más prudentes.

Si la mera reforma técnica del Reglamento PME no resulta satisfactoria, ello no supone que consideremos que el Reglamento PEC no debe ser modificado. Ciertamente, el Reglamento PEC presenta a priori múltiples ventajas prácticas para el acreedor. En primer lugar, instituye un proceso esencialmente único a través de la UE²¹, que conduce a un título europeo ab initio, y no a un título de origen nacional que deviene posteriormente europeo mediante su certificación como título ejecutivo europeo por parte del tribunal de origen. La uniformidad constituye per se una ventaja para el acreedor, que ya no necesita conocer el funcionamiento de cada procedimiento nacional, lo que reviste particular interés para un consumidor, destinatario principal del Reglamento PEC, puesto que normalmente carece de conocimientos jurídicos, y a fortiori en lo relativo a procedimientos extranjeros. En segundo lugar, el PEC fue pensado, al contrario que los procesos nacionales equivalentes, para el contexto transfronterizo, lo que se traduce, entre otros extremos, en la utilización de formularios concebidos para superar los obstáculos lingüísticos, cuyo efecto se ve reforzado por la posibilidad otorgada a los Estados de concentrar el conjunto de contenciosos derivados del PEC ante un único órgano jurisdiccional, con la finalidad de facilitar la formación lingüística de su personal. Finalmente, la decisión emanada de un PEC, que se caracteriza por su rapidez, goza de estrictos plazos que delimitan práctica-

¹⁹ Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

²⁰ Vid. las conclusiones del Abogado General Y. Bot, presentadas el 9 abril 2014 en los asuntos acumulados C-119/13 a C-121/13, esp. ap. 49.

²¹ Excepto en Dinamarca.

mente cada fase del proceso; su coste es limitado, sobre todo porque las partes se ven dispensadas de representación procesal obligatoria y reciben asistencia práctica por parte de los Estados, que además se ven incitados a fijar tasas razonables y a recurrir a las tecnologías modernas. El PEC no sólo se beneficia de la eliminación del exequátur, que no se extenderá a las decisiones surgidas del RB I *bis* hasta 2015, sino también de fuerza ejecutiva inmediata, puesto que un eventual recurso no puede suspender su ejecución.

El PEC parece pues particularmente atractivo para el acreedor. En consecuencia, cabría esperar una utilización del PEC si no masiva, sí por lo menos elevada. Pero este no es el caso. En efecto, a pesar de que lamentablemente carecemos de estadísticas completas, fiables y recientes²², y aun cuando existen supuestos de utilización satisfactoria del PEC, puede afirmarse que el proceso sigue estando ampliamente infrautilizado. Así, desde el 1 enero 2009 hasta el 30 abril 2010, el Consejo Superior de la Justicia belga sólo habría contabilizado 60 demandas de PEC²³, mientras que el Ministerio de Justicia neerlandés habla sólo de 10 o 20 asuntos en 2009 y 2010²⁴, y Luxemburgo cita 26 demandas en 2009–2010²⁵. No obstante, deben reseñarse importantes variaciones entre los distintos países. Por ejemplo, en 2010 se contabilizaron 36 demandas en Francia frente a 233 en el Reino Unido²⁶, aun tratándose de Estados de tamaño comparable, contraste aún más importante si lo comparamos con Austria, donde se presentaron 177 demandas de PEC en 2010²⁷. No parece que la situación haya mejorado mucho desde entonces. Las razones son múltiples, varias están expuestas en particular en un informe de la Red de Centros Europeos de Consumidores²⁸, y pueden ser clasificadas en dos categorías: las dificultades que son directamente imputables al Reglamento PEC y las que van más allá del mismo.

²² Como se señala en ECC–Net, “European Small Claims Procedure Report”, 21 septiembre 2012. Este informe actualiza un estudio de 2010, presentado por E. Appelmans, directora del Centro Europeo de Consumidores (CEC) de Bélgica con ocasión de un seminario organizado conjuntamente con el Ministerio de Justicia belga el 2 diciembre 2010 (“Introduction et présentation de l’étude du réseau des CEC sur l’implémentation du Règlement 861/2007 au sein de l’UE”, en “Procédure européenne pour le règlement des petits litiges: inconnue ou impopulaire?”, <http://www.cecbelgique.be/seminaire-procedure-europeenne-pour-le-reglement-des-petits-litiges-inconnue-ou-impopulaire-s69511.htm>).

²³ E. Van den Eeden, “Application pratique du Règlement dans le droit procédural belge”, conclusión (primer párrafo), intervención (actualizada a 16 noviembre 2011) en el seminario “Procédure européenne pour le règlement des petits litiges : inconnue ou impopulaire?”, citado *supra*.

²⁴ Parlamento Europeo, Dirección General de Políticas Internas, “Cross-border alternative dispute resolution in the European Union”, junio de 2011, PE464.424, p. 55.

²⁵ Según “Mise en oeuvre des instruments optionnels...”, *op. cit.*, p. 108.

²⁶ Parlamento Europeo, Dirección General de Políticas Internas, “Cross-border alternative dispute resolution in the European Union”, *loc. cit.*

²⁷ Según “Mise en oeuvre des instruments optionnels...”, *op. cit.*, p. 108.

²⁸ Informe ECC–Net 2012, *op. cit.*

II. Dificultades intrínsecas al Reglamento PEC

El Reglamento PEC ha sido objeto de numerosas críticas (sin por ello olvidar el avance que el mismo ha supuesto). En efecto, su redacción resulta en ocasiones defectuosa. En primer lugar, desde un punto de vista lingüístico, como demuestra el art. 4.4º *in fine* de la versión española, que habla de una demanda que “se desestimarán” cuando debería decir que “se rechazará o se inadmitirá la demanda”²⁹. Lo mismo es igualmente válido en cuanto al fondo. Así, mientras que el art. 3.1º del Reglamento establece en la definición de asunto transfronterizo (que convendría modificar para que el consumidor pueda beneficiarse del RB I *bis*³⁰), como condición de aplicación del Reglamento, una equivalencia entre domicilio y residencia habitual³¹, sólo el primero ha merecido la atención del legislador europeo, consagrando una disposición específica a su determinación³². ¿No es acaso la residencia habitual un criterio merecedor de alguna aclaración, como lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al RB II *bis*³³? Se trata no obstante de defectos secundarios, que si bien merecerían ser corregidos con ocasión de la revisión del art. 28, no constituyen en absoluto

²⁹ Según A.J. Valencia Mirón, “El proceso europeo de escasa cuantía”, en A. de la Oliva Santos (dir.), *Derecho procesal civil europeo*, vol. III, *Tutela judicial del crédito en la Unión Europea*, Aranzadi / Thomson Reuters, 2011, pp. 311–312, señalando que el término empleado por el legislador europeo corresponde a una situación totalmente excepcional en Derecho español.

³⁰ El RB I *bis* permitirá que el consumidor demande ante los tribunales de su propio Estado a un cocontratante domiciliado fuera de la Unión Europea (y que no disponga en ella de sucursal, agencia u otro establecimiento). Sin embargo, en este caso, el consumidor estará domiciliado en un Estado miembro, al contrario que su cocontratante y demandado, pero no en un Estado miembro distinto del Estado miembro del tribunal ante el que se ha presentado la demanda, contrariamente a lo que exige el art. 3 del Reglamento PEC [vid. E. Guinchard, “Le règlement des petits litiges: un premier bilan plutôt décevant”, en J. Attard et al. (dirs.), *Un recouvrement de créances sans frontières ?*, Larcier, 2013, p. 65]. Afortunadamente la Comisión Europea propone una modificación del Reglamento PEC sobre este extremo: Vid. su propuesta de 19 noviembre 2013, ap. 3.1.2 y la supresión del actual art. 3 del Reglamento PEC (con un nuevo art. 2). Sin embargo, al adoptar una definición negativa de litigio transfronterizo (vid. el nuevo art. 2), la Comisión va demasiado lejos y su probable fracaso podría conllevar la necesidad de adaptar el actual Reglamento PEC al Reglamento Bruselas I bis. Sobre la propuesta de reforma del Reglamento PEC en general, vid. J.C. Ortiz Pradillo, “Propuesta de reforma del Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía y el Reglamento sobre el proceso monitorio europeo”, *Revista General de Derecho Procesal*, n° 32, enero 2014; G. Payan, “Procédure européenne de règlement des petits litiges : Proposition de réforme de la Commission européenne”, *LexBase*, n° 554, 16 enero 2014.

³¹ Esta equivalencia se mantiene en la propuesta de reforma del Reglamento PEC, a pesar de la eliminación del art. 3 (nuevo art. 2.2º).

³² El art. 3.2º, en virtud del cual el domicilio debe determinarse de conformidad con los arts. 59 y 60 RB I.

³³ Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.

obstáculos serios para el buen funcionamiento del PEC. Al contrario, hay tres características del Reglamento PEC que explican probablemente, al menos en parte, su escaso éxito: su ámbito de aplicación limitado, la uniformización relativa que lleva a cabo y el débil nivel de seguridad jurídica que ofrece.

1. Un Reglamento con un ámbito de aplicación limitado

El Reglamento PEC se caracteriza por un ámbito de aplicación particularmente reducido si lo comparamos con los otros Reglamentos del Espacio Judicial Europeo. No nos referimos con esto al hecho, en cualquier caso no específico, de que se ocupe tan solo de asuntos transfronterizos³⁴, restricción fácilmente salvable mediante el mecanismo de la cesión de crédito, puesto que tan solo el litigio debe ser transfronterizo, y no la transacción inicial. Nos referimos, en primer lugar, a la exclusión de un gran número de ámbitos que sin embargo sí recaen en el ámbito de aplicación del RB I, texto de referencia en la “materia civil y mercantil”. Así sucede con el Derecho del trabajo. Si bien es cierto que su inclusión tendría un interés reducido por cuanto –y esta es la segunda, y mucho más importante, restricción– la cuantía de la demanda, principal o reconvencional, no debe sobrepasar los 2000 euros (excluidos intereses, gastos y costas).

Este límite pronto dio lugar a estrategias para soslayarlo. Desde la perspectiva del demandante principal, preguntándose si cabía plantear, dentro del Reglamento PEC, una acción parcial; la doctrina alemana aceptó el planteamiento de una acción parcial (*Teilklage*) por una cuantía inferior o igual a 2000 euros³⁵, al contrario que la doctrina italiana, que veía en tal acción un abuso procesal³⁶. Desde la perspectiva del demandado, se ha constatado³⁷ la práctica de formular demandas reconvencionales fantasiosas, pero que tenían como objetivo común el sobrepasar los 2000 euros, consiguiendo así impedir la aplicación del Reglamento PEC, lo que lleva a interrogarse sobre cómo sancionar un abuso manifiesto. Estas dificultades no son en absoluto insalvables. La primera constituye una cuestión clásica de procedimiento, y la divergencia de opiniones no debería solucio-

³⁴ Lo que sigue siendo el caso en la propuesta de reforma de la Comisión Europea, aunque definiendo los litigios transfronterizos de manera negativa y por lo tanto extensiva.

³⁵ B. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, C.F. Müller, 2010, p. 576, nota 320: “Eine Teilklage, die den Betrag von € 2000 nicht übersteigt, unterfällt der [Verordnung]”.

³⁶ E.D’Alessandro, “Choosing Among the Three Regulations Creating a European Enforcement Order (EEO Regulation, EOP Regulation, ESCP Regulation): Practical Guidelines”, *Int’l Lis*, 2010, p. 44, nota 25, citando en este sentido la decisión 23726 de la Corte de casación italiana, de 15 noviembre 2007, que había rechazado el fraccionamiento del cobro de un crédito pecuniario en distintas acciones en base al principio de buena fe y del derecho a un juicio justo.

³⁷ X. Kramer, “Application de la PEPL. Une approche académique”, en el seminario “Procédure européenne pour le règlement des petits litiges: inconnue ou impopulaire?”, citado *supra*; E. Van den Eeden, “Application pratique du Règlement dans le droit procédural belge”, *loc. cit.*

narse en base al art. 19 del Reglamento, que reenvía al Derecho nacional para todas las cuestiones procesales no reguladas, sino que debería ser sometida al Tribunal de Justicia mediante una cuestión prejudicial sobre la base del art. 267 TFUE, puesto que constituye una condición esencial para la aplicación del PEC; sin perjuicio de que esta cuestión sea abordada con ocasión de la revisión del Reglamento. Consideramos que la segunda encuentra una repuesta en el propio Reglamento PEC. En efecto, le corresponde al demandante principal describir los elementos de prueba en que se fundamenta la demanda y aportar los documentos justificativos pertinentes (art. 4.1º), y al tribunal le corresponde verificar la aplicabilidad del Reglamento, puesto que si no se da debe informar de ello al demandante (art. 4.3º), pudiendo además en todo caso solicitar informaciones complementarias o rechazar la demanda si esta es manifiestamente infundada o inadmisibile (art. 4.4º). En virtud del art. 5.7º, el art. 4 se aplica *mutatis mutandis* a las demandas reconvencionales. Por tanto, un demandante reconvencional no debería poder zafarse de modo abusivo de un PEC³⁸. El interés de estos debates es en realidad otro: a saber, mostrar que la cifra de 2000 euros es probablemente demasiado baja. Ciertamente, estos debates pervivirán sea cual sea la cuantía máxima de la demanda a efectos del Reglamento PEC, aunque con menor intensidad en la medida en que el límite sea más elevado; pero la rapidez y la frecuencia con que estas estrategias de soslayo se manifiestan dejan entrever que el límite de 2000 es inadecuado.

Escogido simplemente porque representaba una cifra intermedia entre los diversos límites existentes en los Estados miembros, merece en efecto ser incrementado. Varios argumentos militan en este sentido: el hecho de que el límite de 2000 euros parece poco elevado en relación con el precio de numerosos bienes y servicios, como ha destacado el Comité Económico y Social Europeo³⁹; que la existencia de un recurso (actualmente posible en virtud del art. 17 si el Estado del foro lo desea) parezca desproporcionada en relación con la pequeña cuantía en juego; y finalmente, *last but not least*, que esté en riesgo la existencia misma del Reglamento. En efecto, el PEC sólo se aplica a supuestos transfronterizos (lo que no era el caso de la proposición inicial). Sin embargo, el número de litigios transfronterizos cuya cuantía es inferior a 2000 euros es particularmente poco elevado y, en consecuencia, el Reglamento PEC no presenta interés alguno si se limita no sólo a los asuntos transfronterizos, sino a los asuntos transfronterizos

³⁸ A favor de tal interpretación, J.-P. Beraudo y M.-J. Beraudo, “Injonction de payer européenne et procédure européenne de règlement des petits litiges”, *Juris Cl. dr. int.*, fasc. 660 (marzo 2009), n° 83.

³⁹ Informe sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (2006/C 88/14, 11 abril 2006, ap. 6.1.1). Vid. recientemente L.G. Alfaro Valverde, “El proceso europeo de escasa cuantía. Problemas y soluciones de su regulación”, *Diario La Ley*, n° 8289, 9 abril 2014, p. 4, esp. p. 8, indicando que la cuantía de 2000 euros es ciertamente demasiado baja, en particular en los países donde el nivel de vida es elevado.

de menos de 2000 euros (lo que no representaría más que el 0'25% de los litigios de primera instancia en Alemania⁴⁰). Un aumento del límite de 2000 euros fijado por el Reglamento PEC es aún más necesario si se quiere preservar su ventaja comparativa en relación con los procesos nacionales equivalentes que, en un futuro próximo, se beneficiarán de la eliminación generalizada del procedimiento de exequátur mediante el RB I *bis*, lo que hará perder al PEC uno de sus principales atractivos; mientras que el límite de los procesos nacionales es a menudo más elevado y ha sido incrementado en algunos Estados, como lo demuestra el proceso *small claims* inglés, aplicable (en principio) desde 2013 a litigios cuya cuantía sea inferior a 10000 libras esterlinas (en vez de las anteriores 5000).

Por todas estas razones, la Comisión desea incrementar el límite de 2.000 a 10.000 euros⁴¹, cosa que puede acogerse positivamente⁴², aunque promete sin duda alguna debates interesantes (ni que sólo sea porque refuerza la influencia del Derecho europeo en los litigios transfronterizos). Los debates serán igualmente vivos si se entra a cuestionar el excesivo reenvío al Derecho nacional por parte del Reglamento PEC.

2. Un Reglamento que lleva a cabo una uniformización relativa

El PEC se define como europeo per se, y por tanto uniforme, para facilitar el acceso al mismo por parte del acreedor, que sólo debe conocer un proceso en 27 Estados miembros, y poner fin a esas distorsiones de la competencia que la Comisión estima que nacen de la diversidad (procesal). El recurso al Derecho nacional interviene sólo a título subsidiario (art. 19). Sin embargo, esta uniformización tiene un carácter muy relativo. No nos referimos aquí a la crítica hecha en ocasiones al Reglamento PEC, según la cual éste no se ocupa de la ejecución, en el sentido del Derecho interno, de la decisión adoptada al término del PEC. Este

⁴⁰ A. Brokamp, *Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen*, Mohr Siebeck, 2008, p. 149, nota 552.

⁴¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica el Reglamento (CE) n° 861/2007, citada, ap. 3.1.1, y nuevo art. 2 PEC.

⁴² De modo anticipado, E. Guinchard, "Le règlement des petits litiges: un premier bilan plutôt décevant", *loc. cit.* Debe mencionarse también que el incremento de la cuantía del PEC permite que se beneficien del mismo las pequeñas y medianas empresas, que la Comisión señala como principales beneficiarias (ap. 3.1.1 de la propuesta). Puesto que el PEC no está reservado a los consumidores, no cabe sino felicitarse por ello, sobre todo teniendo en cuenta la focalización de los trabajos anteriores exclusivamente sobre las dificultades encontradas por los consumidores. Con todo, será necesario vigilar que el PEC no se vuelva en contra de éstos, puesto que la mayoría de las dificultades prácticas señaladas desaparecen cuanto el acreedor es un profesional del cobro de deudas y/o jurídico –sobre todo porque conoce el PEC, porque domina los foros de competencia internacional y porque a menudo habla una lengua extranjera–, por lo que es posible que, si no se pone remedio correctamente a estas dificultades, el PEC termine siendo utilizado más contra los consumidores que por los consumidores.

reproche, hecho por el informe ECC–Net 2012⁴³, que lo considera como el obstáculo más importante que presenta el Reglamento PEC, consiste en decir que la ejecución de la decisión surgida de un PEC es a menudo delicada, a causa sobre todo de la disparidad y el coste de las vías de ejecución a través de la Unión Europea, de modo que las ventajas que derivan de la utilización del procedimiento uniforme, poco costoso y rápido que supone el PEC desaparecen en la fase de ejecución propiamente dicha. Cabe recordar que efectivamente la decisión surgida de un PEC es inmediatamente ejecutiva en toda Europa, de resultas de la desaparición del *exequatur*. El contraste con el estado de las vías de ejecución en la Unión Europea resulta sorprendente. El informe recomienda en consecuencia ocuparse de la ejecución de la decisión adoptada tras un PEC, aun siendo evasivo por lo que respecta a las concretas soluciones necesarias, más allá de una llamada a una mejor coordinación entre los procuradores. En otros términos, la uniformización llevada a cabo por el Reglamento PEC sería incompleta, puesto que no se extiende a la cuestión de la ejecución, que es la única que interesa verdaderamente al acreedor. Aunque no puede rebatirse la veracidad de esta constatación, nos parece sin embargo que la crítica es un poco dura en la medida en que el Reglamento PEC nunca ha tenido otro objetivo que la uniformización del procedimiento conducente al título ejecutivo, como condición para la ejecución, cosa nada depreciable en el estadio actual de la construcción europea. La creación del Derecho europeo en materia de ejecución le corresponde a otros Reglamentos, siendo la propuesta de la Comisión Europea relativa a la retención de cuentas bancarias (en curso de finalización) un ejemplo de la dificultad de esta tarea. Yendo más lejos, tampoco cabe esperar del Reglamento (CE) n° 861/2007 un tratamiento exhaustivo del PEC. Es el primero en uniformizar el procedimiento aplicable ante un órgano jurisdiccional nacional en el marco de un proceso contradictorio. Por ello, no se le puede reprochar legítimamente el hecho de que reenvíe el tratamiento de ciertos puntos particulares al Derecho nacional. Son inevitables algunas lagunas debidas a la inexistencia de un proceso civil europeo general, ya que el proceso civil europeo sólo consta, por ahora, de procesos específicos (PME y PEC). Ello subraya la necesidad de reflexionar sobre la creación de un proceso civil europeo general, pero no se le debería reprochar al Reglamento PEC aquello que no puede ofrecer.

En cambio, el Reglamento PEC sí debería evitar, so pena de perder su interés, un recurso demasiado frecuente al Derecho nacional, sobre todo en lo relativo a los aspectos esenciales del proceso que crea. Sin embargo, en casi cada fase del PEC se produce un reenvío a los ordenamientos jurídicos nacionales⁴⁴. Así suce-

⁴³ Informe citado, p. 5, p. 22 y p. 23 *in limine*.

⁴⁴ L.G. Alfaro Valverde, “El proceso europeo de escasa cuantía. Problemas y soluciones de su regulación”, *loc. cit.*, p. 14, observa un exceso de reenvíos explícitos al Derecho nacional, subrayando algu-

de al inicio del proceso, donde sin ni siquiera mencionar la cuestión de la fijación de las tasas judiciales (que no sólo no son siempre suficientemente transparentes⁴⁵ ni determinadas con precisión⁴⁶, sino que además varían ampliamente entre los distintos Estados miembros⁴⁷ cuando probablemente debería haberse fijado un tope máximo⁴⁸, como viene de reconocer la Comisión Europea⁴⁹), el art. 4.4º permite rechazar una demanda que, aun entrando dentro del ámbito de aplicación del Reglamento PEC, sea “manifiestamente infundada” o “inadmisible”. Aun tratándose de nociones vagas, ¿era necesario que el considerando nº 13 declarase que “deben determinarse de acuerdo con la legislación nacional”? ¿No debería más bien favorecerse a este respecto la creación de conceptos europeos, o por lo menos tolerar un control europeo, por parte del TJUE, de las interpretaciones nacionales, cosa que podría quedar excluida si se interpreta de modo estricto el considerando nº 13? Ciertamente es que dicha interpretación no es inevitable, puesto que, por su propia naturaleza, el considerando nº 13 carece de toda fuerza normativa. Sin embargo, este consuelo desaparece en la medida en que es un artículo del Reglamento PEC el que procede expresamente a un reenvío al Derecho nacional. Al respecto, y situándonos ahora al final del proceso, el art. 17, que debe leerse conjuntamente con el art. 15⁵⁰, constituye, junto con el

nas lagunas al respecto, por ejemplo en cuanto a las reglas de prescripción. Sin embargo, puede pensarse que el reenvío general del art. 19 del Reglamento PEC resulta suficiente a estos efectos.

⁴⁵ *Vid. infra*, ap. III.2, y la propuesta de reforma del Reglamento PEC, ap. 3.1.8.

⁴⁶ *Vid.* al respecto la controversia (¿27 o 35 euros?) existente en Bélgica según R. Schmidt (“Expérience d’un juge belge confronté à la PEPL”, intervención en el seminario “Procédure européenne pour le règlement des petits litiges : inconnue ou impopulaire ?”, citado *supra*), que declara solicitar 27 euros. Menos clemente para los justiciables, su colega E. Van den Eeden, interviniendo en el mismo seminario, se decanta sin dudarlo por una cuantía de 35 euros (“Application pratique du Règlement dans le droit procédural belge”, citado *supra*). En ambos casos se trata de la cuantía exigible en los juzgados de paz.

⁴⁷ De 15 a 200 euros según el informe ECC–Net 2012, p. 22.

⁴⁸ La diferencia en los niveles de vida no permite fijar una cantidad única para toda la UE si no se quieren crear injusticias: *vid.* E. Guinchard, “Le règlement des petits litiges: un premier bilan plutôt décevant”, *loc. cit.*

⁴⁹ Propuesta de reforma del Reglamento PEC, ap. 3.1.5 y nuevo art. 15 *bis* (“La tasa judicial cobrada para la tramitación del proceso europeo de escasa cuantía no deberá superar el 10 % de la cuantía de la demanda, excluidos los intereses, gastos y costas. Si los Estados miembros aplican una tasa judicial mínima al proceso europeo de escasa cuantía, esta tasa no podrá ser superior a 35 EUR en el momento en que el órgano jurisdiccional competente reciba el formulario de demanda”). Será necesario velar por que este límite del 10% no constituya más que una presunción simple, ya que un litigio de escasa cuantía puede dar lugar a cuestiones jurídicas fundamentales, que requieran recurrir a asistencia jurídica especializada. Nótese que el gobierno británico declaró ya el 25 febrero 2014 su oposición a este apartado de la propuesta: *vid.* http://www.parliament.uk/documents/commons-vote-office/February_2014/25%20February%202014/3.%20EU%20proposal%20amending%20the%20European%20Small%20Claims%20Regulation.pdf.

⁵⁰ En virtud del art. 15.1º, la sentencia será inmediatamente ejecutiva, sin necesidad de constituir una garantía, y ello “sin perjuicio de un posible recurso”. Puesto que el Derecho europeo tiene primacía sobre el Derecho nacional, esta regla no puede ser apartada por los Estados en el marco del art. 17, de modo que, aun cuando un Estado ponga a disposición de las partes un recurso de apelación, este no

art. 19, el ejemplo por excelencia de los límites del carácter uniforme del PEC, ya que reenvía al Derecho nacional una cuestión esencial: la existencia o no de apelación. Esto no responde a un deseo de la Comisión Europea (en nombre del objetivo del PEC: la obtención de una decisión rápida y económica), sino más bien del Comité Económico y Social Europeo, que —demostrando que la cuestión de la cuantía tiene incidencia sobre la apelación— había estimado⁵¹ que en vez de dar libertad a los Estados para ofrecer o no un recurso, sería sin duda alguna conveniente prohibirlo si se mantenía el tope de 2000 euros, puesto que la solución contraria sería desproporcionada en relación con la cuantía en juego, mientras que debería autorizarse el recurso en caso de que la cuantía de la demanda excediera de 3500 euros. De todos modos, la gran mayoría de los Estados miembros se oponía a la abolición de la apelación, incluso algunos la erigían en garantía constitucional, de modo que no habría sido realista que la Comisión suprimiese la apelación de su propuesta si no quería verla rechazada. La mejor solución era dejar esta cuestión a la discreción de los Estados miembros, para por lo menos no forzar a los Estados que no prevén la apelación en su Derecho interno a hacerlo para el PEC⁵². A nuestro modo de ver, la apelación no carece de relevancia —aun no siendo ineludible— en el marco de un proceso totalmente nuevo y que pretende ser europeo, es decir uniforme⁵³, sobre todo si el tope de 2.000 debe verse incrementado, como es muy probable. A día de hoy resulta necesaria una solución común para todos los Estados, que deberían además aprovechar para ocuparse de otro punto importante, esta vez en relación al propio desarrollo del PEC, sobre el que la ausencia de uniformización por parte del Reglamento se hace notar de manera particular: la cuestión de los plazos.

En efecto, uno de los principios rectores del PEC es el de celeridad, puesto que la cuantía reducida en juego no justifica la extensión y costes del proceso ordinario. Se establecen así plazos estrictos para cada fase del procedimiento: 14 días para notificar la demanda y los documentos justificativos al demandado, que dispone entonces de 30 días para contestar, contestación a notificar en un plazo de 14 días al demandante, etcétera. De todos modos, no debería exagerarse la efectividad de este principio de celeridad, puesto que el tribunal siempre podrá

podrá suspender la ejecución, so pena de contravenir el art. 15. El Estado que decida instaurar una vía de recurso debe al mismo tiempo tener en cuenta ese otro Derecho europeo que es el Derecho europeo de los derechos humanos, según el cual el proceso de apelación, que no es obligatorio en materia civil en virtud del CEDH, debe ser conforme al art. 6 CEDH, lo que comienza por un acceso efectivo al juez de apelación (TEDH, decisión de 31 marzo 2011 *Chatellier c. Francia*, Req. n°34658/07).

⁵¹ Informe citado *supra*, aps. 6.12.1 y 6.12.3.

⁵² G. Haibach, audiencia de 19 octubre 2005 (preguntas 21 y 22), ante la *House of Lords, European Union Committee*, en 23rd Report of Session 2005–06, *European Small Claims Procedure*, HL Paper 118, 15 febrero 2006.

⁵³ B. Sujecki, “Vereinheitlichung des Erkenntnisverfahrens in Europa : Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen”, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, n° 8, 2008, p. 327.

prorrogar los plazos acordados a las partes, ciertamente sólo “por circunstancias excepcionales” y “con el fin de garantizar los derechos de las partes” (art. 14.2º), pero sin ningún límite temporal. La misma solución vale en caso de que sea el propio órgano jurisdiccional el que supere los plazos, puesto que el art. 14.3º se limita en realidad a establecer una obligación de medios al disponer que, si el tribunal no puede respetar los plazos fijados por el Reglamento, deberá hacerlo “cuanto antes”. De modo que detrás de la fachada de uniformidad aparentada por el Reglamento PEC se esconde necesariamente una gran diversidad de situaciones, por lo que el Reglamento supone la creación de medios que varían de un Estado a otro, o incluso de un tribunal a otro⁵⁴. Son sin embargo concebibles dos soluciones complementarias, una relativa a los medios humanos y materiales puestos a disposición de los tribunales, y la otra dirigida a modificar el Derecho positivo para limitar el poder actualmente discrecional de los órganos jurisdiccionales⁵⁵. La primera consiste, en el difícil equilibrio entre la zanahoria y el bastón, en reservar este último, representado por los recursos por incumplimiento, a situaciones excepcionales, puesto que no parece una vía adecuada para este tipo de dificultades, generalmente involuntarias en tanto que son debidas a limitaciones presupuestarias que afectan al conjunto de la actividad estatal. Es más conveniente dar preferencia a la zanahoria, que consiste en aportar fondos vía el presupuesto europeo, tal como se hace, por ejemplo, en materia de formación en Derecho europeo de jueces y personal de la Administración de Justicia. La cuestión esencial es en realidad el alcance de esta ayuda. Si es puntual y selectiva, parece probable que los Estados no verán en ella ningún inconveniente. Si en cambio es permanente y general, podría a la larga conducir a la creación de facto de tribunales federales, que trabajen de manera cotidiana para la construcción del Espacio Judicial Civil Europeo, financiados para ello directamente por la Unión Europea. Es en este sentido revolucionario que parece inclinarse el Informe ECC–Net 2012, al propugnar la creación en cada Estado de uno o varios órganos jurisdiccionales que tengan como tarea exclusiva ocuparse de los PEC⁵⁶. El informe no se ocupa de la cuestión de la financiación, pero el resultado es el mismo. Una sugerencia de este tipo requiere en primer lugar, es cierto, un aumento de los fondos europeos disponibles. Ello parece ser el caso actualmente con el reciente Reglamento (UE) nº 1382/2013 del Parlamento Europeo y del

⁵⁴ E. Storskrubb, *Civil Procedure and EU Law. A Policy Area Uncovered*, Oxford, OUP, 2008, p. 231. Se trata pues, en origen, de una dificultad extrínseca al Reglamento PEC, de la que sin embargo nos ocupamos en esta segunda parte porque resulta agravada de manera decisiva por la redacción del Reglamento PEC, que no fija ningún límite a la prórroga de plazos.

⁵⁵ Especialmente por cuanto este poder parece constituir una vuelta atrás para ciertos Derechos nacionales, como el Derecho español: A.J. Valencia Mirón, *loc. cit.*, p. 307 (retorno a la LEC/1881).

⁵⁶ Informe ECC–Net 2012, *op. cit.*, p. 3 y p. 20. Si la UE financiase tribunales, o incluso solamente secciones especializadas, parece razonable que acabaría deseando, antes o después, regular el estatuto de estos jueces.

Consejo, de 17 diciembre 2013, por el que se establece el programa “Justicia para el período de 2014 a 2020, cuyo art. 8.1 dispone que “[l]a dotación financiera para la ejecución del Programa en el período comprendido entre 2014 y 2020 ascenderá a 377.604.000 EUR”⁵⁷. Pero esta sugerencia requeriría igualmente, si la financiación por parte de la Unión Europea fuese exclusiva (permitiendo así realmente hablar de tribunales federales), una modificación mucho más delicada de los objetivos de financiación que, por ahora, sólo se dirigen al “apoyo” de los Estados miembros (en su desarrollo de la legislación de la UE), término difícilmente conciliable con una sustitución pura y simple de los Estados miembros por parte de la Unión⁵⁸. Aun siendo probable una inversión más importante por parte de la Unión, no tiene por ahora (esto es, antes de 2020), sea cual sea su alcance exacto, vocación de desplazar enteramente la acción de los Estados miembros. La segunda solución, más modesta, y que por tanto debería poder aplicarse con ocasión de la revisión del Reglamento, consiste en establecer límites temporales claros a la facultad del órgano jurisdiccional de prorrogar los plazos⁵⁹, sea en favor de las partes o en su propio favor, lo que evitaría a las partes un aplazamiento sine die de su proceso y les permitiría saber a qué atenerse. Este aspecto no suscitó por desgracia la atención de la Comisión Europea en su propuesta de reforma del Reglamento PEC. Ciertamente es que sería necesario saber cómo calcular dichos plazos, lo que lleva a abordar la cuestión de la seguridad jurídica.

3. *Un Reglamento que deja que desear en cuanto a seguridad jurídica*

¿Cómo deben calcularse exactamente los plazos fijados por el Reglamento? Este punto tiene una evidente importancia práctica: unos plazos breves garantizan la eficacia del procedimiento, unos plazos claros aseguran su buen funcionamiento (así como los derechos de defensa, sobre todo en relación con el plazo de contestación) y unos plazos uniformes garantizan la igualdad de trato en toda Europa. Por desgracia, el Reglamento no prevé ninguna disposición expresa sobre la cuestión del cómputo de los plazos. Ciertamente es que el considerando 24 reenvía al Reglamento (CEE, Euratom) n° 1182/71 del Consejo, de 3 junio 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos, pero precisamente no se trata más que de un considerando que, aun teniendo la

⁵⁷ Compárese con el art. 13.1° Decisión n° 1149/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 septiembre 2007, por la que se establece para el período 2007–2013 el programa específico Justicia civil, integrado en el programa general Derechos fundamentales y justicia (109.300.000 EUR).

⁵⁸ Art. 6.1°d) del Reglamento (UE) n° 1382/2013. Incluso la tradicionalmente ambiciosa Comisión Europea preconizaba un simple “apoyo”: *vid.* los arts. 6.1°b) y 6.2°d) de su Propuesta de Reglamento [COM(2011) 759 final, 15 noviembre 2011].

⁵⁹ Fijando por ejemplo un plazo máximo al término del cual sea necesario un nuevo examen de la cuestión.

respetable intención de establecer un cómputo uniforme de los plazos en toda la Unión, no es vinculante. Puesto que el Reglamento PEC guarda silencio sobre la cuestión del cálculo de los plazos, debe en principio acudirse, en virtud de su art. 19, a los Derechos nacionales. Sin embargo, cabría defender la tesis de la aplicación del Reglamento 1182/71 no en base al considerando nº 24 del Reglamento PEC, sino en base al art. 1 del propio Reglamento 1182/71, que dispone que “[s]alvo disposición en contrario, las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán a los actos del Consejo y de la Comisión que [...] se adoptarán en virtud del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea”, que fue sustituido por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, sobre la base del cual se adoptó el Reglamento PEC, norma que no sólo no descarta la aplicación del Reglamento de 1971, sino que prevé su aplicación en el considerando 24. Se trata además de la posición expresamente adoptada en algunos ordenamientos, lo que resulta especialmente interesante si se tiene en cuenta que el Reglamento de 1971 prevé la solución contraria a la existente en el proceso civil nacional. Así, el Derecho español excluye normalmente del cómputo de los plazos los sábados, domingos y días festivos (días inhábiles). Sin embargo, en el art. 1.8 de una Ley que entró en vigor el 14 abril 2011⁶⁰ se prevé expresamente la aplicación del Reglamento 1182/71 y, para subrayar la diferencia con las disposiciones normalmente aplicables en el proceso civil español, se precisa que no deben excluirse los días inhábiles. Sea como sea, no resulta satisfactorio que en relación con una cuestión práctica tan importante le corresponda a cada Estado confirmar la aplicación del Reglamento 1182/71, especialmente cuando existan disposiciones generales contrarias (nótese en este sentido que la Ley española entró en vigor tras más de 27 meses de vigencia del PEC...). Sin duda alguna este punto debería ser esclarecido, cosa que no hace la propuesta de 19 noviembre 2013 aquí comentada. No obstante, aun cuando a la UE le pueda ser difícil contar con el buen funcionamiento de los tribunales nacionales, podría como mínimo cuidar la calidad de los procedimientos por ella creados. Algo similar puede decirse en materia de notificación de documentos.

En efecto, para asegurar un PEC simple, poco costoso y rápido, el legislador europeo estableció como primer método de notificación de documentos el “correo con acuse de recibo”⁶¹. Ello representa, en términos de seguridad jurídica,

⁶⁰ Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía.

⁶¹ Art. 13.1º; el art. 13.2º precisa que cualquier otro método de notificación –que debe estar previsto en el Reglamento TEE– solo puede utilizarse a título subsidiario, cuando la notificación postal “no sea posible”. Esta última expresión suscitará sin duda una importante litigiosidad incluso si se dirige en primer lugar al destinatario ilocalizable o que rechace acusar el recibo del acto notificado (A. Brokamp, *op. cit.*, p. 60).

un avance para aquellos países que admiten el envío postal incluso sin acuse de recibo, estableciendo una presunción (*refutable*) de entrega del documento tras el transcurso de un plazo determinado. De todos modos, más allá de descartar la aplicación del Reglamento sobre notificaciones⁶², creando un régimen distinto del aplicable con carácter general que perjudica sin razón aparente la coherencia del Espacio Judicial Civil Europeo⁶³, y remitiéndose al Reglamento sobre el título ejecutivo europeo, que no se caracteriza por la calidad de sus disposiciones relativas a la notificación (o las relativas a la revisión, remedio parcial a la debilidad de las primeras –*vid.* el art. 18 PEC–), el Reglamento PEC obliga a notificar los documentos por correo a pesar de que este método de notificación no ofrece, al menos en ciertos países, más que una débil garantía de entrega real al destinatario. En consecuencia, en aras a reforzar la seguridad jurídica, se ha propuesto acertadamente modificar el art. 13 para que el interesado pueda escoger el modo de notificación más adecuado en función de las circunstancias y, en especial, del país de notificación, puesto que la ejecución de la petición puede variar considerablemente de un Estado a otro, en función de las autoridades designadas por el Reglamento sobre notificaciones o de la calidad de los servicios postales⁶⁴. Esta modificación revertiría en interés no sólo del destinatario, cuyos derechos de defensa deben ser respetados, sino también del remitente, quien aun sabiendo de antemano, a raíz del Estado de notificación, que el correo corre el riesgo de extraviarse, debe proceder al envío por vía postal, lo que constituye en consecuencia un falso ahorro. La Comisión Europea, en su propuesta de 19 noviembre 2013, aun manteniendo un régimen autónomo en relación con el Reglamento sobre notificaciones, ofrece una elección, por lo menos para los documentos más importantes, entre notificación por correo postal y notificación electrónica. Para el resto de documentos, prefiere la notificación exclusivamente electrónica. En ambos casos, se trata de soluciones que fomenta pero sin imponerlas completamente, puesto que la notificación electrónica se basa, entre otros extremos, en el consentimiento del destinatario⁶⁵. Consideramos que estas dos

⁶² Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo.

⁶³ F. Cornette, *La notification internationale des actes*, tesis, Rouen, 29 noviembre 2011, ap. 102: “*en ne mentionnant pas le règlement Notifications [en el Reglamento PEC], et en ne précisant pas les rapports entre les deux instruments, le règlement Petits litiges ajoute à l'incohérence entre les textes de l'Union européenne*”.

⁶⁴ F. Cornette, *op. cit.*, ap. 298, proponiendo la versión siguiente del art. 13 PEC: “1. Los documentos se notificarán en virtud del Reglamento 1393/2007. 2. La transmisión se llevará a cabo de conformidad con uno de los métodos previstos por dicho Reglamento, con exclusión de los métodos de transmisión por vía consular o diplomática y notificación o traslado de documentos por medio de agentes diplomáticos o consulares, previstos en los arts. 12 y 13 del Reglamento 1393/2007”.

⁶⁵ Nuevo art. 13 PEC.

proposiciones, la doctrinal y la oficial, no son excluyentes, especialmente en vista de la reforma en curso del Reglamento sobre notificaciones.

III. Dificultades extrínsecas al Reglamento PEC

La Comisión Europea considera las dificultades extrínsecas al Reglamento PEC como las principales dificultades a las que éste se enfrenta. Su comunicado de prensa de 2012⁶⁶ resulta sintomático en este sentido, ya que a parte de la cuestión del ámbito de aplicación del Reglamento, no menciona ninguna dificultad intrínseca al Reglamento, para subrayar mejor las dificultades extrínsecas del mismo que se originan en su totalidad, a ojos de la Comisión, en el comportamiento de los Estados miembros. Así, tras atribuir la infrautilización del PEC a los jueces nacionales, que “no conocen este procedimiento, algo que la Comisión pretende remediar rápidamente”, el comunicado reproduce las declaraciones de dos de las personas probablemente más interesadas en el buen funcionamiento del PEC: V. Reding (Comisaria, DG Justicia), que declara que “[l]os Estados miembros deben garantizar que sus jueces conocen el proceso europeo de escasa cuantía de manera que puedan ayudar a la gente a hacer valer sus derechos con todo éxito”, y J. Dalli (en aquel momento Comisario de la DG Sanco), que afirma estar “decepcionado al comprobar el escaso nivel de la ayuda prestada [por los Estados⁶⁷] a los consumidores que han intentado utilizar el proceso europeo de escasa cuantía”. Con ello la Comisión consigue establecer un contraste entre los Estados y “la Unión Europea [que] está facilitando el acceso de los consumidores a la justicia en Europa, para que puedan ejercer sus derechos de forma eficaz”. De manera que la insistencia en las dificultades extrínsecas al Reglamento PEC, y no en sus dificultades intrínsecas, probablemente no carece de segundas intenciones políticas. Este tipo de dificultades no son por ello menos reales, y deben ser estudiadas, ya se trate del desconocimiento del Reglamento, de la poca atención con que algunos Estados cumplieron con sus obligaciones, o de los obstáculos creados por la diversidad lingüística que caracteriza a la Unión Europea.

1. *Un Reglamento insuficientemente conocido por sus usuarios potenciales*

Nadie puede ignorar la ley. He aquí un adagio cuyas limitaciones ejemplifica el Reglamento PEC. En efecto, según las primeras investigaciones sobre el terreno, varios tribunales franceses y belgas desconocían la existencia misma del

⁶⁶ “Consumidores europeos: resolver los litigios transfronterizos de escasa cuantía sin complicaciones”, IP/12/985, 21 septiembre 2012.

⁶⁷ Que según el Reglamento (especialmente arts. 4.5 y 11) están obligados a ello.

PEC, lo que es inaceptable y puede conducir a una verdadera denegación de justicia. Así, el *Centre européen de la consommation* señala que en Francia las respuestas dadas a los consumidores interesados en el PEC son a menudo divergentes. Si el *tribunal d'instance de Gonesse*, competente en el sector del aeropuerto Roissy Charles-de-Gaulle, es citado como ejemplo gracias a su experiencia y sus conocimientos avanzados en la materia, otros tribunales, incluso situados en la zona fronteriza franco-alemana, tienen escasos conocimientos sobre el tema. El Centre pone como ejemplo el caso real de un consumidor que, tras comprar a una empresa alemana vía Internet un bien que le fue entregado en mal estado, vio como el tribunal de su domicilio le respondía, en octubre de 2010, “aquí no hacemos esto, no lo conocemos”⁶⁸. En Bélgica, según la organización de consumidores *Test-Achats*, sólo los tribunales de primera instancia de Termonde, Bruselas y Mons fueron capaces de responder de manera exhaustiva a las preguntas prácticas de los investigadores (reclamación ficticia de 2000 euros contra Ryanair). Los jueces de paz resultaron estar completamente perdidos⁶⁹. La lectura del informe ECC-Net 2012 no es mucho más positiva, puesto que un 47% de los tribunales ignoran la existencia del Reglamento PEC⁷⁰. Obviamente cabe consolarse viendo las cosas desde el ángulo opuesto: un 53% de los tribunales conocen el PEC, esto es, la mayoría. Sin embargo, esto último sería cometer un error de perspectiva, ya que no todos los jueces saben aplicar el Reglamento, sobre todo porque no dominan los engranajes del RB I, cosa que conduce, una vez más, a una denegación de justicia⁷¹.

Es pues necesario un verdadero esfuerzo por parte de los Estados miembros, dirigido tanto a sus tribunales como a los potenciales acreedores. Los Estados están por otra parte obligados a ello en virtud del art. 24 del Reglamento. Con todo, un buen número de Estados se han ocupado del PEC, como demuestra la adopción en muchos casos de medidas nacionales de aplicación del proceso o de explicación de su funcionamiento. Entre las primeras puede citarse, en Francia, el *décret n° 2008-1346 du 17 décembre 2008 relatif aux procédures européennes d'injonction de payer et de règlement des petits litiges* y el *décret n° 2010-433 du 29 avril 2010 portant diverses dispositions en matière de procé-*

⁶⁸ *Centre européen de la consommation*, “Procédure de règlement des petits litiges et injonction de payer européenne. Des procédures simplifiées pas si simples dans la pratique”, julio de 2011, p. 3, <http://www.euroinfo-kehl.eu/fr/evenements-et-publications/publications/>.

⁶⁹ <http://www.test-achats.be/recours-et-procedures/petits-litiges-transfrontaliers-des-affaires-simples-a-regler-pas-sur-en-belgique-s658493.htm>, artículo de 26 agosto 2010.

⁷⁰ Informe ECC-Net 2012, p. 17.

⁷¹ “There have been some real examples that the courts have rejected the consumer’s claim referring to the lack of jurisdiction, although Regulation (EC) No 44/2001 clearly indicates that the consumer, under certain conditions, may bring proceedings against the other party to a contract either in the courts of the Member State in which that party is domiciled or in the courts for the place where the consumer is domiciled” (Informe ECC-Net 2012, p. 22).

dure civile et de procédures d'exécution (arts. 1382 a 1391 del *Code de procédure civile*). El Ministerio de Justicia francés publicó asimismo en 2009 una circular sobre el PEC⁷². Por tanto, la mayoría de jueces o secretarios judiciales (*greffiers*) deberían ser capaces, si están al tanto de la actualidad jurídica nacional, y sin falta de leer ningún artículo u obra, de conocer al menos la existencia del Reglamento PEC. Por desgracia este no es el caso de todos los jueces y secretarios, puesto que como demuestran las investigaciones antes citadas algunos ni siquiera estaban al tanto, a finales de 2010, de la existencia del PEC. Sin embargo ello no significa que los Estados hayan fracasado en su obligación de aplicación del art. 24, ya que no hay peor sordo que el que no quiere oír. Pero aun así, les corresponde renovar sus esfuerzos, ayudados en ello por la Comisión Europea, algo de lo que ésta es consciente ya que, de 6 medidas propugnadas en su comunicado de prensa, las 4 primeras tenían el objetivo de dar a conocer, o dar a conocer mejor, el PEC⁷³. Así pues, los Estados y la Comisión sólo servirán a los europeos si trabajan conjuntamente. Con todo, los primeros deberán, además, cumplir con mayor diligencia de lo que han hecho hasta ahora las obligaciones que les impone el Reglamento PEC en relación con su aplicación.

2. Un Reglamento que los Estados no se toman suficientemente en serio

Los Estados tienen un papel clave para la aplicación del Reglamento PEC: no sólo deben comunicar varias informaciones necesarias para su buen funcionamiento en virtud, sobre todo, del art. 25, como resulta frecuente en el ámbito del Espacio Judicial Civil Europeo, sino que además deben prestar asistencia a las partes, según dispone especialmente el art. 11, a fin de que el PEC sea sencillo y poco costoso para los justiciables. Sin embargo, tales obligaciones no son siempre respetadas.

En efecto, el art. 25 establece para los Estados miembros la obligación de comunicar a la Comisión Europea, a más tardar el 1 enero 2008, un número de

⁷² *Circulaire de la DACS C3 07-09 du 26 mai 2009 relative à l'application du règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges* (Bulletin officiel du Ministère de la Justice, 30 agosto 2009, Justice 2009/4, Texte 17/51, http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/boj_20090004_0017.pdf).

⁷³ “Consumidores europeos: resolver los litigios transfronterizos de escasa cuantía sin complicaciones”, ya citado. A ello cabe añadir el programa de formación en Derecho europeo anunciado en su comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Susciter la confiance dans une justice européenne, donner une dimension nouvelle à la formation judiciaire européenne”, COM(2011) 551 final, 13 septiembre 2011. Nótese que el rol de la Comisión Europea se revela tanto más importante en la medida en que le corresponde compensar la tendencia natural de algunos Estados y justiciables de privilegiar un proceso europeo en particular en función de su proximidad con el proceso nacional equivalente. En efecto, ¿es por pura casualidad que los principales usuarios del PME sean, como parece, Alemania y Austria, y que en el caso del PEC sea Inglaterra?

informaciones esenciales para el buen funcionamiento del PEC, informaciones que la Comisión debía hacer públicas sobre todo mediante el Atlas Judicial Europeo. Sin embargo, numerosos Estados no respetaron el plazo del 1 enero 2008. El 1 enero 2009, es decir, en la fecha a partir de la cual el PEC devino aplicable (art. 29), algunos Estados aún no habían comunicado las informaciones requeridas (o la Comisión Europea no las había publicado con la suficiente diligencia)⁷⁴. Varios meses más tarde, el Atlas Judicial Europeo presentaba un estado similar⁷⁵. Todos los Estados miembros terminaron por comunicar las informaciones exigidas, suscitándose sin embargo entonces un segundo problema: demasiado a menudo la calidad de dichas informaciones deja mucho que desear.

Examinándolas con atención, las informaciones aportadas eran, y en ocasiones son todavía, erróneas; y aun cuando son correctas, resultan a menudo poco útiles para el demandante. Erróneas, ya que o bien son contrarias a las exigencias del Reglamento PEC, o bien no se corresponden con el estado del Derecho nacional o con la situación material de las autoridades nacionales. El primer caso es el de Grecia, cuya declaración en virtud de los arts. 4.2º y 25.1º en relación con los medios de comunicación aceptados por sus órganos jurisdiccionales para iniciar un PEC no es conforme con el Reglamento: según el Atlas Judicial Europeo, “la demanda se interpone presentando una solicitud por escrito en el registro del juzgado de paz o mediante declaración personal ante el juez de paz y elevación de una instancia”, lo que no sólo contradice la letra del art. 4.1º, que impone la vía postal, sino que obliga al demandante a desplazarse o a hacerse representar, no pudiendo serlo por otra persona que por un profesional del Derecho griego, a pesar del tenor del art. 10.

El segundo caso se refiere a Francia, que para cumplir con su obligación de información en virtud del art. 25.1º estableció que los tribunales competentes para adoptar una decisión en el marco del PEC eran el tribunal d’instance y el *tribunal de commerce* dentro del límite de la competencia de atribución de estos órganos jurisdiccionales, olvidándose de la *jurisdiction de proximité*⁷⁶, error que persistió hasta la *loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l’allègement de certaines procédures juridictionnelles*, que reservó la competencia en materia de PEC al *tribunal d’instance* o al *tribunal de commerce* (COJ, art. L. 221-4-1; C. com., art. L. 721-3-1). Con una interpreta-

⁷⁴ F. Ferrand, “Procédure européenne de règlement des petits litiges”, en S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne-Droit communautaire*, 6ª ed., París, Dalloz, 2009, p. 797, note 1.

⁷⁵ X.E. Kramer, “Small claim, simple recovery ? The European small claims procedure and its implementation in the member states”, *ERA Forum*, n° 12, 2011, p. 128.

⁷⁶ El propio Ministerio de Justicia es consciente de este error, puesto que en la citada *circulaire de la DACS C3 07-09* de 26 mayo 2009 se dispone que los tribunales competentes son las *juridictions de proximité* y, para los créditos de carácter comercial, los *tribunaux de commerce* (ap. 3.1, p. 2 *in fine*).

ción clemente podrían calificarse las informaciones ofrecidas por Francia como premonitorias, pero debe reconocerse que la declaración francesa relativa a los tribunales competentes, y a fortiori la declaración griega relativa a los medios de comunicación, habrían podido justificar un recurso por infracción.

Igualmente problemáticas son las declaraciones oficiales que no se corresponden con la situación material de las autoridades implicadas. Puede citarse en este sentido la declaración francesa en virtud de los arts. 4.2º y 25.1º, en relación a los medios de comunicación aceptados por sus tribunales para entablar un PEC. La declaración es sin duda conforme con el Reglamento PEC, ya que éste sólo exige la vía postal, aun propugnando un medio de comunicación más moderno, y la declaración afirma que la demanda puede remitirse al tribunal por vía postal o por vía electrónica. Sin embargo, una consulta del Atlas Judicial Europeo permite observar que muy a menudo las únicas informaciones disponibles son la dirección postal, el teléfono y el número de fax, de manera que la declaración francesa puede equipararse a una publicidad engañosa. En una selección de ciudades escogidas al azar no existe ninguna dirección electrónica. Ni siquiera para la capital el Atlas indica dirección electrónica alguna, sea cual sea el órgano jurisdiccional escogido, de manera que la vía electrónica oficialmente disponible no es más que una vía fantasma, cosa que no sucede con otros Estados como Portugal⁷⁷. ¿Hace falta recordar que, desde la sentencia *Lawyer Partner SA c. Eslovaquia*⁷⁸, si el Estado decide permitir legalmente el recurso a las nuevas tecnologías, debe necesariamente equipar a los órganos jurisdiccionales para que el acceso al juez por estas vías sea efectivo y concreto?⁷⁹ Ciertamente, el contexto es aquí distinto, puesto que se trata sólo de una simple declaración. No obstante, al carecer de toda aplicabilidad práctica, defrauda inevitablemente las expectativas a las que, como el art. 42 del código procesal civil eslovaco, haya podido legítimamente dar lugar⁸⁰. Podría hacerse una observación similar en relación con los idiomas utilizables en territorio francés en virtud de los arts. 21.2º.b) y 25.1º. En efecto, Francia declaró aceptar el francés, el inglés, el alemán, el italiano y el español. En la práctica, ¿son los franceses tan políglotas?

⁷⁷ Pueden tomarse como ejemplos los tribunales de las ciudades de Coimbra, Porto y Lisboa.

⁷⁸ STEDH 16 junio 2009, req. n°54252/07 y otros.

⁷⁹ N. Fricero, "Chronique de Droits de l'homme", n°7, en *Droit des procédures internationales, Supplément de Droit et procédures—La revue des huissiers de justice*, marzo de 2010.

⁸⁰ Además, al estar expresamente prevista en el art. 4.1 la posibilidad de una comunicación electrónica, y debiendo la UE adherirse al CEDH a raíz de Tratado de Lisboa, ¿no sería posible que se viera demandada ante el TEDH en el futuro —junto con el Estado miembro que haya decidido utilizar esta posibilidad— por violación del derecho de acceso a un tribunal garantizado por el art. 6 CEDH, igual que lo fue Eslovaquia en el asunto citado, por no haber equipado de manera adecuada los tribunales europeos competentes en materia de PEC?

Las informaciones aportadas por los Estados, aun siendo correctas, resultan en ocasiones poco útiles, puesto que ciertas fórmulas son ininteligibles. Este es el caso de Bélgica por lo que respecta a la obligación de indicar los idiomas utilizables en su territorio de acuerdo con los arts. 21.2º.b) y 25.1º. Según el Atlas Judicial Europeo, Bélgica no admite “ninguna lengua distinta de la lengua oficial o de alguna de las lenguas oficiales del lugar de ejecución previsto en la legislación belga”, sin indicar que los idiomas oficiales en dicho Estado son el alemán, el francés y el neerlandés, y sin indicar tampoco en qué partes de Bélgica son oficiales, cuando el objetivo del Atlas es precisamente ayudar a quienes no son expertos... La declaración hecha por Letonia en virtud del art. 25.1º, relativa a los tribunales competentes para adoptar una resolución en el marco del PEC, es susceptible *a priori* de recibir críticas idénticas: la misma dispone que en Letonia los tribunales competentes serán los tribunales de Derecho común. No parece evidente que todo el mundo sepa lo que debe entenderse por “tribunales de Derecho común” en Letonia. ¿Tendrá el justiciable el reflejo de consultar la presentación de la organización judicial de cada Estado disponible en el portal e-Justicia para averiguar que el tribunal de Derecho común en Letonia es, en primera instancia, el tribunal de distrito?⁸¹ De todos modos, puesto que en el caso de Letonia sólo existe un tipo de órgano jurisdiccional dotado de competencia objetiva (cosa que sería conveniente indicar de modo claro, en vez de utilizar la fórmula opaca antes señalada), la búsqueda del tribunal territorialmente competente por medio del Atlas Judicial Europeo permite igualmente identificar el tribunal con competencia objetiva. Sin embargo, lo mismo no sucede en el caso de la declaración belga hecha en virtud del art. 25.1º, también relativa a los tribunales competentes para adoptar una decisión en el marco del PEC. La declaración se limita a un listado de órganos jurisdiccionales, sin más explicación: “los jueces de paz, el tribunal de primera instancia o el tribunal de comercio con competencia material y territorial con arreglo al Código procesal belga, serán los competentes en esta materia”. El justiciable europeo difícilmente podrá determinar cuál es exactamente el tribunal al que debe dirigirse, y el Atlas Judicial Europeo no le será de ayuda, ya que necesariamente se limita a indicar el conjunto de tribunales con competencia territorial para un mismo lugar, con independencia de su competencia objetiva. Así, para Lieja, designa la *justice de paix* (1^{er}, 2^{ème} et 3^{ème} cantons), el *tribunal de première instance* y el *tribunal de commerce*. Resultan pues absolutamente necesarias ulteriores precisiones, siguiendo el modelo de declaraciones de otros Estados, o como mínimo un reenvío a la presentación de los tribunales ordinarios en Bélgica que figura en el portal e-Justicia⁸², y

⁸¹ https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-lv-fr.do?member=1.

⁸² https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-be-fr.do?member=1

eso siempre que dicha presentación sea suficiente⁸³. Sería posible poner otros ejemplos. Todos ellos demuestran la poca atención que los Estados miembros prestaron al cumplimiento de sus obligaciones de información, aun tratándose de su tarea más fácil. En efecto, más delicado resulta el deber de asistencia a las partes. Por ello, no son ninguna sorpresa las fuertes críticas sobre la efectividad de dicha asistencia.

Los Estados deben ofrecer esta asistencia en base, especialmente, a los arts. 4.5º y 11 del Reglamento (que presuponen, claro está, que el tribunal tenga conocimiento del PEC). Sin embargo, en la práctica se dan una vez más múltiples dificultades. El Centre européen de la consommation resumió así la situación: para entablar un proceso europeo simplificado el recurso a un abogado no es obligatorio; en cambio, para su desarrollo y finalización, la experiencia ha demostrado que la ayuda de un jurista especializado es a menudo indispensable en la práctica⁸⁴. En efecto, los consumidores tienen dificultades para rellenar los diversos formularios de los que consta el PEC, empezando por el formulario A (formulario de demanda) y su ap. 4, relativo a la competencia judicial internacional, que requiere un dominio del RB I y de su jurisprudencia, lo que resulta poco realista cuando el demandante es un consumidor. Sin embargo, el informe ECC–Net 2012 confirma que los consumidores no reciben asistencia por parte de los tribunales⁸⁵, señalando que el formulario de demanda no siempre está a

⁸³ En su defecto, la competencia debería ser atribuida exclusivamente a un único tipo de órgano jurisdiccional, con la finalidad de facilitar su visibilidad, como ha sido propuesto con relación a la protección efectiva de los derechos procesales creados por el Derecho europeo (M. Storme, “Le rapport entre les Règlements européens en matière de procédure (en particulier celle relative aux petites créances) et le droit judiciaire interne belge”, *Revue de la Faculté de droit de l’Université de Liège*, 2010, p. 5), y de conformidad con la práctica seguida en otros Estados (que suelen escoger generalmente los tribunales llamados de proximidad, ya sean jueces de paz como en Luxemburgo, tribunales cantonales en los Países Bajos, o tribunales de distrito siguiendo el modelo de Lituania; Finlandia incluso ha centralizado el conjunto de litigios basados en el PEC ante un único órgano: el tribunal de gran instancia de Helsinki). Sin embargo, no se impone necesariamente la misma solución que en el caso del PME (donde la concentración de litigios está recomendada), puesto que en el marco de un PEC el juez decide sobre la procedencia de las pretensiones de las partes, de manera que el juez con competencia objetiva será competente para un examen más detallado del asunto. Nótese que el citado informe ECC–Net 2012 (pp. 3 y 20) propugna de modo similar la concentración de los litigios, al proponer la creación en cada Estado miembro de uno o varios tribunales cuya única competencia sea el PEC (“*establish one or several Court Authorities in each Member State which would be responsible only for European Small Claims Procedures*”).

⁸⁴ “Procédure de règlement des petits litiges et injonction de payer européenne...”, *loc. cit.*, p. 6.

⁸⁵ Informe ECC–Net 2012, *op. cit.*, p. 3. El informe establece además su interpretación del deber de asistencia de los Estados, de nivel más bien alto: “jurisdictional structures must be provided with communication infrastructures as well as legal and linguistic experts” (p. 14, *in fine*). En efecto, resulta poco probable que todos los tribunales competentes en materia de PEC cuenten con expertos jurídicos políglotas. La concentración de los litigios a nivel nacional ante uno o varios tribunales específicos, propugnada por el informe ECC–Net 2012 (pp. 3 y 20), facilitaría la adquisición de las competencias necesarias.

disposición de los demandantes, a pesar del tenor del art. 4.5°. La propuesta de 19 noviembre 2013 no puede sino constatar la importancia del problema, declarando que “la obligación de los Estados miembros de proporcionar asistencia práctica para cumplimentar los formularios (art. 11) no se ha aplicado en muchos casos” (ap. 3.1.8). Por ello, trata de resolver el problema proponiendo un nuevo art. 11 mucho más detallado, especialmente con un ap. 2 en virtud del cual “[l]os Estados miembros garantizarán que la información sobre las entidades u organizaciones competentes para prestar asistencia [...] está disponible en papel en todos los órganos jurisdiccionales ante los cuales el proceso europeo de escasa cuantía puede iniciarse, así como en formato electrónico en los sitios web de esos órganos jurisdiccionales o de la autoridad central competente”. Sin embargo, cabe albergar dudas sobre el alcance concreto de esta nueva disposición. Una reforma textual no parece suficiente para responder a un problema que requiere tanto voluntad como medios. El informe ECC–Net, por su parte, había propuesto como solución una asistencia completa a los consumidores por parte de las organizaciones de protección de los consumidores⁸⁶, en el mismo sentido que la propuesta anterior del Centre européen de la consommation, que se había fijado el objetivo de prestar asistencia, de forma gratuita e individualizada, y sobre aspectos tanto jurídicos como lingüísticos, a los consumidores que desearan recurrir a un PEC⁸⁷. Sin embargo, una propuesta en este sentido no deja de suscitar varios interrogantes, especialmente –más allá de la problemática más general del mercado del Derecho– el de la asistencia a las pequeñas empresas, interesadas también en utilizar el PEC y que de facto se encuentran en una situación similar a la de los consumidores, pero que no pueden recurrir a los servicios de los Centros Europeos de Consumidores. La sugerencia del Centre européen de la consommation requiere por lo menos un complemento, suponiendo además que los Estados estén de acuerdo en aumentar el presupuesto de los Centros Europeos de Consumidores para permitirles traducir los documentos enviados o recibidos por el consumidor, cuando esos mismos Estados habían rechazado, durante el iter legislativo del Reglamento PEC, la propuesta de la Comisión de correr con los cargos de todas las traducciones necesarias para el buen desarrollo del PEC⁸⁸. Lo que nos lleva a abordar la cuestión lingüística.

⁸⁶ Informe ECC–Net 2012, *op. cit.*, pp. 3 y 20: “*The ideal solution seems to be the introduction of a system of assistance, widely spread throughout the territory and assigned to consumer protection organisations, able to provide claimants with forms, support to fill them in, explanations and suggestions on the procedural step*”.

⁸⁷ “Procédure de règlement des petits litiges et injonction de payer européenne...”, pp. 9 ss.

⁸⁸ Según G. Haibach, audiencia de 19 octubre 2005 (pregunta 69), ante la *House of Lords, European Union Committee*, en 23rd Report of Session 2005–06, *loc. cit.* La Comisión Europea no podría asumir por sí sola, en el estado actual del Derecho positivo, semejante aumento presupuestario: *vid.* el Reglamento (UE) n° 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 febrero 2014, sobre el Programa

3. Un Reglamento enfrentado a la diversidad lingüística que caracteriza a la Unión Europea

Según el informe ECC–Net 2012⁸⁹, la traducción puede hacer que el PEC termine resultando extremadamente caro, puesto que según la legislación de varios Estados miembros es obligatorio traducir el conjunto de pruebas que justifican el crédito. Aun no siendo el caso en todos los Estados, la traducción resulta necesaria en muchos supuestos ante la ausencia de una lengua comúnmente aceptada en toda Europa⁹⁰. Sin embargo, el PEC fue creado para permitir a las partes ejercer su derecho de acceso a la justicia con un coste relativamente limitado. Por tanto, el informe recomienda imponer una lengua común al conjunto de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (“*establishing that one common language is accepted in all the European courts*”), sin precisar de qué lengua se trataría, aun cuando sea difícil imaginar otra lengua que el inglés, lengua original y exclusiva del informe. Con ello, el informe se une a la postura que la Comisión Europea expresó en su programa de formación un año antes⁹¹. Por ello no resulta sorprendente, pero sí algo inquietante en lo que respecta a la identidad de los ciudadanos y de los Estados, que la propuesta de 19 noviembre 2013 intente imponer el inglés. Primero, examinando la situación actual, la Comisión declara: “Solo unos pocos Estados miembros aceptan el formulario D del Reglamento en inglés y en algunas otras lenguas. Esto supone costes adicionales para la parte que solicita la ejecución de una sentencia”⁹². Se trata claramente de un reproche, como demuestra la referencia a los “costes adicionales”, que contrasta con la impresión de satisfacción que se desprende de la lectura del reciente informe relativo al Reglamento sobre notificaciones. En el mismo se señala que todos los Estados miembros, excepto Luxemburgo, aceptan el inglés como lengua en la que las solicitudes de notificación les pueden ser remitidas, por lo que parece que existe un idioma utilizado entre casi todos los Estados miembros”⁹³.

plurianual de Consumidores para el período 2014–2020 y por el que se deroga la Decisión n.º 1926/2006/CE, del que dependen los Centros Europeos de Consumidores.

⁸⁹ Informe ECC–Net 2012, p. 4.

⁹⁰ Sobre el alcance de la traducción de los documentos recibidos por el tribunal, *vid.* B. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 580, sosteniendo que el art. 6.2º debe interpretarse a la luz del asunto *Weiss* (STJUE 8 mayo 2008, as. C–14/07).

⁹¹ “Susciter la confiance dans une justice européenne, donner une dimension nouvelle à la formation judiciaire européenne”, ya citado.

⁹² Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía [COM (2013) 795 final], ap. 5.

⁹³ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) N.º 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudicia-

Sólo se menciona expresamente el inglés, mientras que la referencia a otras lenguas es siempre imprecisa. Asimismo, de cara al futuro, la Comisión propone un nuevo art. 21, ap. 2º.b), que dispone lo siguiente: “Cada Estado miembro indicará la lengua o lenguas oficiales de las instituciones de la Unión Europea distintas de las propias que puede aceptar para el proceso europeo de escasa cuantía”. Uno se pregunta de qué idioma puede tratarse, sabiendo que debe ser común a todos los Estados para que esta disposición pueda alcanzar su objetivo: de la práctica voluntaria del inglés a la obligación lega... Este aspecto de la propuesta de 19 noviembre 2013, junto con su voluntad de reducir el número de vistas en presencia física de las partes⁹⁴, nos lleva a pensar que esta reforma del Reglamento PEC es falsamente técnica, especialmente por cuanto este Reglamento, que es el primero que uniformiza el procedimiento aplicable ante un órgano jurisdiccional en el marco de un proceso contradictorio, podría –como tal, y de conformidad con la práctica habitual en el Espacio Judicial Civil Europeo de reproducir disposiciones ya adoptadas– servir de modelo para la armonización del proceso civil actualmente proyectada⁹⁵. La voluntad de imponer el inglés nos lleva a las observaciones siguientes, ya desarrolladas con ocasión del programa de formación anteriormente mencionado⁹⁶. Aunque la utilización de una única lengua puede facilitar el contacto entre los prácticos del Derecho (especialmente jueces y abogados), destinatarios del programa de formación, no puede simplificar la comunicación entre el órgano jurisdiccional y la gran mayoría de consumidores, que no dominan suficientemente el inglés para utilizarlo en un marco jurídico, siendo justamente este el principal problema, excepto si el consumidor se dirige a un intermediario, que es precisamente lo que el Reglamento PEC trata de evitar. Es cierto que la asistencia (lingüística y jurídica) propuesta por los Centros Europeos de los Consumidores⁹⁷ –apoyados en este sentido por la Comisión Europea⁹⁸– es gratuita, en consonancia con el espíritu del Reglamento, pero plantea la cuestión del trato que debe darse a una parte que no sea consumidor pero tampoco una gran empresa.

les en materia civil y mercantil [COM(2013) 858 final], ap. 3.6, donde se señala asimismo que numerosos Estados miembros aceptan otras lenguas.

⁹⁴ Ap. 3.1.4. *Vid.* en consecuencia el considerando 11 de la propuesta y su art. 1.4, que sugiere un nuevo art. 5.1º.

⁹⁵ Sobre dicha armonización, *vid.* E. Guinchard, “Propos conclusifs”, en *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruselas, Bruylant, 2014, en prensa.

⁹⁶ E. Guinchard, “Formation ou standardisation des acteurs de l’espace judiciaire européen?”, *Rev. trim. sr. eur.*, 2011, p. 876 disponible en <http://justicecivileuropeenne.wordpress.com/about/publications/>.

⁹⁷ Informe ECC–Net 2012, pp. 3 y 20.

⁹⁸ “Consumidores europeos: resolver los litigios transfronterizos de escasa cuantía sin complicaciones”, ya citado: “animar a los CEC a que presten asistencia concreta a los consumidores en la utilización del proceso europeo de escasa cuantía en casos individuales”.

En conclusión, resulta evidente que los Reglamentos PEC y PME han defraudado en cierta medida las expectativas que se habían puesto en ellos, pero sin que pueda llegarse a calificarlos como un fracaso. Aun así, serían susceptibles de notables mejoras. Pero para ello sería necesaria una modificación en profundidad del Reglamento PME, algo que por desgracia no se plantea en la propuesta de 19 noviembre 2013, que en cambio sí propone numerosas modificaciones para el Reglamento PEC que deben valorarse positivamente. Pero, visiblemente, la Comisión Europea tiene también otras motivaciones ocultas, especialmente lingüísticas, que reclaman un debate abierto y franco.

Bibliografía

- Alfaro Valverde, L.G.: “El proceso europeo de escasa cuantía. Problemas y soluciones de su regulación”, *Diario La Ley*, n° 8289, 9 abril 2014, p. 4 ss.
- Beraudo, J.-P. y M.-J. Beraudo: “Injonction de payer européenne et procédure européenne de règlement des petits litiges”, *Juris Cl. dr. int.*, fasc. 660 (marzo 2009).
- Berthe, A.: “L’impact du règlement Bruxelles I bis sur les règlements TEE, IPE et RPL”, en *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruselas, Bruylant, 2014 (en prensa).
- Brokamp, A.: *Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen*, Mohr Siebeck, 2008.
- Cornette, F.: *La notification internationale des actes*, tesis, Rouen, 29 noviembre 2011.
- Correa Delcasso, J.P.: *El proceso monitorio europeo*, Madrid, M. Pons, 2008.
- D’Alessandro, E.: “Choosing Among the Three Regulations Creating a European Enforcement Order (EEO Regulation, EOP Regulation, ESCP Regulation): Practical Guidelines”, *Int’l Lis*, 2010, pp. 44 ss.
- Ferrand, F.: “Procédure européenne de règlement des petits litiges”, en S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne–Droit communautaire*, 6ª ed., París, Dalloz, 2009, pp. 797 ss.
- Fricero, N.: “Chronique de Droits de l’homme”, n°7, en *Droit des procédures internationales, Supplément de Droit et procédures—La revue des huissiers de justice*, marzo de 2010.
- Gielen, P. y G. Payan: “Droit judiciaire européen: actualités et perspectives”, *Ius & Actores*, 2013, 2, pp. 113 ss.
- Gielen, P. y M. Nieuwlandt: “L’injonction de payer européenne : nécessité d’une remise en cause profonde sur son application en droit belge à l’aune de la future ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires”, *Ius & Actores*, 2014 (en prensa).
- Guinchard, E.: “Formation ou standardisation des acteurs de l’espace judiciaire européen?”, *Rev. trim. sr. eur.*, 2011, pp. ss.
- Guinchard, E.: “L’Europe, la procédure civile et le créancier: l’injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges”, *Rev. trim. dr. com.*, 2008, pp. 465 ss.
- Guinchard, E.: “Le règlement des petits litiges: un premier bilan plutôt décevant”, en J. Attard et al. (dirs.), *Un recouvrement de créances sans frontières ?*, Larcier, 2013.
- Guinchard, E.: “Propos conclusifs”, en *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruselas, Bruylant, 2014 (en prensa).
- Hess, B.: *Europäisches Zivilprozessrecht*, C.F. Müller, 2010.

- Kramer, X.E.: "Small claim, simple recovery ? The European small claims procedure and its implementation in the member states", *ERA Forum*, nº 12, 2011, pp. 128 ss.
- Ortiz Pradillo, J.C.: "Propuesta de reforma del Reglamento sobre por el proceso europeo de escasa cuantía y el Reglamento sobre el proceso monitorio europeo", *Revista General de Derecho Procesal*, nº 32, enero 2014.
- Payan, G.: "Procédure européenne de règlement des petits litiges : Proposition de réforme de la Commission européenne", *LexBase*, nº 554, 16 enero 2014.
- Perrot, R.: "L'injonction de payer urbi et orbi", *Ius & Actores*, 2009, nº 5.
- Silvestri, E.: "Simplification of Debt Collection in the EU. Notes from the Italian Front", *Revista de Processo*, nº 218, 2013, pp. 113 ss.
- Storme, M.: "Le rapport entre les Règlements européens en matière de procédure (en particulier celle relative aux petites créances) et le droit judiciaire interne belge", *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2010, pp. 5 ss.
- Storskrubb, E.: *Civil Procedure and EU Law. A Policy Area Uncovered*, Oxford, OUP, 008.
- Sujecki, B.: "Vereinheitlichung des Erkenntnisverfahrens in Europa: Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen", *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, nº 8, 2008, pp. 327 ss.
- Valencia Mirón, A.J.: "El proceso europeo de escasa cuantía", en A. de la Oliva Santos (dir.), *Derecho procesal civil europeo*, vol. III, *Tutela judicial del crédito en la Unión Europea*, Aranzadi / Thomson Reuters, 2011, pp. 311 ss.
- Zucconi Galli Fonseca, E.: "Profili attuali del procedimento per ingiunzione", *Riv. trim. dr. proc. civ.*, 2013, pp. 103 ss.

COBRO TRANSFRONTERIZO DE DEUDAS EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL: ¿DÓNDE ESTAMOS Y HACIA DÓNDE NOS DIRIGIMOS? *

Eva DE GÖTZEN **

SUMARIO: I. El embargo de cuentas bancarias: inconvenientes de la situación actual. II. La primera cuestión principal: la abolición del exequátur y las experiencias anteriores. III. La segunda cuestión principal: la libre circulación de medidas cautelares y las experiencias anteriores. IV. El procedimiento europeo previsto para la conservación de cuentas bancarias: un examen preliminar. V. Principales características de la Propuesta. 1. Ámbito de aplicación. 2. Requisitos para la adopción de la OERC. 3. Características del procedimiento de adopción. 4. La rápida aplicación de la OERC: la supresión del exequátur. 5. Vías de recurso contra la OERC: la necesidad de garantizar el equilibrio entre intereses contrapuestos. VI. El Reglamento Bruselas I bis y la Propuesta OERC: una primera comparación. VII. ¿Y a continuación qué? VIII. Conclusión.

RESUMEN: Este artículo se ocupa del Reglamento recientemente propuesto por el que se establece una orden de bloqueo para la conservación de cuentas bancarias, con la finalidad de mejorar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil. El objetivo general del artículo es describir el avance y los inconvenientes de la Propuesta de la Comisión, con una referencia a los desarrollos más recientes del proceso legislativo. La primera parte del estudio se centrará en las principales cuestiones problemáticas existentes en la reciente Propuesta –la libre circulación de medidas *inaudita parte* en la UE– tal y como se ocupan de ellas los anteriores instrumentos uniformes de la UE. La segunda parte presentará y examinará brevemente las soluciones recientemente propuestas por el legislador de la UE en relación a la conservación de cuentas bancarias, también tomando en consideración su impacto en el ordenamiento jurídico italiano.

PALABRAS CLAVE: PROCEDIMIENTO EUROPEO UNIFORME – COBRO DE DEUDAS – CUENTAS BANCARIAS – ÓRDENES *INAUDITA PARTE* – SUPRESIÓN DEL EXEQUÁTUR.

ABSTRACT: This paper deals with the recently proposed Regulation instituting an EU freezing injunction for the preservation of bank accounts in order to improve cross-border debt recovery in civil and commercial matters. The overall aim of the paper is to describe the progress and the shortcomings of the Commission Proposal, with a reference to the most recent developments of the related decision-making process. The first part of the study will focus on the main troublesome issues underlying the

* Traducido por Crístian Oró Martínez, Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law.

** Ph.D. International Law. Università degli Studi di Milano.

recent Proposal – the free circulation of ex parte measures throughout the EU – as addressed by the former EU uniform instruments. The second part will briefly present and discuss the solutions recently proposed by the EU legislator with reference to the preservation of bank accounts, also by considering their impact on the Italian legal system.

KEYWORDS: EU UNIFORM PROCEDURE – DEBT RECOVERY – BANK ACCOUNTS – EX PARTE ORDERS – ABOLITION OF EXEQUATUR.

I. El embargo de cuentas bancarias: inconvenientes de la situación actual

En cualquier transacción comercial, excepto si se produce un pago por adelantado o una transacción con condiciones de pago íntegramente garantizadas, existe el riesgo de que el acreedor no cobre y que, entre tanto, la cuenta del deudor se encuentre vacía o que todo el dinero haya sido gastado o haya desaparecido antes de que tenga lugar el procedimiento de ejecución.

En tal caso, el ordenamiento jurídico de la mayoría de Estados miembros prevé una vía de gran eficacia para que los acreedores recuperen la suma que se les debe: el embargo de la(s) cuenta(s) bancaria(s) del deudor. Un embargo, que es la más importante de las formas de ejecución pecuniaria en los Estados miembros, suele otorgarse al final de un procedimiento sumario, en ocasiones *inaudita parte*, y puesto que es una medida auxiliar respecto del proceso sobre el fondo, tiene una finalidad puramente conservadora. En efecto, no se trata ni de una medida provisional que persiga un efecto anticipatorio ni de una medida de satisfacción. Como tal, este instrumento no pretende conceder una ejecución provisional para permitir al solicitante gozar de sus derechos antes de que sea adoptada la decisión final. Sin embargo, tales medidas son suficientemente estables como para dar finalmente satisfacción al interés del acreedor, puesto que en general van dirigidas a impedir que el deudor disponga de sus bienes, eliminando los fondos de su cuenta bancaria y frustrando así los esfuerzos del acreedor para recobrar su deuda. En la mayoría de casos, la ejecución de tales medidas es estrictamente territorial. Pero ¿qué pasa una vez que un acreedor pretende inmovilizar o está autorizado para hacerse con bienes del deudor situados en el extranjero?

En la actualidad, un acreedor que pretenda recobrar su deuda en otro Estado miembro se enfrenta a serias dificultades¹. Primero, las condiciones para la concesión de medidas de conservación de fondos en cuentas bancarias varían consi-

¹ Libro Verde de la Comisión sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la unión europea: embargo de activos bancarios, de 24 octubre 2006, COM(2006) 618 final, pp. 2–3; Centre for Strategy and Evaluation Service (CSES), *Study for an Impact Assessment on a Draft Legislative Proposal on the Attachment of Bank Account*, 2011, pp. 13 ss.

derablemente en los ordenamientos internos de los Estados miembros. Ello puede dar lugar a dificultades para obtener una orden de retención de cuentas en determinados Estados miembros, facilitando el *forum shopping*. Segundo, en muchos Estados miembros a un acreedor le resulta imposible obtener información sobre el paradero de las cuentas bancarias de su deudor sin tener que recurrir a los servicios de agencias de investigación privada. Esta falta de transparencia puede dificultar seriamente el cobro de deudas en la UE. Tercero, las divergencias entre los procedimientos nacionales de ejecución y su duración pueden constituir un serio problema para los acreedores que traten de obtener la ejecución en el extranjero de medidas cautelares, por ejemplo órdenes de retención de cuentas, cuya efectividad depende por definición de su rápida aplicación. Finalmente, un acreedor se enfrenta a un ordenamiento jurídico distinto, con requisitos procesales y barreras lingüísticas que conllevan costes y retrasos adicionales en el procedimiento de ejecución. En consecuencia, por un lado, antes del momento de la resolución definitiva los deudores de mala fe pueden recolocar sus bienes en un Estado miembro donde sea fácil ocultarlos, mientras que los acreedores a menudo no pueden bloquear tan fácilmente los movimientos de fondos a través de la UE. Por otro lado, los costes de la obtención y ejecución de una orden de retención de cuentas en una situación transfronteriza suelen ser más elevados que en supuestos internos –y pueden no ser recobrables–, sin mencionar además el hecho de que los acreedores no suelen tener suficiente conocimiento de sus posibilidades de recuperación de deudas. Debido a estas incertidumbres, muchos acreedores terminan por no poder recuperar sus deudas en el extranjero y por tanto no pueden beneficiarse del uso de un arma poderosa frente a deudores recalcitrantes o de mala fe.

Para eliminar obstáculos innecesarios y facilitar el cobro transfronterizo de deudas, la importancia de una orden europea de retención de cuentas en litigios comerciales transfronterizos resulta evidente. Es por ello interesante ver cómo el legislador de la UE se ha ocupado recientemente de estas cuestiones. Buscando un remedio a esta situación, en julio de 2011 la Comisión presentó una propuesta de Reglamento por el que se crearía una orden europea de retención de cuentas bancarias para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (en adelante, “Propuesta” o “Reglamento OERC”)².

A modo de introducción, el presente estudio se ocupará en primer lugar del régimen actual sobre medidas cautelares previsto en otros instrumentos uniformes de la UE. En particular, debido al hecho que tanto la Propuesta examinada

² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, de 25 julio 2011, COM(2011) 445 final.

como el RB I *bis*³ se ocupan de medidas *inaudita parte*, sería interesante examinar el tratamiento de estas medidas en ambos instrumentos. Más específicamente, nos ocuparemos de la cuestión del tribunal internacionalmente competente para adoptar medidas cautelares, así como de los diferentes procedimientos establecidos por los dos instrumentos para la ejecución de una medida *inaudita parte*. Otra cuestión fascinante consiste en examinar si la Propuesta, a la luz de las soluciones paralelas previstas por el RB I *bis*, prevé una protección adecuada para el deudor a la hora de mitigar la naturaleza potencialmente draconiana de una medida de bloqueo. Después de fijarse en los principales elementos de la Propuesta, el presente estudio se ocupará de las cuestiones suscitadas por las reglas propuestas y de cómo dichas cuestiones quedarían afectadas si el Reglamento propuesto es adoptado en su formulación actual⁴. Finalmente, será necesario examinar si la Propuesta podría afectar al procedimiento de embargo existente en el Derecho nacional, como en el caso del ordenamiento jurídico italiano.

II. La primera cuestión principal: la abolición del exequátur y las experiencias anteriores

Desde un punto de vista puramente internacional privatista, una de las principales cuestiones problemáticas subyacentes en la reciente Propuesta es la libre circulación de resoluciones judiciales, y en especial de medidas cautelares, a través de la UE.

En principio, la exigencia de una declaración de ejecutividad –antes de la ejecución de una sentencia– en el Estado miembro requerido (procedimiento de exequátur) era una consecuencia del principio de territorialidad en Derecho internacional público. De acuerdo con el mismo, las sentencias extranjeras no producen efectos fuera del Estado de origen y por tanto solo pueden ser ejecutadas en el extranjero si son aprobadas por un tribunal del Estado de ejecución. Por ende, el procedimiento de exequátur (esto es, el procedimiento para la declaración de ejecutividad de una sentencia en otro Estado miembro) estaba destinado a garantizar el respeto de determinados estándares legales en procedimientos llevados a cabo por un tribunal extranjero antes de proceder a la ejecución en el Estado requerido.

No obstante, la importancia del principio de territorialidad en la UE ha disminuido de manera progresiva, debido a la estrecha colaboración entre los Estados

³ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DO L 351 de 20.12.2012.

⁴ El presente estudio se ocupará del proceso decisorio existente a 15 abril 2014.

miembros en asuntos judiciales en vistas al establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Desde este punto de vista, para acelerar el procedimiento de exequátur eliminando el primer paso, relativo al examen de los motivos de no reconocimiento y ejecución, primero el Convenio de Bruselas de 1968 y, posteriormente, el RB I⁵, establecieron progresivamente el reconocimiento automático de decisiones judiciales a través de la UE y un procedimiento simplificado de exequátur en el Estado miembro de ejecución. Para ser ejecutada en otro Estado miembro, una sentencia debe primero ser ejecutoria en el Estado miembro de origen y luego ser declarada ejecutiva en el Estado miembro de ejecución de conformidad con el procedimiento acelerado previsto en la Sección 2 del Capítulo III del Reglamento⁶. Esta declaración de ejecutividad debe ser notificada por la parte ejecutante.

El RB I ha simplificado notablemente, aunque sin suprimirlo todavía, el procedimiento de exequátur respecto a resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Por lo tanto, la eliminación del procedimiento intermedio de ejecutividad para la ejecución de resoluciones judiciales en el extranjero ha sido prevista durante tiempo como el próximo estadio en la supresión de obstáculos innecesarios a la libre circulación de resoluciones judiciales en la UE.

En el ámbito civil y mercantil, la supresión total de cualquier declaración de ejecutividad o control judicial *ex post* en el Estado miembro de ejecución ha sido posible solo al adoptar un enfoque esencialmente distinto del enfoque del sistema Bruselas I.

Ciertos títulos otorgados en relación con determinados tipos de demandas deben ser tratados, cuando cumplen estrictamente con un estándar procesal dirigido a salvaguardar los derechos del demandado, como si hubieran sido adoptados por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución, y son por tanto directamente ejecutables en el extranjero sin necesidad de procedimiento intermedio alguno, lo que constituye una medida de gran alcance. En especial, el

⁵ Reglamento (CE) n° 44/2001, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 12 de 16.01.2001.

⁶ De conformidad con el art. 41 RB I, se otorgará inmediatamente la ejecución de una resolución una vez cumplidas las formalidades previstas en el art. 53 (presentación de la resolución y de un formulario), sin proceder a ningún examen de acuerdo con los arts. 34 y 35. La parte contra la cual se solicite la ejecución no podrá, en esta fase del procedimiento, formular observaciones. Por ende, de acuerdo con este Reglamento, el examen de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución solo pueden tener lugar en caso de apelación del exequátur otorgado de modo automático: *vid.* B. Hess, "The Brussels I Regulation: Recent Case Law of the Court of Justice and the Commission's Proposed Recast", *Common Market L. Rev.*, vol. 49, 2012, pp. 1094 ss.

título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (“Reglamento TEE”)⁷, el proceso monitorio europeo (“Reglamento PME”)⁸ y el proceso europeo de escasa cuantía (“Reglamento PEEC”)⁹ han creado un título ejecutivo europeo, que tiene el objeto de facilitar el cobro transfronterizo de deudas a través de la UE, y que puede ser automáticamente reconocido y ejecutado en todos los Estados miembros. Desde este punto de vista, la necesidad de una declaración de ejecutividad ha sido eliminada completamente, y le corresponde al tribunal del Estado miembro de origen certificar que el derecho a la tutela judicial efectiva del deudor ha sido debidamente respetado. En efecto, el procedimiento de exequátur se ha desplazado del Estado de ejecución al Estado de origen¹⁰. Este es el principal rasgo en común de los tres Reglamentos, a pesar de que tienen objetivos distintos. Sin embargo, mientras que el fundamento de la eliminación del procedimiento de exequátur en el Reglamento TEE era la confianza mutua y el cumplimiento de estándares mínimos detallados, aunque sin establecer un proceso uniforme, en los Reglamentos PME y PEEC el fundamento fue la armonización procedimental. De hecho, estos dos últimos Reglamentos prevén un proceso genuinamente europeo con reglas procesales comunes, que de por sí es susceptible de garantizar un equilibrio adecuado entre los intereses del acreedor y los derechos de defensa del demandado, con independencia del Derecho interno de los Estados miembros (el llamado “proceso europeo”). A pesar de ello, no debe obviarse el hecho de que en todos estos supuestos el proceso de ejecución sigue estando sujeto al Derecho interno del Estado miembro en el que se requiera la ejecución del título ejecutivo europeo.

Finalmente, en virtud del alto nivel de confianza mutua, así como de la confianza en el grado de madurez de los sistemas judiciales a través de la UE, en el RB I *bis* se ha adoptado una solución que puede ser considerada como una “declaración de ejecutividad automática”, que es una solución a medio camino entre el anterior RB I y el Reglamento TEE¹¹. De conformidad con el RB I *bis*, una

⁷ Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, DO L 143 de 30.04.2004.

⁸ Reglamento (EC) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, DO L 399 de 30.12.2006.

⁹ Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, DO L 199 de 31.7. 2007.

¹⁰ P. Beaumont y E. Johnston, “Can Exequatur be Abolished in Brussels I whilst Retaining a Public Policy Defence?”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 6, 2010, pp. 271 ss. Vid. también G. Cuniberti e I. Rueda, “Abolition of exequatur – Addressing the Commission’s Concerns”, *RabelsZ*, 2011, pp. 289 ss.; G. Cuniberti, “The Recognition of Foreign Judgments lacking Reasons in Europe: Access to Justice, Foreign Court Avoidance and Efficiency”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 58, 2008, pp. 25–52.

¹¹ M. Á. Rodríguez Vázquez, “Review of the Brussels I Regulation: Complete Abolition of Exequatur?”, en B. Campuzano Díaz, M. Czepelak, A. Rodríguez Benot y M. Á. Rodríguez Vázquez (eds.), *Latest Developments in EU Private International Law*, Intersentia, 2011, p. 171; de la misma opinión, J.

resolución judicial adoptada en un Estado miembro que recaiga dentro del ámbito de aplicación del Reglamento será reconocida en los demás Estados miembros sin ningún procedimiento específico y, si es ejecutiva en el Estado miembro de origen y ha sido certificada como tal, podrá ser directamente ejecutada en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad. La fase formal de exequátur queda por tanto suprimida. Al extender la solución que ya se había adoptado en los anteriores Reglamentos, la declaración de ejecutividad –anteriormente adoptada por un tribunal del Estado miembro requerido– es ahora competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. El tribunal de ejecución debe ahora quedar vinculado por la decisión del tribunal de origen de declararse competente sobre el asunto y debe confiar en que al hacerlo actuó de conformidad con los requisitos del Reglamento, sobre todo en lo relativo a los derechos de defensa¹². No obstante, el posterior control de la decisión en el Estado miembro de ejecución no queda totalmente suprimido. Para poder garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del demandado, se sigue permitiendo un control adicional, *ex post*, en fase de ejecución. Por lo tanto, el principio de confianza mutua puede ser invocado para eliminar la revisión limitada actualmente permitida por el RB I. Sin embargo, puesto el RB I *bis* se aplica a

P. Beraudo, “Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Journ. dr. int.*, 2013, pp. 741 ss, especialmente ap. 48. Más en general, *vid.* M.Á. Rodríguez Vázquez, “Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del RB I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 330–347; F. Cadet, “Le nouveau règlement Bruxelles I ou l'itinéraire d'un enfant gâté”, *Journ. dr. int.*, 2013, pp. 765 ss., especialmente ap. A; H. Gaudemet-Tallon y C. Kessedjian, “La refonte du règlement Bruxelles I”, *Rev. trim. dr. eur.*, 2013 pp. 435 ss, especialmente ap. 41; P. Nielsen, “The New Brussels I Regulation”, *Common Market L. Rev.*, vol. 2, 2013, pp. 524 ss; L. Timmer, “Abolition of exequatur under the Brussels 1 Regulation: ill conceived and premature?”, *J. Prov. Int'l L.*, vol. 9, nº 1, 2013, pp. 129–147; A. Nuyts, “La refonte du règlement Bruxelles I”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2013, , p. 1, aps. 14 ss.; A. Dickinson, “Free Movement of Judgments in the EU: Knock Down the Walls but Mind the Ceiling”, en E. Lein (ed.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, Londres, BIICL, 2012, pp. 135 ss; T. Pfeiffer, “Recast of the Brussels I Regulation: The abolition of Exequatur”, F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata (eds.), *Recasting Brussels I: Proceedings of the Conference held at the University of Milan on November 25–26, 2011*, Pádua, Cedam, 2012, pp. 311 ss; M. de Cristofaro, “The Abolition of Exequatur Proceeding: Speeding up the Free Movement of Judgments while Preserving the Rights of the Defense”, en F. Pocar, I. Viarengo, F. C. Villata (eds.), *op. cit.*, p. 353; X. Kramer, “Abolition of exequatur under the Brussels I Regulation: effecting and protecting rights in the European judicial area”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, vol. 4, 2011, pp. 633–641; P. Beaumont, E. Johnston, “Abolition of the Exequatur in Brussels I: Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights?”, *IPRax*, vol. 2, 2010, pp. 105 ss; L. d'Avout, “La circulation automatique des titres exécutoires imposées par le Règlement 805/2004 du 21 Avril 2004”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006, pp. 1 ss; P. Schlosser, “The Abolition of Exequatur Proceedings – Including Public Policy Review?”, *IPRax*, vol. 2, 2010, p. 101; P. Oberhammer, “The Abolition of Exequatur”, *IPRax*, vol. 3, 2010, p. 197. Bien entendido que el RB I *bis* todavía no está en vigor.

¹² P. Beaumont y E. Johnston, “Can Exequatur be Abolished in Brussels I Whilst Retaining a Public Policy Defence?”, *J. Priv. Int'l L.*, vol. 6, nº 2, p. 271.

supuestos litigiosos, la supresión del exequátur todavía no impide que las excepciones al reconocimiento y ejecución sean examinadas por lo menos en fase de ejecución, si cualquier parte interesada o el deudor así lo solicitan (véanse los arts. 45–46).

A la luz de lo anterior, parece justo concluir que la supresión de todo procedimiento intermedio de ejecución en materia civil y mercantil ha sido un hito clave en la construcción del espacio judicial de la UE. Con todo, a pesar de que los procesos recientes resultan prometedores en la medida en que facilitan el reconocimiento en el extranjero de las resoluciones sobre recobro transfronterizo de deuda, las modalidades procesales de ejecución de una sentencia u otro título ejecutivo siguen estando sujetas al Derecho nacional. En consecuencia, hasta ahora la ejecución de una decisión judicial una vez ha sido declarada ejecutiva en otro Estado miembro, aun siendo más rápida, sigue quedando enteramente a expensas del Derecho interno. Y este enfoque no ha cambiado con el RB I. Por lo tanto, la actual fragmentación de reglas nacionales en materia de ejecución da lugar a una importante diferenciación entre Estados miembros, lo que sigue influyendo negativamente en la eficacia del cobro transfronterizo de deuda, especialmente en relación al embargo de cuentas bancarias situadas en el extranjero.

III. La segunda cuestión principal: la libre circulación de medidas cautelares y las experiencias anteriores

En términos generales, la competencia en materia de medidas cautelares permite una justicia rápida y más eficaz, esto es, un tipo de justicia que da lugar a decisiones que, aun no siendo firmes, son no obstante suficientemente estables como para satisfacer el interés de las partes a largo plazo. Como ya se ha mencionado, el propio embargo de una cuenta bancaria es una medida cautelar que tiene una finalidad puramente conservativa, de manera que es una medida auxiliar al proceso sobre el fondo. Además, este tipo de medida puede ser acordado a petición del acreedor sin que su destinatario tenga la posibilidad de ser oído en primera instancia, particularmente en caso de urgencia (lo que se conoce como procedimientos *inaudita parte*).

Antes de la adopción del RB I *bis*, había dudas sobre si la libre circulación de medidas cautelares estaba permitida de conformidad con el sistema Bruselas I, así como sobre el alcance de la competencia de los tribunales de los Estados miembros para otorgar medidas cautelares en virtud del art. 31 de dicho Reglamento¹³.

¹³ Vid. L. Sandrini, *Tutela cautelare in funzione di giudizi esteri*, Pádua, Cedam, 2012, pp. 281 ss; M. Pertegás, “Article 31”, en U. Magnus y P. Mankowsky (eds.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., Munich,

De acuerdo con el sistema anterior, las medidas cautelares podían ser acordadas de acuerdo con el llamado sistema de doble vía. Ello significa que podían adoptarlas tanto el tribunal competente para conocer del fondo como un tribunal competente solo para conocer de las medidas cautelares, y por lo tanto carente de competencia sobre el fondo del asunto. Sin embargo, el RB I no prevé ningún foro de competencia específico sobre medidas cautelares: se remite al Derecho interno en relación al contenido y a las condiciones de las medidas cautelares, así como a la competencia para adoptarlas. En consecuencia, todas las medidas cautelares disponibles en todos y cada uno de los tribunales nacionales en base a cualquier norma de Derecho interno serían susceptibles de producir efectos en todos los Estados miembros. Ello comportaría el riesgo de que los foros de competencia uniformes previstos por el RB I se vieran desplazados en favor de foros nacionales exorbitantes¹⁴. Por lo tanto, para evitar dicho riesgo, se limitó la posibilidad de ejecutar medidas cautelares a través de la UE, mediante una diferenciación entre medidas cautelares otorgadas por el tribunal competente sobre el fondo y medidas cautelares adoptadas por los tribunales mencionados en el art. 31, en los supuestos en los que el tribunal no fuera competente para conocer del fondo del asunto. Así, solo cabe reconocer mediante el régimen especial previsto por el Reglamento aquellas medidas adoptadas por un tribunal competente sobre el fondo, mientras que las restantes verían sus efectos limitados al foro, no siendo susceptibles de reconocimiento en el extranjero.

Asimismo, en el conocido asunto *Denilauler*¹⁵ el Tribunal de Justicia estableció que las medidas cautelares otorgadas *inaudita parte*, esto es, sin que la parte

Sellier European Law Publishers, 2012, pp. 609–620; C. Honorati, “Provisional Measures and the Recast of Brussels I Regulation: A Missed Opportunity for a Better Ruling”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2012, pp. 525–544; M. Bogdan, “The Proposed Recast of Rules on Provisional Measures under the Brussels I Regulation”, en E. Lein (ed.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, Londres, BIICL, 2012, pp. 121 ss; P. Kiesselbach, “The Brussels I Review Proposal – An Overview”, en E. Lein (ed.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, op. cit., pp. 7, 15 y 28; A. Dickinson, “Provisional Measures in the ‘Brussels I’ Review: Disturbing the Status Quo?”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 6, nº 3, 2010, pp. 519 ss.

¹⁴ STJ 17 noviembre 1998, as. C–391/95: *Van Uden Maritime BV, trading as Van Uden Africa Line c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line and Another*, ap. 46: “Además, si se reconociera al demandante el derecho a obtener el pago en concepto de entrega a cuenta de una contraprestación contractual ante el tribunal de su propio domicilio, que, en virtud de los artículos 2 a 18 del Convenio, no es competente para conocer del fondo y, después, a obtener el reconocimiento y la ejecución de la resolución en el Estado del demandado, podrían eludirse las reglas de competencia establecidas por el Convenio”; STJ 27 abril 1999, as. C–99/96: *Hans-Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV*, aps. 44–56.

¹⁵ STJ 21 mayo 1980, as. 125/79: *Denilauler c. Couchet Frères*, ap. 18: “no pueden acogerse al régimen de reconocimiento y de ejecución previsto por el Título III del Convenio las resoluciones judiciales por las que se adoptan medidas provisionales y cautelares, dictadas sin que la parte contra la que vayan dirigidas haya sido citada para comparecer y destinadas a ejecutarse sin haber sido previamente notificadas”. Como es sabido, en este caso se pretendía ejecutar en Alemania una orden adoptada en Francia acordando el embargo preventivo de una cuenta bancaria alemana de la que era titular el demandado, que no había sido notificado hasta después de que la orden fuese declarada ejecutiva en Alemania.

contra quien van dirigidas haya sido notificada, y que pretendieran ser ejecutadas sin notificar al demandado, no podían ser ejecutadas en otro Estado miembro en base al RB I, puesto que no entran dentro del ámbito de su art. 32. El concepto de resolución (susceptible de reconocimiento) a efectos del art. 32 RB I incluye por tanto solo medidas cautelares otorgadas después de haber dado audiencia al deudor¹⁶, mientras que las medidas otorgadas de resultados de procedimientos unilaterales y que no sean posteriormente confirmadas a la luz de las explicaciones del demandado no son consideradas como “resoluciones” en el sentido del art. 32 RB I¹⁷. En otras palabras, las disposiciones del RB I no se aplicaban a decisiones relativas a medidas cautelares otorgadas *inaudita parte* aun cuando hubieran sido adoptadas por un tribunal competente sobre el fondo del asunto. En consecuencia, el RB I no garantizaba que las medidas cautelares adoptadas sin dar previamente audiencia al deudor pudieran ser reconocidas y ejecutadas en un Estado miembro distinto de aquel en el que hubieran sido adoptadas. Sin embargo, a la vista de la solución apuntada por el Tribunal de Justicia en casos posteriores¹⁸, cabía preguntarse si el mismo principio era aplicable en aquellos casos en que el demandado hubiera posteriormente tenido la oportunidad de impugnar la petición del demandante en un procedimiento contradictorio y en que la resolución hubiera sido confirmada o convalidada de resultados de dicho procedimiento.

El recientemente adoptado RB I *bis* se ha ocupado de resolver esta problemática, aunque de manera solo parcial¹⁹. Las medidas *inaudita parte* quedan ahora claramente cubiertas por el concepto de medidas cautelares en el sentido de su nuevo art. 2.a). La nueva disposición tiene la finalidad de invalidar la jurisprudencia

¹⁶ B. Hess, T. Pfeiffer y P. Schlosser, *The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States (Study JLS/C4/2005/03)*, Múnich, C H Beck, Hart, Nomos, 2008, ap. 527; P. Wautelet, “Article 32”, en U. Magnus y P. Mankowsky, *Brussels I Regulation*, op. cit., ap. 22: “the liberality of the regime set up under Brussels I Regulation was only possible because of the protection afforded to the defendant in the original proceedings. (...) it is essential that before the judgment is delivered, an inter partes procedure takes place – or could have taken place if the defendant had chosen to appear”.

¹⁷ B. Hess, T. Pfeiffer y P. Schlosser, op. cit., ap. 744, que indicant que, como demuestra la jurisprudencia de los tribunales nacionales, la ejecución transfronteriza de medidas cautelares deviene posible cuando son confirmadas después de que se haya dado al demandado la posibilidad de efectuar sus alegaciones.

¹⁸ STJ 13 julio 1999, as. C-474/93: *Hengst Import BV c. Anna Maria Campese*, aps. 14 y 19, en la que estableció que una resolución adoptada tras un procedimiento sin audiencia al demandado puede beneficiarse del mecanismo simplificado del RB I si el demandado puede impugnar la resolución antes de que esta sea ejecutiva. Vid. STJ 14 octubre 2004, as. C-39/02: *Mærsk Olie & Gas A/S c. Firma M. de Haan en W. de Boer*, ap. 50.

¹⁹ Vid. A. Nuyts, “Les mesures provisoires dans le Règlement Bruxelles I ‘bis’”, *Rev. dr. comm. belge*, vol. 5, 2013, pp. 348–356; F. Cadet, “Le nouveau règlement Bruxelles I ou l’itinéraire d’un enfant gâté”, *Journ. dr. int.*, 2013, pp. 756 ss, ap. E.

dencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Denilauler*. En consecuencia, una decisión por la que se otorgue una medida *inaudita parte* debe a partir de ahora ser reconocida y ejecutada en el extranjero como cualquier otra decisión, siempre que el demandado tenga posteriormente el derecho de oponerse a la medida de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de origen. El derecho a oponerse *ex post* a una resolución adoptada en rebeldía parece ofrecer una protección adecuada para el demandado respecto del que se ha adoptado una medida sin habersele notificado previamente.

Sin embargo, el RB I *bis* no modifica la regla que otorga competencia en materia de medidas provisionales y cautelares (art. 35). En consecuencia, la distinción establecida actualmente por la jurisprudencia relativa al RB I sigue siendo válida. En consecuencia, el juez competente sobre el fondo del asunto tiene plena competencia para otorgar cualquier tipo de medida cautelar, medida que deberá ser reconocida y ejecutada a través de la UE. En cambio, las decisiones sobre medidas cautelares que sean adoptadas por un tribunal que no sea competente sobre el fondo del asunto no recaerán dentro del ámbito del art.2.a), a efectos del Capítulo III del RB I *bis*. En otras palabras, las medidas cautelares y provisionales adoptadas por un tribunal que no sea competente sobre el fondo quedan excluidas del régimen de ejecución simplificado y no son susceptibles de circular libremente (cdo. 33).

A pesar de ello, el reconocimiento mutuo de medidas cautelares en virtud del RB I *bis* está en cualquier caso sujeto al cumplimiento de algunos requisitos adicionales, establecidos por el legislador de la UE. Por lo tanto, ni siquiera la solución prevista por el RB I sería adecuada para el tipo de medidas del que nos estamos ocupando específicamente.

A la luz de lo anterior, parece justo concluir que, hasta la fecha, no existen órdenes de retención de cuentas ni órdenes de bloqueo surgidas de procedimientos *inaudita parte* que puedan ser fácilmente ejecutadas en toda la UE. En consecuencia, la situación actual sigue siendo insatisfactoria desde el punto de vista de los acreedores.

IV. El procedimiento europeo previsto para la conservación de cuentas bancarias: un examen preliminar

La Propuesta examinada, basada en el art. 81.2º TFUE y sujeta por tanto al procedimiento legislativo ordinario, tiene por objeto la creación de un nuevo instrumento jurídico de naturaleza protectora denominado orden europea de

retención de cuentas (“OERC”)²⁰. Se trata de una medida cautelar que un acreedor, tanto persona física como jurídica, puede utilizar como alternativa a los procedimientos existentes en el Derecho interno para inmovilizar y embargar una suma de dinero que se le deba, prohibiendo que los bienes del deudor existentes en una o varias cuentas bancarias situadas en territorio de la UE sean retirados o transferidos (art. 1). Asimismo, la Propuesta establecería un nuevo procedimiento europeo autónomo para la retención de cuentas bancarias en supuestos transfronterizos, dando lugar a una orden de bloqueo automáticamente ejecutable en toda la UE. En aras a la claridad, debe añadirse que el nuevo proceso propuesto por la Comisión no impediría al demandante tratar de obtener medidas cautelares basadas en el Derecho interno de conformidad con el RB I *bis* (cdo. 8).

En relación a la orden de bloqueo con alcance en toda la UE, tendría solo efectos de protección, esto es, tan sólo inmovilizaría los fondos del deudor en una cuenta bancaria pero sin transferirlos al acreedor. La medida tendría por lo tanto solamente el efecto de mantener el *statu quo*, y no de cambiarlo, y tendría efectos reales, esto es, se dirigiría contra determinadas cuentas y no contra la persona del deudor. En particular, para garantizar el efecto sorpresa de la orden de retención, la Propuesta prevé que el deudor no sea informado de la solicitud, lo que comporta que ni sea oído antes de su otorgamiento ni se le notifique la orden antes de su ejecución por parte del banco. Con todo, el deudor debería poder oponerse a la orden inmediatamente después de su ejecución.

Por lo que respecta al nuevo procedimiento uniforme, al crear un sistema europeo de retención de cuentas bancarias, la Propuesta va dirigida a permitir a los acreedores obtener órdenes de retención sobre la base de unas condiciones únicas, independientemente del país donde se sitúe el tribunal competente. De hecho, los requisitos sustantivos de las medidas cautelares, así como el procedimiento para otorgar la OERC estarían previstos por la propia Propuesta, al igual que su aplicación por parte del banco en el que se encuentre la cuenta afectada, así como las vías de recurso frente a dicha orden. En cualquier caso, para garantizar la efectividad de la naturaleza protectora de las órdenes de retención, deberían ser eficaces directamente en toda la UE, sin necesidad de procedimiento intermedio alguno (especialmente, sin necesidad de declaración de ejecutividad).

²⁰ Vid. E. Guinchard, “Le droit européen de l’exécution est né! , Présentation de la proposition de règlement portant création d’une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale COM(2011) 445, 25 juill. 2011”, *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, pp. 871 ss; N. Kyriakides, “A European-wide Preservation Order: How the Common Law Practice Can Contribute”, *Civil Justice Quarterly*, 2014, pp. 93–106; L. Sandrini, *op. cit.*, p. 417 ss; Max Planck Working Group, “Comments on the European Commission’s Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgments in the European Union: The Attachment of Bank Accounts”, *European Company and Financial L. Rev.*, vol. 4, n° 2, pp. 252–300.

En consecuencia, el nuevo procedimiento estaría llamado a reducir los costes y retrasos para los acreedores que pretendieran obtener y ejecutar una orden de retención de cuentas en situaciones transfronterizas. Si la Propuesta fuese adoptada en su versión actual, el proceso para obtener una orden de retención constituiría el próximo nivel en los procesos armonizados. De hecho, el Reglamento propuesto debería superar los dos procesos europeos uniformes anteriormente mencionados (los Reglamentos PME y PEEC) en la medida en que tendría por objeto no solo crear una vía de acceso simple y uniforme a procedimientos de embargo resultantes en una decisión automáticamente ejecutable en la UE, sino también mejorar la transparencia de los bienes del deudor al establecer reglas comunes relativas a la ejecución propiamente dicha, tras la obtención de la OERC.

V. Principales características de la Propuesta

1. Ámbito de aplicación

El Reglamento propuesto se aplica “en material civil y mercantil”. En aras a la uniformidad con relación a los instrumentos preexistentes, la Propuesta comparte el ámbito de aplicación con el RB I *bis*. Las exclusiones de su ámbito de aplicación se corresponden en gran medida con las del anterior RB I: por ejemplo, insolvencia, seguridad social y arbitraje. Al contrario que el RB I, la Propuesta se aplicaría en materia de regímenes económicos matrimoniales, de efectos patrimoniales de las uniones registradas y de sucesiones, una vez que los instrumentos propuestos por la Comisión en estos ámbitos sean adoptados y devengan aplicables (art. 2).

La Propuesta se limita a los asuntos con “repercusión transfronteriza” (art. 3) y no afectaría a los procedimientos nacionales destinados a garantizar el cobro de deudas (art. 1.2º). Puesto que la Comisión ha optado por definir estos asuntos de manera “negativa”, inspirándose en el art. 1 del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, la Propuesta no define el concepto de “litigio transfronterizo”. La Propuesta no establece un listado claro de los elementos que determinan cuándo un caso debe ser considerado como transfronterizo. No obstante, existe un acuerdo generalizado en definir los supuestos transfronterizos como aquellos casos en los que la orden de retención solicitada venga referida a una cuenta situada en un Estado miembro distinto de aquel en el que se efectúa la solicitud. En efecto, cuando la cuenta bancaria a la que se refiere la orden de retención y el tribunal que la adopta se encuentran en el mismo Estado miembro, dicho tribunal es normalmente competente en base a la propia *lex fori* para otorgar una orden de retención prevista en el Derecho nacional.

Otra cuestión que se ha planteado es cuál es el momento en el que el acreedor, en el proceso de reclamar una deuda de carácter pecuniario, debería poder solicitar una orden de retención en base al régimen de la UE. Según la Propuesta, existen varios momentos, tanto antes como después de obtener un título ejecutivo en el Estado miembro de origen, en los que el acreedor puede solicitar dicha orden para la salvaguarda de sus derechos: (i) antes de la incoación del proceso judicial sobre el fondo del asunto; (ii) conjuntamente con la interposición de la acción principal; (iii) en un momento posterior, en cualquier fase del procedimiento (art. 5.1º.a); (iv) después de haber obtenido en el Estado miembro de origen un título ejecutivo (una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva) pero que aún no haya obtenido el otorgamiento de ejecución en el Estado miembro de ejecución. Este periodo queda comprendido entre la adopción de una orden en un Estado miembro y la posterior declaración de ejecutividad de dicha orden en el Estado miembro en el que se encuentre la cuenta del deudor (art. 5.1º.b). Finalmente, existe una última posibilidad, después de haber obtenido un título ejecutivo en el Estado miembro de ejecución (art. 5.2º).

2. Requisitos para la adopción de la OERC

Existirán distintos procedimientos de adopción dependiendo de si la solicitud se presenta antes o después de que haya sido adoptada una orden por parte del tribunal, y dependiendo también de si el título ya es ejecutivo o todavía no lo es. En ambos casos, la cuestión de cuáles son los tribunales competentes es esencial para la efectividad y la equidad del procedimiento.

Merece señalarse que el Reglamento OERC no pretende ser exclusivo. Ofrece un foro de competencia alternativo (no exclusivo) y en ninguna medida limita la competencia del tribunal encargado de resolver sobre el fondo del litigio para otorgar igualmente medidas cautelares. Obviamente, resulta esencial que el nuevo procedimiento uniforme consiga mantener un equilibrio entre los diversos y potencialmente opuestos intereses en juego. El acreedor estará interesado en encontrar un foro que le permita, mediante el otorgamiento de una única orden de retención de cuentas con efectos en toda la UE, impedir que el deudor transfiera sus bienes antes de que puedan ser efectivamente embargados. A la vez, el tribunal competente para adoptar la orden de retención debería ser previsible para el deudor, permitiéndole ejercer sus derechos de defensa. En último lugar, pero no menos importante, el banco, como deudor del deudor, no debe verse forzado a pagar dos veces una misma suma en caso de que una orden de retención extranjera no sea reconocida ni ejecutada en el Estado miembro donde se encuentre el banco. Por lo tanto, deberían evitarse órdenes contradictorias otorgadas por tribunales de distintos Estados miembros.

En vista de los distintos intereses en conflicto implicados, habría tres foros potenciales que podrían ser adecuados a efectos de adoptar una orden de retención.

1) Los tribunales del Estado en el que se encuentre la cuenta. Siguiendo la fundamentación de los asuntos *Van Uden* y *Mietz*²¹ –según los cuales los tribunales del lugar de situación de los bienes objeto de la medida cautelar (lo que se conoce como vínculo “real” o “genuino”) son los más adecuados para examinar las circunstancias que pueden llevar al otorgamiento o a la denegación de la medida en cuestión–, dicho Estado presentaría el mayor grado de proximidad con la cuenta bancaria, por lo que sería capaz de satisfacer un importante interés del acreedor, así como desde la perspectiva del deudor. Además, cabría esperar que los bancos tuvieran una cierta familiaridad con el sistema judicial de dicho país, puesto que suelen tener que interactuar con tribunales del Estado en el que están domiciliados o en el que llevan a cabo sus actividades.

2) Los tribunales del Estado del domicilio del deudor: se trataría de una solución respetuosa con el deudor. Sería además adecuada para el acreedor, puesto que éste normalmente sabe dónde está domiciliado su deudor.

3) El tribunal competente para conocer del procedimiento principal: existen varios factores que militan a favor de este foro. Cuando se solicita a un tribunal, competente para conocer del fondo del asunto, que adopte una orden de retención, dicho tribunal estará familiarizado con el caso; igualmente, al decidir tanto sobre la medida cautelar como sobre la acción principal, se reduciría el riesgo de decisiones incompatibles.

Para evitar el riesgo de órdenes de retención de cuentas incompatibles en supuestos internacionales, limitando el número de foros disponibles en virtud del Reglamento propuesto, el legislador de la UE no puso en manos de los acreedores un número ilimitado de posibilidades de entre los varios tribunales potencialmente competentes recién mencionados.

Como norma general, cuando la OERC deba ser adoptada antes de la obtención de un título ejecutivo (art. 6), los acreedores tienen la opción de solicitar al tribunal competente para resolver el fondo del asunto –designado mediante los instrumentos uniformes de la UE o mediante el Derecho nacional– que dicte una orden para el bloqueo temporal de una cuenta bancaria (art. 6.1º). Para determinar qué tribunal es competente sobre el fondo del asunto sería pues necesario indagar si se está acudiendo al tribunal que se ya encuentre conociendo del asunto.

²¹ *Vid. supra*, nota 14.

to o bien si alguno de los tribunales potencialmente competentes en virtud del RB I *bis* puede ser considerado como tal. Según lo dispuesto en el art. 13, el tribunal podría ser tanto el tribunal que se encuentre conociendo del fondo –en tal caso el embargo se solicitaría *medio iudicio*, de manera que ya estaría determinado el tribunal competente– como un tribunal potencialmente competente para conocer del fondo. No puede dejar de señalarse que es más simple para el deudor llevar a cabo ambos procedimientos –el procedimiento de embargo y la acción principal– ante un mismo tribunal. En cualquier caso, el tribunal encargado del procedimiento principal podría dictar una orden de retención relativa a todas las cuentas del deudor en varios Estados miembros (cdo. 11).

A parte de eso, en caso de medidas relativas a un bien específico o a todos los bienes situados en un Estado en concreto, los tribunales del lugar de situación del bien en cuestión serían los mejor situados para otorgar o denegar una medida, a causa del grado de control directo que pueden ejercer. Por tanto, alternativamente, la orden puede ser adoptada por los tribunales del Estado miembro donde se encuentre la cuenta. Sin embargo, en vista del art. 31 RB I y de la jurisprudencia sobre el mismo, así como del RB I *bis* (cdo. 33), el principal inconveniente de dicho foro es que no permite un embargo de cuentas bancarias con efectos en varios Estados miembros. De hecho, para evitar el *forum shopping*, los efectos de una orden de este tipo están limitados al Estado miembro en el que fue otorgada, no siendo susceptible de reconocimiento y/o ejecución en otro Estado miembro (cdo. 11).

En cambio, en los casos en que el acreedor ya ha obtenido un título ejecutivo, puede solicitar la OERC tanto al tribunal que haya dictado el título ejecutivo como a la autoridad competente para la ejecución del Estado miembro donde esté situada la cuenta bancaria (art. 14).

Con relación a las condiciones para dictar la orden, debido al hecho de que una orden de retención puede ser dictada a instancias del acreedor en el marco de un procedimiento sumario, se ha defendido por una parte que debería ofrecerse flexibilidad máxima al acreedor, permitiéndole solicitar una orden de retención prácticamente en cualquier fase del procedimiento. Por otra parte, se ha tenido en cuenta también la protección adecuada del deudor, en particular cuando se pretenden solicitar medidas cautelares con anterioridad al procedimiento principal.

Como es sabido, una orden de bloqueo es una medida cautelar relativa a la futura ejecución de una sentencia o laudo sobre el fondo del litigio. En términos generales, dichas medidas solo son otorgadas en circunstancias en las que sea probable que denegar tal orden comportaría un riesgo real de que la sentencia o laudo favorable al demandante no pudieran ser ejecutados. En consecuencia, en relación al nivel de prueba exigible, debería existir una diferencia entre aquellos

casos en los que el acreedor ya ha obtenido un título ejecutivo y los casos en que el título todavía no haya sido otorgado y se pretenda obtener una medida cautelar antes de la sentencia sobre el fondo. En el primer caso, debido al hecho de que la reclamación ha sido objeto de un proceso judicial, el deudor ya ha tenido la oportunidad de defender su postura. En el segundo supuesto, el acreedor debería probar la necesidad de inmovilizar una cuenta bancaria y el demandado debería gozar de mayores mecanismos de salvaguarda para presentar eventuales objeciones. En este sentido, puesto que la finalidad de los procedimientos cautelares es proporcionar una tutela rápida, es suficiente una prueba *prima facie*. No obstante, si debe adoptarse una orden antes de la incoación del proceso sobre el fondo del asunto, de acuerdo con la Propuesta (art. 7.1º.a) el acreedor debería primero convencer al tribunal de que su pretensión contra el deudor está *die fundada* (*fumus boni iuris*), aportando pruebas al respecto. En otras palabras, en una petición de medidas cautelares anterior al procedimiento principal, el solicitante debería estar obligado a incluir todos los hechos materiales de los que el tribunal debería tener conocimiento para llegar al convencimiento de que existen elementos suficientes para justificar el otorgamiento de la orden contra el deudor (*v.gr.*, demostrando que anteriormente ya se ha notificado al deudor un requerimiento de pago que haya sido, al menos parcialmente, ineficaz).

El acreedor debería igualmente demostrar la urgencia de la medida (art. 7.1º.b), en el sentido de la existencia de un riesgo real de que la ejecución de una sentencia posterior pueda quedar frustrada si la medida no es otorgada, debido al riesgo de que el deudor retire o enajene sus activos (*periculum in mora*). Puesto que el embargo de una cuenta bancaria del deudor constituye en sí misma un grave perjuicio para este, la urgencia debería ser una condición para otorgar la orden de retención antes de la obtención de un título ejecutivo. De hecho, para garantizar una adecuada protección para el demandado, el requisito de la urgencia permite establecer una clara distinción entre la orden de retención como medida cautelar y la ejecución de sentencias sobre el fondo.

Finalmente, el tribunal puede requerir al acreedor que aporte una garantía para asegurar una eventual compensación por cualquier daño que el deudor pueda sufrir en caso de que la orden sea posteriormente anulada por falta de fundamentación, *v.gr.*, si la reclamación de fondo del acreedor es rechazada (art. 12).

3. Características del procedimiento de adopción

De conformidad con la práctica actual en algunos Estados miembros, en su fase inicial el procedimiento debería ser *inaudita parte*, esto es, no debería haber ninguna audiencia sobre la petición ni notificación al deudor antes del otorgamiento de la orden que inmoviliza su cuenta hasta la cuantía de la deuda (art.

10). En otras palabras, no debería darse ningún aviso al deudor antes de que la orden de retención sea dictada. Normalmente, el acreedor solicitará este tipo de medida para impedir que el deudor pueda retirar los activos a los que va referida la solicitud de retención. Por lo tanto, en la mayoría de supuestos la medida cautelar carecerá de interés para el acreedor si su “efecto sorpresa” no queda garantizado, especialmente cuando el acreedor todavía no haya iniciado el procedimiento principal contra el deudor. Una disposición que permitiera oír al deudor con anterioridad sería incluso contraproducente y podría potencialmente frustrar el éxito de la orden de retención. En consecuencia, para maximizar la eficacia de la OERC, la Propuesta dispone que el procedimiento conducente a su adopción deba llevarse a cabo de tal forma que el deudor no disponga de ninguna posibilidad de deshacerse de los fondos existentes en sus cuentas antes de que sea ejecutada la orden. Lo mismo es aplicable incluso en caso de que la OERC sea dictada después de la obtención de un título ejecutivo (art. 14.4º).

Puesto que la celeridad es crucial en este tipo de procedimientos, la Propuesta solo permite la práctica de pruebas orales en circunstancias excepcionales, mientras que los tribunales están facultados para aceptar declaraciones por escrito de testigos o expertos a efectos probatorios (art. 11).

El Reglamento OERC también prevé plazos específicos para adoptar la OERC. Cuando el tribunal o la autoridad competente para la ejecución no pueda cumplir, por circunstancias excepcionales, con tales plazos, deberá justificar por qué es necesario un plazo adicional (art. 21).

Según el Reglamento propuesto, la interposición de la demanda sobre el fondo es obligatoria (art. 13). De hecho, la retención debería ser revocable si la demanda principal no ha sido interpuesta dentro de un plazo de tiempo específico, que podría ser de un mes desde la fecha de la orden de retención. El banco no debería estar implicado en el proceso y su rol debería limitarse a ejecutar las decisiones adoptadas por los tribunales y notificadas por la autoridad competente del Estado miembro en el que se haya llevado a cabo el procedimiento. Si no se interpone la demanda sobre el fondo en el plazo de un mes, el deudor debería poder solicitar al tribunal que dictó la OERC que levante la medida. Si una orden es revocada, el banco debería ser informado de ello por la misma vía en que fue informado de la orden de retención, de conformidad con el principio de congruencia formal.

4. La rápida aplicación de la OERC: la supresión del exequátur

Una vez que la orden de retención ha sido dictada por un tribunal de un Estado miembro, surge la cuestión de cómo debería ser aplicada.

Debido a la necesidad de actuar de manera ágil y a la naturaleza puramente conservadora del instrumento, dicha orden debería ser aplicable directamente en

toda la UE sin necesidad de procedimiento intermedio alguno en el Estado miembro requerido (art. 23). En la línea de las soluciones ya adoptadas, en el estado actual del DIPr. de la UE (véanse los Reglamentos PME y PEEC), una OERC dictada en un Estado miembro de conformidad con el Reglamento propuesto deberá ser automáticamente reconocida y ejecutada en otro Estado miembro sin ninguna declaración de ejecutividad. La necesidad de tal simplificación de las medidas de ejecución transfronteriza es incluso más importante cuando estamos ante órdenes provisionales de retención de cuentas bancarias. Debido a su naturaleza y objetivos, tales procedimientos deben ser aplicados de forma expeditiva para asegurar una protección lo más ágil posible para los intereses del acreedor. De lo contrario, cualquier procedimiento de exequátur retrasaría de manera innecesaria las acciones en favor del acreedor. Asimismo, puesto que la Propuesta examinada tendría el objeto de armonizar el Derecho sustantivo aplicable al modo en que se lleva a cabo la retención de la cuenta bancaria (en particular en lo relativo a la competencia judicial, la notificación y el derecho de defensa), se reduciría la importancia de un procedimiento de exequátur para la protección del orden público del Estado de ejecución.

Las disposiciones sobre la ejecución en sentido estricto de una OERC dictada de acuerdo con el nuevo procedimiento constituyen la mayor novedad del Reglamento propuesto.

Puesto que una OERC tendría efectos reales, sería ejecutada mediante su notificación al banco o bancos en los que se encontraran las cuentas afectadas por la orden, que estarían obligados a aplicarla (art. 24). En esta fase es necesario encontrar un equilibrio entre los intereses del acreedor en llevar a cabo una transmisión ágil y los intereses del deudor, así como del banco, en reducir las retenciones injustificadas. Las disposiciones sobre la notificación al banco distinguen dos supuestos. Si el tribunal está situado en el mismo Estado miembro que el banco, la notificación quedará regida por el Derecho interno. Si la notificación debe ser transfronteriza, deberá llevarse a cabo de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1393/2007, con una importante modificación en cuanto al método de notificación. Los documentos que deban ser notificados deberán ser transmitidos por el tribunal de origen o directamente por el solicitante a la autoridad competente del Estado miembro de ejecución, que a su vez los notificará al banco o al demandado. En comparación con otros métodos de notificación, este método tiene la importante ventaja de implicar a las autoridades competentes del Estado miembro de ejecución. Ello no solo garantizará que los bancos reciban la orden a través de canales con los que estén familiarizados, sino que también permitirá que la autoridad competente tome en consideración de oficio aquellas cuantías que puedan estar exentas de ejecución, cuando dicha exención sea posible de conformidad con el Derecho nacional.

A continuación, el banco deberá aplicar la orden inmediatamente, inmovilizando la cantidad correspondiente a su cuantía (art. 26). La Propuesta no prevé ningún plazo claro que el banco tenga que respetar para aplicar la orden de retención. No obstante, los bancos estarán obligados a notificar a la autoridad de ejecución competente si han retenido los fondos correspondientes dentro de un plazo de 3 días hábiles desde la recepción de la OERC (art. 27).

En todo caso, se aplicarán las reglas nacionales relativas a exenciones previstas para garantizar la subsistencia del deudor o para permitir que una persona jurídica pueda mantener el curso de sus actividades corrientes (art. 32).

5. Vías de recurso contra la OERC: la necesidad de garantizar el equilibrio entre intereses contrapuestos

Como es sabido, una orden de bloqueo –con sus consecuencias de amplio alcance– es quizá el ejemplo más conocido de la naturaleza draconiana de determinadas formas de tutela cautelar disponibles en los Estados miembros. En efecto, puede restringir seriamente la capacidad del demandado para gestionar o disponer de bienes que le pertenecen. En consecuencia, si bien una orden de retención no está directamente relacionada con el objeto del litigio, puede afectar a la capacidad del deudor para litigar, por ejemplo limitando su acceso a fondos para pagar los gastos del litigio. Además, en este ámbito existe un aspecto delicado al que se enfrenta el demandado cuando la demanda se interpone fuera del Estado de su domicilio: a veces sucede que se ve forzado a litigar en el extranjero para conseguir la anulación de una decisión dictada en rebeldía o para oponerse a la ejecución en el extranjero de una sentencia dictada en rebeldía. En consecuencia, al igual que sucede con cualquier otro procedimiento judicial, existe una tensión entre el deseo de mejorar la protección de los demandados –especialmente cuando estén implicadas ciertas categorías de partes débiles– y el deseo de garantizar la eficacia de los derechos del acreedor.

Para hacer frente a estas necesidades, de acuerdo con la Propuesta examinada el deudor sería notificado sin demora una vez que la OERC haya sido aplicada (art. 25).

Esta regla tiene que asegurar el equilibrio entre dos intereses contrapuestos: por un lado, la necesidad del deudor de ser informado lo antes posible de la OERC para poder preparar su defensa, y por otro, el deseo del acreedor de mantener el efecto sorpresa de la medida hasta su aplicación, para evitar una transferencia de fondos. Por lo tanto, en este contexto parece aconsejable retrasar la notificación al deudor hasta que el banco haya confirmado la recepción y aplicación de la orden de retención. Asimismo, es probable que, junto con la notifica-

ción de la orden de retención, el demandado deba recibir información sobre cómo puede oponerse a la OERC.

Sin embargo, puesto que la incoación de un procedimiento *inaudita parte* no supone privar de protección al deudor, este debería estar facultado, en cualquier momento, para oponerse a la orden de retención por motivos tanto sustantivos como procesales. Por ello no hay duda de que el deudor debe contar con una protección *ex post* viable (cdo. 18). No obstante, debe examinarse la cuestión de qué tribunales deberían ser competentes para conocer de esta impugnación.

En principio, cuando el acreedor todavía no haya obtenido un título ejecutivo, el demandado deberá presentar su recurso ante el tribunal que haya dictado la OERC (el tribunal de origen) (art. 34). Por ejemplo, el deudor podrá recurrir contra la medida cautelar de retención alegando bien que la pretensión no existe o no es ejecutable, o bien que no hay urgencia o necesidad en la obtención de la medida cautelar. La tarea decisoria del tribunal se ve facilitada considerablemente por el hecho de que el otorgamiento de la medida cautelar y las eventuales objeciones contra la misma están sujetas a un único ordenamiento jurídico. El tribunal que haya dictado la orden de retención decidirá si revocar o modificar la OERC en consecuencia, en un plazo máximo de 30 días desde la notificación de la solicitud al demandante. Inspirándose en el cdo. 11, debería señalarse que si el tribunal –competente para conocer del fondo de la cuestión– ha dictado una orden de bloqueo con alcance en toda la UE, y en virtud de la cual se bloquean cuentas situadas en varios Estados miembros, las objeciones contra el efecto paneuropeo de la orden deberían ser planteadas solo frente al tribunal que dictó la medida. En caso contrario, la competencia de los tribunales de los Estados miembros en los que se hallen las cuentas debería estar limitada a decidir sobre las objeciones en relación con el territorio del Estado miembro en el que la cuenta en particular esté situada.

A modo de excepción (cdo. 18), las objeciones relativas a ciertos aspectos del procedimiento de ejecución (v.gr., las cantidades exentas de ejecución) –aun cuando esta solución pueda forzar al deudor a incoar procedimientos en el extranjero para liberar sus cuentas, un paso que puede comportar importantes riesgos y costes– deben plantearse ante los tribunales del Estado miembro en el que las medidas cautelares hayan sido o deban ser ejecutadas, esto es, en principio, el tribunal del lugar donde esté situada la cuenta bancaria objeto de la retención (art. 35). En este punto, el tribunal debe decidir en un plazo de 30 días desde la notificación de la solicitud al demandante.

Finalmente, para ciertas categorías de deudores que suelen ser considerados como “parte débil” (consumidores, trabajadores y asegurados) resultará aplicable un foro de competencia distinto. Este tipo de deudores podrán presentar cual-

quier recurso contra la orden ante los tribunales del Estado miembro de su domicilio (art. 36). Esta regla garantiza que las partes débiles puedan siempre oponerse a una OERC en su propio Estado, añadiendo así una capa de protección a los foros de competencia previstos para estas materias por el RB I *bis*. Sin embargo, la Propuesta no prevé ningún plazo para la adopción de la decisión en estos casos.

En todo caso, para facilitar que el deudor pueda solicitar la revisión de la orden ante los tribunales de otro Estado miembro, la Propuesta prevé unos formularios que estarán disponibles en todas las lenguas de la UE, reduciendo así los costes de traducción (arts. 34.3º y 35.5º). Asimismo, el derecho de apelación contra la decisión relativa a la protección *ex post* del deudor (recursos previstos por los arts. 34–36) estará sujeto al Derecho nacional (art. 37).

VI. El Reglamento Bruselas I *bis* y la Propuesta OERC: una primera comparación

Hasta cierto punto, la Propuesta OERC refleja varias soluciones ya previstas por el RB I *bis*, aunque con ciertas matizaciones.

A diferencia del RB I *bis*, que no prevé ningún foro de competencia específico sobre medidas cautelares, remitiéndose en cambio a los foros nacionales, la Propuesta hizo un gran esfuerzo por encontrar un foro de competencia común para la adopción de una orden de retención. Se trata, está claro, de una importante diferencia respecto del régimen actual en relación con las medidas cautelares.

En cambio, se prevé prácticamente la misma solución en relación a los efectos de una orden de retención. Como es sabido, el RB I *bis* estableció una distinción importante entre el poder de un tribunal que pretende ejercer la tutela cautelar en relación con el fondo de un asunto y los tribunales que ejercen su poder de adoptar medidas provisionales y cautelares solamente en base a los foros de competencia nacionales. Cuando tales medidas son adoptadas por un tribunal que no es competente para decidir sobre el fondo del asunto, el efecto de estas medidas quedará limitado al territorio de dicho Estado miembro (cdo. 33). En otras palabras, la medida cautelar dictada se refiere solo a aquellos bienes del demandado que estén situados dentro de los confines de la competencia territorial del tribunal ante el que se haya presentado la solicitud. La Propuesta examinada también implica que solo una OERC dictada por el tribunal competente sobre el fondo del asunto tiene eficacia en toda la UE, mientras que una OERC dictada por el tribunal del Estado miembro en el que se encuentre la cuenta bancaria sería directamente ejecutable solo dentro del ordenamiento jurídico del Estado donde se haya otorgado, no siendo por tanto susceptible de reconocimiento y ejecución en el extranjero (cdo. 11). Por lo tanto, a pesar de los distintos requisitos —en el

primer caso la referencia a foros nacionales puede debilitar y perjudicar todos los esfuerzos que se hicieron para la unificación de los foros de competencia en materia civil y mercantil, mientras que en el segundo caso no hay riesgo de elusión de los foros uniformes, puesto que una OERC no puede afectar directamente el fondo del asunto ni va dirigida a conseguir el cumplimiento provisional, no siendo pues en ningún caso una alternativa a la decisión sobre el fondo—, debido al principio general de proximidad el resultado de ambos instrumentos uniformes es el mismo en lo que respecta a la relación entre foros uniformes y efectos de las medidas cautelares. Evidentemente, al permitir la libre circulación de las OERC solo cuando fueron otorgadas por el tribunal competente sobre el fondo, esta solución podría ser claramente incompatible con el objetivo general del legislador de la UE de proteger y reforzar la circulación de medidas relativas al recobro de deudas. De hecho, la fuerte limitación a la circulación de las OERC podría ser menos razonable, o incluso totalmente carente de significación. No obstante, en virtud del mencionado principio general, tal limitación es el precio a pagar para la ejecución más eficiente y no problemática de una orden de retención en el extranjero.

Pero la cuestión esencial es si, a la luz de las soluciones aportadas por el RB I *bis*, la Propuesta es adecuada para garantizar el equilibrio entre la eficacia de los derechos del demandante y la protección de los derechos del demandado en procedimientos *inaudita parte*.

Como es sabido, en el sistema Bruselas I *bis*, las medidas cautelares adoptadas en procedimientos *inaudita parte* pueden ser igualmente ejecutadas en todos los Estados miembros sin necesidad de procedimiento de exequátur siempre que cumplan con el siguiente requisito: la decisión debe ser notificada por la parte interesada al demandado antes de la ejecución (cdo. 33 / art. 42.2º.c). En consecuencia, se prevé expresamente que una medida cautelar extranjera, aun cuando haya sido dictada en un procedimiento unilateral y sin dar audiencia al demandado, puede estar sujeta al reconocimiento mutuo en toda la UE siempre que una copia de la orden haya sido notificada al demandado antes de la ejecución²².

De lo contrario, debido a la urgencia típica de las medidas en cuestión, el procedimiento de ejecución simplificado previsto por la Propuesta prevé expresamente que una OERC debe ser ejecutada sin oír al deudor y, lo que es más, sin notificarle la orden con carácter previo a la ejecución. Debe señalarse que incoar procedimientos formales adicionales, como la notificación al deudor por parte del acreedor con anterioridad a la ejecución, podría disminuir considerablemente el impacto del nuevo instrumento, lo que provocaría el resultado no deseado de

²² En tal caso el efecto sorpresa puede verse atenuado, puesto que la ejecución automática puede comportar que ambas partes hayan sido oídas en el Estado miembro de origen.

privar al acreedor de todo efecto sorpresa, despojando así a este mecanismo de toda su eficacia. En consecuencia, la protección adecuada de los derechos del deudor debería quedar asegurada por otros elementos de la Propuesta: (i) el requerimiento de notificar al deudor inmediatamente después de la aplicación de la orden, junto con todos los documentos aportados al tribunal por el acreedor; (ii) la posibilidad para el deudor de recurrir contra la OERC, solicitando, en una fase posterior del procedimiento, una revisión al tribunal de origen, al tribunal de ejecución o –si el deudor es un consumidor, trabajador o asegurado– al tribunal del lugar de su domicilio; (iii) el hecho de que las cantidades necesarias para asegurar la subsistencia del deudor y de su familia quedarán exentas de ejecución. Como podemos ver, estas disposiciones no casan totalmente con las soluciones previstas por el RB I *bis* en lo relativo a la salvaguarda del interés del deudor en caso de medidas *inaudita parte*. Ello resulta principalmente de interés cuando la orden de retención haya sido obtenida sin la comparecencia del demandado, puesto que este tipo de resoluciones pueden no ser confirmadas posteriormente a la vista de las explicaciones *ex post* del demandado. Por lo tanto, a pesar de que la eficacia de una OERC a través de la UE podría verse perjudicada si el deudor es previamente avisado y puede transferir fácilmente su dinero a otro Estado miembro, no puede por ello ignorarse que la solución propuesta significaría que el primer momento en que un deudor tendría conocimiento de una orden de retención *inaudita parte* adoptada en otro Estado miembro sería cuando sus fondos ya hubieran sido inmovilizados. Además, tampoco cabe ignorar que los plazos previstos por la Propuesta –plazos durante los cuales las distintas fases del procedimiento deben completarse, especialmente en relación con la adopción y aplicación de la OERC, así como para solicitar la revisión de la orden– podrían no ser la solución adecuada para hacer frente a las necesidades derivadas de la situación específica de un deudor que no ha sido oído en primera instancia.

A la luz de lo anterior, a primera vista cabe concluir que las reglas propuestas no son la mejor solución, y ni siquiera son una solución adecuada, para el dilema antes señalado. La Propuesta, en realidad, se decanta excesivamente en favor del demandante/acreedor y no ofrece las salvaguardas necesarias para mitigar la naturaleza potencialmente draconiana de una OERC, lo que es profundamente incompatible con el objetivo general de encontrar el equilibrio adecuado entre los intereses de las dos partes implicadas.

VII. ¿Y a continuación qué?

Los debates durante el procedimiento legislativo han mostrado un apoyo general a la idea de un procedimiento para obtener una orden europea de retención de cuentas que se ocupe tanto del procedimiento para obtener una OERC como

del procedimiento para ejecutarla. Sin embargo, como demuestra el último documento del Consejo n° 16991/13 de 28 noviembre 2013, al que voy a referirme²³, se requieren ulteriores reflexiones y debates a nivel técnico para fijar los detalles exactos del procedimiento, la condiciones para adoptar la orden de retención, y otros aspectos concretos. Asimismo, se requiere una deliberación seria en vistas a la protección de los deudores y de las implicaciones para las estructuras de retención y ejecución de los Estados miembros.

En este sentido, en primer lugar, a pesar de que la uniformidad buscada por la Comisión en las exclusiones del ámbito de aplicación de la Propuesta –que se corresponden en buena parte con las del RB I *bis*– debería ser en principio aplaudida, se ha propuesto excluir asimismo del ámbito de aplicación de la Propuesta las demandas relativas a procedimientos de insolvencia, régimen económico matrimonial y sucesiones (art. 2). En relación con la insolvencia, se ha considerado que esta exclusión debería permitir a un administrador concursal –que pretenda impugnar pagos hechos por el deudor a terceras personas– utilizar la OERC para conseguir tal recobro. En cuanto a los regímenes económicos matrimoniales y las sucesiones, se trata de ámbitos que al parecer no recaen dentro de los objetivos principales de la Propuesta que, como señaló la Comisión, pretende facilitar “el cobro transfronterizo de deudas por parte de ciudadanos y empresas (...) y una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil relativas a litigios transfronterizos”. Asimismo, puesto que el Reglamento propuesto debería aplicarse solamente en supuestos transfronterizos, debería definirse lo que constituyen “asuntos transfronterizos” en este contexto en particular. Resulta esencial establecer una definición adecuada del concepto de “litigio transfronterizo”. A tal efecto, se ha sugerido que los criterios que definen la dimensión transfronteriza del asunto deberían formularse de modo más restrictivo, invirtiendo la presunción prevista por la Propuesta. En consecuencia, un asunto debería ser considerado como transfronterizo solo si los deudores están domiciliados y/o las cuentas bancarias a las que se refiere la orden están situadas en un Estado miembro distinto del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se solicita la OERC (art. 3). En relación al ámbito geográfico, se clarificaría que el procedimiento para obtener una OERC debería ponerse a disposición tan solo de acreedores domiciliados en un Estado miembro (art. 4.7° *bis*).

En segundo lugar, el abanico de foros disponibles de conformidad con el Reglamento propuesto debería limitarse aún más. Antes del otorgamiento del título (sentencia, transacción judicial o instrumento auténtico), para garantizar un vínculo estrecho entre el procedimiento de la OERC y el procedimiento sobre el

²³ La primera lectura fue fijada por el Parlamento Europeo para el 15 abril 2014.

fondo del litigio, la competencia internacional para dictar la OERC debería corresponder al tribunal competente para conocer del fondo. El tribunal del Estado miembro en el que el deudor está domiciliado debería ser competente solamente en los casos en que el deudor sea un consumidor. En cambio, una vez obtenida una sentencia, una transacción judicial o un instrumento auténtico, la competencia judicial debería corresponder al tribunal que haya adoptado dicho título (art. 6).

En tercer lugar, en vista de lo señalado anteriormente, aun siendo vital mantener el efecto sorpresa en la fase de aplicación, estableciendo un procedimiento *inaudita parte* para dictar la OERC, se considera no obstante que debería revisarse la dicción de las disposiciones en cuestión para conseguir un mejor equilibrio entre los intereses del acreedor y los del deudor. Así, a pesar de que la disposición propuesta en relación a la facultad discrecional del tribunal para oír al deudor –en supuestos adecuados pero excepcionales²⁴– ha sido eliminada, puesto que el Consejo sigue siendo de la opinión que “para garantizar que la orden sea un instrumento de utilidad para los acreedores que intentan cobrar deudas en casos transfronterizos, el deudor no debe ser informado de la solicitud, ni ser oído antes de que se dicte la orden, ni recibir notificación de la orden antes de su cumplimiento por el banco”, en un esfuerzo por contribuir a conseguir el equilibrio entre los intereses mencionados se ha sugerido introducir disposiciones en virtud de las cuales, por una parte, el acreedor debería reunir condiciones más detalladas antes de obtener una OERC y, por otra parte, el deudor que pretenda recurrir la orden de retención contaría con vías de recurso más adecuadas.

Al respecto, desde el punto de vista del acreedor, y para permitir un examen más adecuado de la fundamentación de la solicitud, la enmienda propuesta (art. 7) dispone que un acreedor cuya pretensión corra un “riesgo real” de verse obstaculizada total o parcialmente puede solicitar una OERC cuando exista “la necesidad urgente de una medida de protección” (anteriormente *periculum in mora*). Sin embargo, solamente deberá convencerse al tribunal al que se solicite la orden de que “es probable que prospere en cuanto al fondo [la demanda de pago del acreedor] contra el deudor” (anteriormente *fumus boni iuris*) cuando el acreedor solicite una OERC antes de obtener una sentencia. En todo caso, se ha reforzado la dicción de la disposición con el uso del criterio más estricto de la “suficiencia” de los elementos probatorios necesarios para que la OERC sea dictada. Si el tribunal no queda satisfecho de la fundamentación de la pretensión, no debería dictar la OERC (art. 21). Asimismo, para fomentar un uso responsable del procedimiento, se ha propuesto una regla de armonización mínima sobre

²⁴ El antiguo art. 10.2º del Informe del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, de 19junio 2013 (doc. A7-0227/2013).

la responsabilidad del acreedor (art. 16 *ter*). Como garantía adicional para contrarrestar la ausencia de audiencia previa al deudor, los acreedores deberían ser responsables de cualquier daño causado al deudor cuando una OERC sea revocada o modificada, cuando se suspenda la ejecución de una OERC o cuando en el proceso sobre el fondo se determine que la expedición de la orden fue improcedente. Igualmente, se ha propuesto que los acreedores estén obligados a prestar una caución o una garantía suficiente para compensar cualquier daño que puedan sufrir los deudores de resultados de la aplicación de una OERC que posteriormente se vea revocada (art. 16 *bis*). Sin embargo, no debería olvidarse que una garantía obligatoria incrementaría los costes del procedimiento, puesto que normalmente los bancos exigen una comisión para prestar la garantía. Además, un requisito de este tipo supondría que el acreedor no podría obtener una OERC en ausencia de garantía ni siquiera cuando la procedencia de su reclamación quedara probada.

Por otro lado, desde el punto de vista del deudor, es necesario un límite temporal estricto para contrarrestar los potenciales inconvenientes que podría sufrir por no ser oído antes de la aplicación de la retención, como por ejemplo daños causados por las restricciones financieras impuestas al deudor a consecuencia del bloqueo de su cuenta. En este sentido, en primer lugar, la duración del procedimiento debería acortarse estableciendo plazos breves y explícitos para la expedición de la OERC (art. 21 *bis*) y para la incoación del proceso sobre el fondo una vez dictada la OERC (art. 13), con la finalidad de proteger al deudor frente a lo que podría ser una medida excesivamente gravosa. Asimismo, si el acreedor no cumple con esta obligación, debería automáticamente revocarse o poner fin a la ejecución de la OERC (art. 13.2º). Además, para establecer una protección adicional para el deudor, se han propuesto varias vías de recurso adicionales contra el otorgamiento de la propia OERC (ante el tribunal del Estado miembro de origen) y contra la ejecución de la misma (ante el tribunal o la autoridad de ejecución competente del Estado miembro de ejecución) (arts. 34–35). Se ha propuesto también una vía de recurso disponible tanto para el acreedor como para el deudor (art. 35 *bis*). En todo caso, la resolución de estos recursos debería dictarse sin demora, a más tardar 21 días después de que la autoridad competente haya recibido toda la información necesaria (art. 35 *ter*). Esta decisión debería ser a su vez recurrible (art. 37).

Finalmente, se dedican varias disposiciones detalladas al procedimiento de ejecución unificado (Capítulo 5), en especial la relativa a la relación con el Derecho procesal nacional (art. 45).

VIII. Conclusión

Aunque parece pronto para extraer una conclusión definitiva, a la luz de las últimas enmiendas cabe señalar algunas tendencias generales y algunos problemas recurrentes en la Propuesta OERC. Esta sinopsis no se ocupará de cada uno de los detalles técnicos examinados anteriormente, sino que se centrará en las cuestiones básicas, así como en los principios subyacentes en la Propuesta examinada.

En primer lugar, no puede negarse que el procedimiento europeo uniforme y ágil previsto por la Propuesta está destinado, al prever condiciones unificadas en lo relativo tanto al otorgamiento como a la ejecución transfronteriza de una orden de retención, a facilitar el cobro de demandas transfronterizas mediante la supresión del exequátur y a mejorar el comportamiento de los deudores en los negocios transfronterizos con independencia de los sistemas de ejecución heterogéneos de los Estados miembros. Asimismo, las reglas procesales comunes previstas por la Propuesta OERC deberían cumplir con el objetivo de facilitar el acceso a procedimientos de cobro transfronterizo de deudas, al crear una vía de entrada y un procedimiento uniformes, como alternativa a los procedimientos internos destinados a conseguir objetivos similares.

En segundo lugar, no debe olvidarse que, aun siendo solo una alternativa, este procedimiento autónomo afectará a los procedimientos de embargo existentes en el Derecho interno de los Estados miembros²⁵, especialmente aquellos que son más ineficientes. De hecho, en algunos Estados miembros es más complejo, lento y costoso para el acreedor obtener medidas cautelares para su ejecución en el extranjero. En este contexto, según el Reglamento OERC propuesto, la disponibilidad y las condiciones para el otorgamiento de una orden de retención ya no estarían reguladas por la ley del Estado de origen (*lex fori*), de modo que la tutela cautelar del demandante ya no variaría a través de la UE.

Al respecto, en el Derecho italiano, las órdenes de retención (previstas por el art. 671 del Código Procesal Civil italiano) deberán otorgarse tanto *ante causam* como *medio iudicio* y, lo que es más, *inter partes* o *ex parte* (*vid.* los arts. 669

²⁵ De conformidad con el considerando 19 de la Propuesta de la Comisión, también el procedimiento uniforme podría verse a su vez afectado por las reglas nacionales. De hecho, se dispone expresamente que “el presente Reglamento debe obligar a los Estados miembros a tramitar el procedimiento europeo con la misma rapidez que el procedimiento para obtener una medida equivalente de Derecho nacional. Esto significa, en particular, que cuando la legislación nacional fije plazos límite más breves que el presente Reglamento para dictar las medidas nacionales, los plazos límite más breves deben aplicarse también al procedimiento europeo”.

ter, 669 quater y 669 sexies del Código Procesal Civil italiano)²⁶. En este último caso, el juez fija posteriormente una audiencia a la que deben asistir ambas partes, en un plazo no superior a 15 días desde la notificación al demandado de la solicitud y la orden. En dicha audiencia, el juez puede confirmar, modificar o revocar la orden dictada *inaudita parte*. Además, cuando la medida se haya adoptado *ante causam*, el Derecho italiano exige que el acreedor interponga asimismo una demanda sobre el fondo (art. 669 octies) en un plazo máximo de 60 días desde el otorgamiento de la orden de retención *inaudita parte*. La incoación del proceso sobre el fondo es la condición para la validez de la orden de retención. Si la Propuesta OERC se adopta en los términos actuales, el ordenamiento jurídico italiano, y especialmente el artículo 669 sexies del Código Procesal Civil italiano, quedaría fuertemente afectado por el nuevo procedimiento uniforme europeo. Por un lado, las órdenes de retención suelen dictarse en Italia después del transcurso de un cierto tiempo; a diferencia de la Propuesta OERC, en el Derecho procesal italiano no existen plazos fijos para el otorgamiento de estas órdenes. Por otro lado, a diferencia de la Propuesta, estas medidas se otorgan *inaudita parte* solo en circunstancias excepcionales, como dispone expresamente el Derecho italiano. Asimismo, el ordenamiento jurídico italiano prevé plazos más largos para la incoación del proceso sobre el fondo.

No obstante, puesto que el nuevo procedimiento europeo uniforme establecería reglas especiales en relación al otorgamiento, al reconocimiento y a la ejecución de una orden de retención, una vez adoptada, siguiendo un principio general del Derecho el Reglamento OERC desplazaría las reglas generales previstas tanto por el Código Procesal Civil italiano como por el RB I bis. Por lo tanto, cabe concluir que debido a la actual ausencia de medidas a nivel de la UE que conlleven tal nivel de armonización en los diferentes enfoques de los Estados miembros en relación a las órdenes de retención, la adopción de la Propuesta parece un objetivo viable o realista en el actual proceso legislativo.

Sin embargo, las nuevas reglas podrían dar lugar a algunos problemas prácticos.

En primer lugar, si el acreedor no presenta una solicitud ante el tribunal competente sobre el fondo del asunto, puesto que la medida dictada por un tribunal que no tenga competencia sobre el fondo no puede ser reconocida a través de la UE, ello implicaría que el acreedor tendría que presentar solicitudes de medidas cautelares “paralelas” en cada uno de los Estados miembros en los que hubiera bienes del deudor, lo que incrementaría notablemente los costes de litigación.

²⁶ Vid. P. Pototsching, “Il sequestro conservativo”, en G. Tarzia y A. Saletti (eds.), *Il processo cautelare*, 4ª ed., Pádua, Decam, 2011, pp. 1–66.

En segundo lugar, como ya se ha señalado, si bien el otorgamiento de una OERC sin notificar al deudor indudablemente garantiza la eficacia de su ejecución, es necesario al mismo tiempo garantizar el equilibrio adecuado entre el derecho del acreedor a recuperar el importe que se le debe y la protección del deudor. En este sentido, a pesar de que la Propuesta es más sensible de lo que parece a primera vista, sigue siendo no obstante necesario tomar en consideración los términos y límites de la protección ofrecida al deudor solamente en una fase posterior del procedimiento, así como su justificación, también a la luz de las soluciones recientemente adoptadas en relación con el mismo tipo de medidas en el RB I *bis*.

Finalmente, debe tenerse presente que el nuevo instrumento debería limitarse a las órdenes de protección que impidan retirar y transferir los fondos de una cuenta bancaria. Sin embargo, ¿qué sucederá una vez que el acreedor que ha bloqueado la cuenta de su deudor mediante una OERC obtenga posteriormente en el procedimiento principal un título que sea ejecutable en el Estado miembro en el que esté situada la cuenta? Probablemente el acreedor querrá que los fondos retenidos sean transferidos a su propia cuenta, o bien recibir el dinero por otro medio. Sin embargo, no existe una regla uniforme que se ocupe de la transformación de una OERC en una medida de ejecución en virtud del Derecho interno que resulte aplicable. En consecuencia, el procedimiento autónomo propuesto –cuyo resultado, si se analiza en detalle, se limita al efecto de bloqueo pero sin acceder al dinero– podría no suponer un cambio real a la hora de permitir que un acreedor recobre deudas transfronterizas de modo rápido.

Por ello, si bien las medidas previstas en la Propuesta OERC (reglas uniformes relativas tanto a la competencia judicial como al reconocimiento y ejecución de órdenes *inaudita parte*; orden de retención dictada de manera previsible, uniforme y rápida) son, naturalmente, deseables en la actualidad, su valor añadido desde un punto de vista práctico está todavía por ver.

Bibliografía

- Beaumont, P. y E. Johnston: “Can Exequatur be Abolished in Brussels I Whilst Retaining a Public Policy Defence?”, *J. Priv. Int'l. L.*, vol. 6, nº 2, pp. 271 ss.
- Beaumont, P. y E. Johnston, “Abolition of the Exequatur in Brussels I: Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights?”, *IPRax*, vol. 2, 2010, pp. 105 ss.
- Beaumont, P. y E. Johnston: “Can Exequatur be Abolished in Brussels I whilst Retaining a Public Policy Defence?”, *J. Priv. Int'l. L.*, vol. 6, 2010, pp. 271 ss.
- Beraudo, J.P.: “Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Journ. dr. int.*, 2013, pp. 741 ss.

- Bogdan, M.: "The Proposed Recast of Rules on Provisional Measures under the Brussels I Regulation", en E. Lein (ed.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, Londres, BIICL, 2012, pp. 121 ss.
- Cadet, F.: "Le nouveau règlement Bruxelles I ou l'itinéraire d'un enfant gâté", *Journ. dr. int.*, 2013, pp. 765 ss.
- Centre for Strategy and Evaluation Service (CSES): *Study for an Impact Assessment on a Draft Legislative Proposal on the Attachment of Bank Account*, 2011.
- Cristofaro, M. de: "The Abolition of Exequatur Proceeding: Speeding up the Free Movement of Judgments while Preserving the Rights of the Defense", F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata (eds.), *Recasting Brussels I: Proceedings of the Conference held at the University of Milan on November 25–26, 2011*, Pádua, Cedam, 2012, pp. 353 ss.
- Cuniberti, G. e I. Rueda: "Abolition of exequatur – Addressing the Commission's Concerns", *RebelsZ*, 2011, pp. 289 ss.
- Cuniberti, G.: "The Recognition of Foreign Judgments lacking Reasons in Europe: Access to Justice, Foreign Court Avoidance and Efficiency", *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 58, 2008, pp. 25–52.
- d'Avout, L.: "La circulation automatique des titres exécutoires imposées par le Règlement 805/2004 du 21 Avril 2004", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006, pp. 1 ss.
- Dickinson, A.: "Provisional Measures in the 'Brussels I' Review: Disturbing the Status Quo?", *J. Priv. Int'l L.*, vol. 6, n° 3, 2010, pp. 519 ss.
- Dickinson, A.: "Free Movement of Judgments in the EU: Knock Down the Walls but Mind the Ceiling", en E. Lein (ed.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, Londres, BIICL, 2012, pp. 135 ss.
- Gaudemet-Tallon, H. y C. Kessedjian: "La refonte du règlement Bruxelles I", *Rev. trim. dr. eur.*, 2013 pp. 435 ss.
- Guinchard, E.: "Le droit européen de l'exécution est né! , Présentation de la proposition de règlement portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale COM(2011) 445, 25 juill. 2011", *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, pp. 871 ss.
- Hess, B.: T. Pfeiffer y P. Schlosser: *The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States (Study JLS/C4/2005/03)*, Múnich, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2008.
- Hess, B.: "The Brussels I Regulation: Recent Case Law of the Court of Justice and the Commission's Proposed Recast", *Common Market L. Rev.*, vol. 49, 2012, pp. 1094 ss.
- Honorati, C.: "Provisional Measures and the Recast of Brussels I Regulation: A Missed Opportunity for a Better Ruling", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2012, pp. 525–544.
- Kiesselbach, P.: "The Brussels I Review Proposal – An Overview", en E. Lein (ed.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, Londres, BIICL, 2012, pp. 7–28.
- Kramer, X.: "Abolition of exequatur under the Brussels I Regulation: effecting and protecting rights in the European judicial area", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, vol. 4, 2011, pp. 633–641.
- Kyriakides, N.: "A European-Wide Preservation Order: How the Common Law Practice Can Contribute", *Civil Justice Quarterly*, 2014, pp. 93–106.
- Max Planck Working Group: "Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgments in the European Union: The Attachment of Bank Accounts", *European Company and Financial L. Rev.*, vol. 4, n° 2, pp. 252–300.
- Nielsen, P.: "The New Brussels I Regulation", *Common Market L. Rev.*, vol. 2, 2013, pp. 524 ss.
- Nuyts, A.: "La refonte du règlement Bruxelles I", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2013, pp. 1 ss.
- Nuyts, A.: "Les mesures provisoires dans le Règlement Bruxelles I 'bis'", *Rev. dr. comm. belge*, vol. 5, 2013, pp. 348–356.
- Oberhammer, P.: "The Abolition of Exequatur", *IPRax*, vol. 3, 2010, pp. 197 ss.

- Pertegás, M.: “Article 31”, en U. Magnus y P. Mankowsky (eds.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., Múnich, Sellier European Law Publishers, 2012, pp. 609–620.
- Pfeiffer, T.: “Recast of the Brussels I Regulation: The Abolition of Exequatur”, F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata (eds.), *Recasting Brussels I: Proceedings of the Conference held at the University of Milan on November 25–26, 2011*, Pádua, Cedam, 2012, pp. 311 ss.
- Pototsching, P.: “Il sequestro conservativo”, en G. Tarzia y A. Saletti (eds.), *Il processo cautelare*, 4ª ed., Pádua, Cedam, 2011.
- Rodríguez Vázquez, M.A.: “Review of the Brussels I Regulation: Complete Abolition of Exequatur?”, en B. Campuzano Díaz, M. Czepelak, A. Rodríguez Benot y, M.Á. Rodríguez Vázquez (eds.), *Latest Developments in EU Private International Law*, Intersentia, 2011, pp. 171 ss.
- Rodríguez Vázquez, M.A.: “Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del RB I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 330–347.
- Sandrini, L.: *Tutela cautelare in funzione di giudizi esteri*, Pádua, Cedam, 2012.
- Schlosser, P.: “The Abolition of Exequatur Proceedings – Including Public Policy Review?”, *IPRax*, vol. 2, 2010, pp. 101 ss.
- Timmer, L.: “Abolition of Exequatur under the Brussels 1 Regulation: Ill Conceived and Premature?”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 9, nº 1, 2013, pp. 129–147.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PRESTADOR Y LA OBLIGACIÓN GENERAL DE NO DISCRIMINACIÓN DEL ART. 20.2º DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR

José Ignacio PAREDES PÉREZ *

SUMARIO: I. Delimitación del objeto de estudio. II. Ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE. III. Condiciones de aplicación del art. 20.2º Directiva 2006/123/CE. 1. Condiciones generales de acceso al servicio. 2. Discriminaciones directas e indirectas. 3. Determinación y valoración de la discriminación. 4. Discriminaciones inversas. IV. La responsabilidad civil del prestador de servicios. 1. Responsabilidad contractual. 2. Responsabilidad extracontractual: A) Competencia judicial internacional: a) Calificación autónoma; b) Ilícitos a distancia; B) Ley aplicable: a) Problemas de calificación; b) Ley del mercado afectado y normas materiales imperativas. V. Cooperación de autoridades. VI. Conclusión final.

RESUMEN: La Directiva 2006/123/CE establece en su art. 20.2º una obligación general a los prestadores de no obstaculizar mediante discriminaciones injustificadas el acceso a sus servicios a los destinatarios de otros Estados miembros. Desde la perspectiva de la prestación transfronteriza de servicios, dicha obligación exige el estudio del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE y de los elementos objetivos que mediatizan su caracterización y condiciones de aplicación. En Derecho internacional privado, el régimen jurídico de la responsabilidad civil del prestador infractor está condicionada a que la fuente de la obligación sea o no un contrato. Se trate de responsabilidad extracontractual o contractual, el incumplimiento de la obligación de no discriminación plantea problemas en relación con la competencia judicial internacional, como a nivel de ley aplicable, ya sea integrando la regulación del supuesto a través de la *lex causae* o mediante el expediente de las normas materiales imperativas.

PALABRAS CLAVE: OBLIGACIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN – PRESTADOR DEL SERVICIO – CONSUMIDORES DESTINATARIOS DE SERVICIOS – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – LEY APLICABLE – COOPERACIÓN DE AUTORIDADES.

ABSTRACT: Directive 2006/123/EC establishes in its article 20.2 a general obligation for providers: not to hinder access to their services to service recipients of other Member State using unjustified discriminations. From the perspective of cross-border provision of services, this obligation requires the

* Profesor asociado de Derecho internacional privado. Universidad de Alcalá de Henares.

study of the scope of Directive 2006/123/EC and the objective elements that influence its characterization and application conditions. In private international law, the civil liability of the infringer provider is conditioned to being born or not the obligation from a source different than contract. Whether in tort or contractual liability, a breach of the obligation of non-discrimination raises issues relating to international jurisdiction, and, as far as applicable law is concerned, this obligation might be channelled either through the lex causae or through mandatory provisions”.

KEYWORDS: NON-DISCRIMINATION OBLIGATION – PROVIDE SERVICES – CONSUMERS AS SERVICE RECIPIENTS – JURISDICTION – CONFLICT OF LAWS – AUTHORITIES COOPERATION.

I. Delimitación del objeto de estudio

1. La Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior¹, ha supuesto un cambio radical en la consecución de un auténtico mercado único de servicios en la UE, toda vez que su objetivo excede, con mucho, del pretendido en el ámbito del proceso de integración negativa². Desde la perspectiva de los prestadores de servicios, la Directiva 2006/123 facilita la supresión de trabas y obstáculos que restringen injustificadamente el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; simplifica trámites y procedimientos e impulsa una ventanilla única para el acceso a la información y la tramitación electrónica; y mejora la supervisión de los prestadores a través de la cooperación entre Administraciones. Desde la perspectiva de los destinatarios de servicios, la creación de un verdadero mercado único de servicios no se reduce solamente a facilitar la prestación de servicios a través de las fronteras nacionales, también a garantizar que puedan disfrutar sin cortapisas de las posibilidades que les ofrece el mercado único. Con este propósito, la Sec-

¹ DO L 376 de 27.12. 2006 (en adelante, Directiva 2006/123). Su transposición al ordenamiento jurídico español fue llevada a cabo a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE, 24-XI- 2009).

² Cf. T. de la Quadra-Salcedo Janini, “Mercado interior y Directiva de servicios”, *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 42, 2011, pp. 257–293, esp. pp. 263–269. En efecto, como bien precisa el considerando nº 6 de la Directiva 2006/123/CE, la supresión de los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios no puede hacerse únicamente mediante la aplicación directa de los art. 49 y 56 TFUE. Estos preceptos tienen como propósito esencial evitar que los Estados miembros mantengan o erijan barreras u obstáculos injustificados al comercio intracomunitario de servicios. Sin embargo, es posible que una medida estatal que tenga como efecto restringir más onerosamente la circulación de los servicios provenientes de los demás Estados miembros pueda no ser, pese a ello, finalmente considerada prohibida por el TFUE como consecuencia de que pueda considerarse justificada en la promoción de un objetivo legítimo. Por otra parte, es posible también que la mera existencia de divergencias entre las normativas nacionales provoque distorsiones de la competencia, dificultando de este modo el funcionamiento del mercado interior, sin que por ello hayan de recibir el calificativo de medida de efectos equivalentes. Precisamente, tomando como base los art. 53 y 62 TFUE, la Directiva 2006/123/CE tiene como objetivo suprimir aquellas medidas estatales que subsisten legítimamente a las prohibiciones establecidas en el TFUE, como aquellas otras susceptibles de representar una distorsión de la competencia sin suponer simultáneamente un obstáculo a la libre circulación.

ción 2ª del Capítulo IV de la Directiva 2006/123 obliga a los Estados miembros a suprimir las trabas legales con que se enfrentan los destinatarios de servicios que desean adquirir servicios prestados por proveedores establecidos en otros Estados miembros³. Asimismo garantiza, en virtud de las obligaciones de información que impone tanto a los prestadores de servicios⁴, como a las autoridades de los Estados miembros⁵, que los destinatarios puedan tomar decisiones con conocimiento de causa a la hora de adquirir servicios en otros Estados miembros. Por último, la Directiva 2006/123 busca poner fin a las medidas no estatales, como las prácticas de los proveedores de servicios, que obstaculizan, mediante discriminaciones injustificadas, el acceso a sus servicios por los destinatarios nacionales y residentes en otros Estados miembros. A este respecto, el principio de no discriminación despliega sus efectos no solamente en el ámbito de aplicación del TFUE⁶, también en el marco del Derecho derivado⁷, tal como acontece en el art. 20 de la Directiva 2006/123, estableciendo una obligación general de no discriminación a los poderes públicos, como a los prestadores de servicios. Dicha obligación constituye un ejemplo más de la envergadura de la normativa europea armonizada frente a los resultados alcanzados a través del proceso de integración negativa, pues, en efecto, si su numeral primero se encarga de reproducir el principio de no discriminación ya previsto en el ámbito de la libre circulación de servicios, prohibiendo a las autoridades públicas el establecimiento de medidas discriminatorias no justificadas⁸, su numeral segundo supone

³ Art. 19 Directiva 2006/123 (art. 16.1º y 2º Ley 17/2009).

⁴ Art. 22 Directiva 2006/123 (art. 22 y 23 Ley 17/2009).

⁵ En relación con la obligación de asistencia e información de los Estados miembros a los destinatarios residentes en su territorio, el art. 21.1º Directiva 2006/123 se refiere a la información general sobre los requisitos aplicables en los demás Estados miembros al acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio, especialmente la información relacionada con la protección de los consumidores; información general sobre las vías de recurso disponibles en caso de litigio entre el prestador y el destinatario. Por su parte, el párrafo segundo de la citada disposición dispone que los Estados miembros podrán confiar el cometido contemplado en el ap. 1 a las ventanillas únicas o a cualquier otro organismo, como los puntos de contacto de la Red de centros europeos de los consumidores, las asociaciones de consumidores o los centros de información empresarial (*Euro Info Centres*). En este sentido, se ha señalado que, la mayoría de Estados miembros, incluido España, han elegido, como punto de contacto con los consumidores, a sus respectivos Centros Europeos del Consumidor. Puede consultarse la lista de puntos de contacto notificados a la Comisión en http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/bodies_designated_en.pdf.

⁶ DO C 115 de 9.5.2008.

⁷ Sobre la remisión del principio de discriminación más allá del ámbito de aplicación del Derecho originario, extendiéndose también al Derecho derivado, *vid.* STJ 2 febrero 1989, as. C-186/87: *Cowan*, ap. 14.

⁸ Art. 20.1º Directiva 2006/123: “Los Estados miembros harán lo necesario para que el destinatario no se vea sujeto a requisitos discriminatorios basados en su nacionalidad o en su lugar de residencia”.

un paso más al extender dicha prohibición a las condiciones generales de acceso a un servicio que el prestador de servicios ponga a disposición del público⁹.

2. El objetivo del presente trabajo es ofrecer un tratamiento sucinto de los principales problemas que, desde una perspectiva internacional privatista, plantea la aplicación del apartado segundo del art. 20 Directiva 2006/123. Su transcendencia práctica y la ausencia de doctrina avalan, a nuestro modesto entender, la importancia del presente estudio¹⁰. Concretamente, ceñiremos el examen a las diferentes cuestiones que suscita la aplicación de la cláusula de no discriminación en la prestación transfronteriza de servicios cuando los destinatarios son consumidores. La elección de la delimitación del objeto de estudio no es aleatoria. Obedece a dos razones de interés práctico. De un lado, pese a que la obligación general de no discriminación afecta a la libertad de establecimiento, como a la libre prestación de servicios, despliega sus efectos, de manera sustancial, en el ámbito de aplicación de esta última libertad. Esta consideración la realizamos de conformidad con los criterios discriminatorios que utiliza la disposición, basados en la nacionalidad o en la residencia del destinatario. Las notas de actividad económica fija y duradera, que caracterizan la libertad de establecimiento, no dejan más margen que los casos de discriminación por razón de la nacionalidad, en la medida en que se estaría siempre ante supuestos cuyos elementos se circunscriben íntegramente en el interior de un solo Estado miembro. Todo lo contrario sucede con las notas que, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, caracterizan a la libertad de prestación de servicios, toda vez que, al configurar siempre supuestos de servicios de carácter transfronterizo, permiten no solo la entrada de la nacionalidad, sino también de la residencia, como factor de discrimi-

⁹ Art. 20.2º Directiva 2006/123: “Los Estados miembros harán lo necesario para que las condiciones generales de acceso a un servicio que el prestador ponga a disposición del público no contengan condiciones discriminatorias basadas en la nacionalidad o el lugar de residencia del destinatario, sin que ello menoscabe la posibilidad de establecer diferencias en las condiciones de acceso directamente justificadas por criterios objetivos”. Disposición transpuesta en el ordenamiento jurídico español, con el mismo tenor, en el art. 16.3º Ley 17/2009.

¹⁰ El interés de la Comisión en garantizar el acceso de los destinatarios al mercado interior de los servicios, y, en concreto, por la correcta aplicación del art. 20.2º Directiva 2006/123 por los Estados miembros, lo evidencia el exhaustivo informe publicado con el título: “Documento de trabajo con vistas a establecer unas notas de orientación sobre la aplicación del art. 20, ap. 2 de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior”, COM (2012) 261 final. En la misma dirección se dirige el informe publicado recientemente por la Red de Centros Europeos del Consumidor (*ECC-Net*), bajo el título “*Enhanced consumer protection—the Service Directive 2006/123/EC (analysis of article 20.2 and article 21 related consumer complaints reported to ECC-Net between 2010 and 2012)*”, donde se exponen los resultados prácticos alcanzados por la *ECC-Net* en la resolución extrajudicial de controversias en este ámbito, e, igualmente, el análisis de las principales prácticas discriminatorias por los prestadores de servicios, como de las razones que habitualmente alegan para justificar de manera objetiva el trato dispar. Esta guía práctica puede consultarse en: http://ec.europa.eu/consumers/ecc/docs/ecc-services_directive_en.pdf.

nación. De otro lado, la delimitación del objeto del estudio a los consumidores obedece a que la ratio del art. 20.2º Directiva 2006/123 es precisamente la protección del consumidor. Esta consideración lo confirma la delimitación que realiza la citada disposición, aplicable únicamente a las condiciones generales de acceso a un servicio que ponga el prestador a disposición del público, y no a condiciones de acceso que se negocien de manera individual con un destinatario de servicios; supuesto este último propio de las relaciones entre profesionales. Así las cosas, la estructura del presente trabajo se divide en dos partes. De la primera parte se ocupan los epígrafes II y III. En primer lugar, se comenzará con el estudio del ámbito de aplicación de la obligación general de no discriminación, que no es otro que el de la propia Directiva 2006/123. A continuación, analizaremos las condiciones que delimitan, de manera objetiva, la aplicación de la citada disposición, los tipos de discriminaciones y los criterios de valoración en la identificación de la discriminación. De la segunda parte del trabajo se ocupan los epígrafes IV y V, dedicados exclusivamente al tratamiento internacional privatista del objeto de estudio. Como se indica en su art. 3.2º, la Directiva 2006/123 no afecta a las normas de DIPr, lo que no significa que no incida. Todo lo contrario, como veremos con el estudio de la responsabilidad contractual y extracontractual del prestador de servicios en el supuesto de infracción de la obligación legal prevista en el art. 20.2º Directiva 2006/123. Finalmente, el trabajo se cerrará con el examen de la incidencia que, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, tiene el mecanismo de cooperación entre autoridades, que establece la Directiva 2006/123.

II. Ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE

3. La esfera de eficacia de la obligación de no discriminación exige cumulativamente las condiciones de aplicación personal, material y territorial de la Directiva 2006/123, e, igualmente, las condiciones previstas para la aplicación del art. 20.2º. En lo que a la primera cuestión se refiere, desde la perspectiva de la prestación transfronteriza de servicios, la obligación de no discriminación se aplica *ratione personae* a los prestadores y destinatarios de servicios. Por prestadores de servicios, a tenor del art. 4.2º Directiva 2006/123, se entiende cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o cualquier persona jurídica de las contempladas en el art. 54 TFUE y establecida en un Estado miembro, que ofrezca o preste un servicio en otro distinto. Por destinatarios de servicios, como reza el art. 4.3º, cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o que se beneficie de los derechos concedidos a estas por los actos comunitarios, o cualquier persona jurídica de las contempladas en el art. 54 TFUE y establecida en un Estado miembro, que utilice o desee utilizar un servicio con fines profesionales o de otro tipo. Tres precisiones debemos realizar en

relación con la mentada definición. De un lado, la noción de consumidor quedaría incluida en la definición del art. 4.3º Directiva 2006/123, siempre que, de conformidad con la normativa armonizada sobre consumidores, se trate de una persona física que actúe fuera de su actividad profesional¹¹. De otro lado, diversos actos de Derecho derivado se refieren expresamente al destinatario de servicios en tanto que sujetos de dichos derechos, extensibles a no nacionales de forma similar a lo que acontece con los prestadores de servicios¹². Por último, la definición de destinatario de servicio, que recoge la citada disposición, supone la positivación de la jurisprudencia del TJUE, dentro del proceso de integración negativa, integrando la laguna existente en el Derecho originario en torno a dicha noción. En efecto, el art. 56.1º TFUE guarda silencio en relación con la noción, cuando, al referirse a la libre circulación de servicios, prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la UE para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación. Dicho silencio quedaría integrado, al reconocer el TJUE¹³, que la libertad de prestación de servicios incluye también la libertad de los destinatarios de desplazarse a otro Estado miembro. En esta línea, como ha señalado el Abogado General en el asunto *Cowan*¹⁴, en cuanto beneficiario potencial de la libre circulación de servicios, el destinatario ostenta con carácter autónomo derechos y obligaciones de Derecho europeo¹⁵; goza de los derechos subjetivos de estancia y residencia en un Estado miembro del que no es nacional, beneficiándose a este respecto del principio de libre circulación de personas. Igualmente, no solo esos derechos incluyen la libertad del destinatario de los servicios a desplazarse a otro Estado miembro con el fin de beneficiarse

¹¹ En relación con la noción estricta de consumidor, basada en el criterio objetivo de la no actividad profesional, *vid.*, por todas, STJ 14 marzo 1991, as. C-361/89: *Di Pinto*. En el plano doctrinal, *vid.* S. Cámara Lapuente, “El concepto legal de ‘consumidor’ en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1, 2011, pp. 84-117.

¹² Como señala el cdo. nº 36 Directiva 2006/123, la noción de destinatario también abarca a los nacionales de terceros países que ya se benefician de derechos reconocidos por varios actos europeos, a los que expresamente cita. Tratando esta cuestión en un plano más general, *vid.* S. Sánchez Lorenzo, “Libertades comunitarias y nacionales de terceros Estados”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 263-267. Además, los Estados miembros pueden hacer extensivo el concepto de destinatario a otros nacionales de terceros países presentes en su territorio. Como así sucede en el caso español, como veremos *infra*, en el análisis de las discriminaciones inversas.

¹³ SSTJ 31 enero 1984, as. ac. C-286/22 y 26/83: *Luisi y Carbone*, ap. 10 y 16; 2 febrero 1989, as. C-186/87: *Cowan*, ap. 15.

¹⁴ Conclusiones del Abogado General Otto Lenz, presentadas el 6 diciembre 1988, as. C-186/87: *Cowan*, nº 11, 17 y 20.

¹⁵ Según jurisprudencia reiterada del TJ, el art. 56 TFUE confiere derechos no sólo al propio prestador de servicios, sino también al destinatario de dichos servicios. *Vid.*, en particular, SSTJ 31 enero 1984, as. ac. C-286/22 y 26/83: *Luisi y Carbone*, ap. 10; 28 enero 1992, as. C-204/90: *Bachmann*, ap. 31; 28 abril 1998, as. C-158/96: *Kohll*, ap. 35; 29 abril 1999, as. C-224/97: *Ciola*, ap. 11; 26 octubre 1999, as. C-294/97: *Eurowings Luftverkehr*, ap. 34.

en él de un servicio¹⁶, pues también el destinatario puede hacer uso de los mismos cuando ni él, ni el prestador, efectúen un desplazamiento intracomunitario¹⁷.

4. Por lo que se refiere al alcance *ratione materiae*, la cláusula de no discriminación del art. 20.2º queda circunscrita, en correspondencia con lo establecido en el art. 2 Directiva 2006/123, a todos los servicios que no se excluyen expresamente de su ámbito de aplicación¹⁸. La Directiva 2006/123 define, en sintonía con lo previsto en el art. 57 TFUE, como servicio cualquier actividad económica por cuenta propia prestada normalmente a cambio de una remuneración (art. 4.1º). Aun cuando el concepto de remuneración no está expresamente recogido en la Directiva 2006/123, ni en el TFUE, el TJUE ya ha declarado¹⁹, que su característica esencial reside en el hecho de que constituye la contrapartida económica de la prestación que se discute; contrapartida que se define normalmente entre el prestador y el destinatario del servicio²⁰, precisando, igualmente, que las actividades desarrolladas deben ser reales y efectivas²¹. Así las cosas, en lógica correspondencia con su enfoque horizontal o transversal, la amplia definición de servicio predetermina el alcance de las actividades enormemente variadas que engloba la Directiva 2006/123, deviniendo aplicable a los requisitos que afectan al acceso o al ejercicio de una actividad de servicios²². A este respecto, en línea con la decisión *Cinéthèque*²³, procede señalar la exclusión de las actividades de fabricación de bienes, en la medida en que se rigen por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, al contrario de lo que acontece con

¹⁶ SSTJ 29 abril 1999, as. C-224/97: *Ciola*, ap. 11; 28 octubre 1999, as. C-55/98: *Vestergaard*, ap. 20.

¹⁷ En este sentido, SSTJ 26 octubre 1999, as. C-294/97: *Eurowings Luftverkehr*, ap. 34; 6 noviembre 2003, as. C-243/01: *Gambelli*, ap. 55 y 57; 14 octubre 2004, as. C-36/02: *Omega*, ap. 25; 3 octubre 2006, as. C-290/04: *Scorpio*, ap. 64.

¹⁸ Vid. art. 2.2º Directiva 2006/123 (art. 2.1º Ley 17/2009), en relación con las actividades expresamente excluidas de su ámbito de aplicación.

¹⁹ STJ 22 mayo 2003, as. C-355/00: *Freskot*, ap. 35.

²⁰ Vid. SSTJ 27 septiembre 1988, as. C-263/86: *Humbel*, ap. 17; 7 diciembre 1993, as. C-109/92: *Wirth*, ap. 15.

²¹ Vid. SSTJ 23 marzo 1982, as. C-53/81: *Levin*, ap. 17; 5 octubre 1988, as. C-196/87: *Steymann*, ap. 13; 11 abril 2000, as. ac. C-51/96 y C-191/97: *Deliège*, ap. 54.

²² Vid. cdos. nºs 33 a 35 Directiva 2006/123 (servicios destinados a las empresas, servicios destinados a las empresas y consumidores, y servicios destinados a los consumidores), en lógica correspondencia con el alcance de las actividades que engloba el art. 57 TFUE; vid. también, al respecto, STJ 27 septiembre 1988, as. C-263/86: *Humbel*, ap. 16; igualmente, la lista exhaustiva de ejemplos de actividades de servicios que recoge la Dirección General del Mercado Interior y Servicios de la Comisión, en el *Manual para la transposición de la Directiva de Servicios*, 2007, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_es.pdf. En un plano doctrinal, vid. T. De La Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, "Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios en el mercado interior", en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Madrid, M. Pons 2009, pp. 83-127.

²³ STJ 11 julio 1985, as. ac. C-60/84 y 61/84: *Cinéthèque*, ap. 10.

muchas actividades auxiliares vinculadas a ellas (*v.gr.*, venta minorista, instalación y mantenimiento, servicios postventa), que sí constituyen una actividad de servicios y, por tanto, incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123.

5. Por último, en lo que respecta a su alcance *ratione territorii*, la ausencia de una norma de extensión en la Directiva 2006/123, que fije su ámbito de aplicación espacial, no es obstáculo para deducirlo conforme a su sentido y finalidad. En este sentido, al cubrir la Directiva 2006/123 el ámbito espacial de aplicación de la libre circulación de servicios, procede señalar, en sintonía con la jurisprudencia del TJUE²⁴, que la obligación de no discriminación no ha de quedar solamente circunscrita a situaciones exclusivamente conectadas con el territorio de los Estados miembros, a situaciones que se efectúan íntegramente dentro de la UE. También resulta de aplicación a situaciones desarrolladas fuera de la UE, a actividades de servicio en las que la prestación se realice fuera del territorio europeo²⁵. Por ejemplo, un contrato de viaje combinado que se desarrolla en parte en territorio de un Estado tercero.

III. Condiciones de aplicación del art. 20.2º Directiva 2006/123/CE

1. Condiciones generales de acceso al servicio

6. La obligación de no discriminación, prevista en el art. 20.2º Directiva 2006/123, se aplica únicamente a las condiciones generales de acceso a un servicio que el prestador ponga a disposición del público. La Directiva 2006/123 no contiene expresamente una definición de condiciones generales de acceso, si bien, resulta posible determinar su significado del círculo hermenéutico que proporciona ad extra la propia Directiva 2006/123, lo cual nos lleva a tener en

²⁴ Al respecto, en el ámbito de la libre circulación de la persona, *vid.* STJ 12 julio 1984, as. C-237/83: *Prodest*, ap. 6; STJ 27 septiembre 1989, as. C-9/88: *Lopes da Veiga*, ap. 15, STJ 29 junio 1994, as. C-60/93: *Aldewereld*, ap. 14, STJ 30 abril 1996, as. C-214/94: *Boukhalfa*, ap. 15, STJ 3 octubre 2006, as. C-290/04: *Scorpio*, ap. 67.

²⁵ En este mismo sentido, afirmando el alcance territorial del principio de no discriminación, a la luz del proceso de integración negativa, a actividades ejercidas fuera de la UE a toda situación que guarde una relación suficientemente estrecha con el territorio europeo, M. Gardeñes Santiago, “La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, 1996, pp. 863-877, esp. pp. 867-870. Con otra opinión, circunscribiendo el ámbito de aplicación de la libre circulación de las personas al interior del territorio europeo, M. Fallon, “Le domaine spatial d’un code européen de droit international privé. Emergence et modalités de règles de caractère universel”, en M. Fallon, P. Lagarde y S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas, P.I.E. Peter Lang, 2011, pp. 137-184, esp. p. 156.

cuenta la Directiva 2005/29/CE, de prácticas desleales a los consumidores²⁶, la Directiva 2011/83/UE, de los derechos de los consumidores²⁷ y la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas²⁸. En particular, como se desprende del Informe de la Comisión²⁹, la exclusión de las condiciones que se negocien de manera individual con un destinatario de servicios, permite inferir que hace referencia a la información que el prestador de servicios ofrece a los consumidores a través de todo acto o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, referida a la promoción, como a la prestación del servicio. Igualmente, la información que está obligado a proporcionar antes de la celebración del contrato (*v.gr.*, a través de la web), en relación con los servicios y sobre sus condiciones económicas y jurídicas; y la información facilitada de manera voluntaria por el prestador, como la proporcionada mediante mensajes de correo electrónico o cartas dirigidos a los destinatarios del servicio en respuesta a solicitudes de información. Por último, puede entenderse también como condiciones generales de acceso, los términos y condiciones del contrato.

2. Discriminaciones directas e indirectas

7. La obligación general de no discriminación prevista en el art. 20.2º Directiva 2006/123 es la expresión específica del principio general de igualdad que forma parte de los principios fundamentales del ordenamiento europeo³⁰. La

²⁶ DO L 149 de 11.6.2005 (en adelante, Directiva 2005/29). Su transposición al ordenamiento jurídico español fue llevada a cabo a través de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen general de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE, 31-XII-2009).

²⁷ DO L 304 de 22.11.2011 (en adelante, Directiva 2011/83). Su transposición al ordenamiento jurídico español ha sido recientemente llevada a cabo a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuario y otras leyes complementarias, aprobado por el RD-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE, 28-III-2014).

²⁸ DO L 95 de 21.4.1993 (en adelante, Directiva 93/13).

²⁹ Como señala el Informe de la Comisión, p. 8, las cláusulas negociadas de manera individual que puedan regular las relaciones comerciales entre dos o más comerciantes no forman parte de las condiciones generales de acceso a un servicio que el prestador ponga a disposición del público. Las cláusulas a medida negociadas con un destinatario de un servicio concreto suelen basarse en características específicas de ese destinatario, tales como su historial de cliente con el prestador del servicio, su capacidad de pago o sus demandas especiales, y no están incluidas en el ámbito de aplicación del art. 20.2º Directiva 2006/123. Por ejemplo, los descuentos ventajosos concedidos por un distribuidor de mercancías al por mayor a uno de sus clientes en atención a las cantidades compradas por ese cliente concreto al comerciante no se considerarían condiciones generales de acceso puestas a disposición del público y, por lo tanto, tampoco se considerarían trato diferente a efectos del art. 20.2º Directiva 2006/123.

³⁰ Como se aclara en la STJ 29 abril 1999, as. C-311/97: *Royal Bank of Scotland*, ap. 30, la discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes en situaciones comparables, o de la misma norma en situaciones diferentes.

Directiva 2006/123 consagra el principio de no discriminación a los destinatarios de servicios en el mercado interior con el mismo enfoque que ha ido sosteniendo sistemáticamente el TJUE en el ámbito de la libre circulación de servicios y personas, ya se trate de una libertad económica o de una libertad consustancial a la ciudadanía europea; esto es, prohibiendo no solo las discriminaciones abiertas u ostensibles, en razón de la nacionalidad y la residencia, sino también cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado³¹. Ejemplo de discriminación encubierta sería, en particular, el caso de una medida o práctica que establezca una distinción basada en un criterio que se asemeje a la residencia (país de entrega, país de origen de una dirección IP, país de emisión de una tarjeta de crédito, etc.), que implique el riesgo de producir efectos principalmente en perjuicio de los nacionales no residentes de otros Estados miembros³².

8. La Directiva 2006/123 adopta las dos formas de discriminaciones directas e indirectas. La discriminación directa se produce cuando una medida o una práctica aplican un criterio de distinción prohibido, como es la nacionalidad; o bien ofrece un tratamiento diferente a situaciones idénticas, o un tratamiento igual a situaciones diferentes, siempre que tenga su origen directo en dicho criterio³³. Con carácter general, la igualdad de trato significa que todo beneficio de que gocen los nacionales de un Estado miembro en virtud de su legislación nacional debe extenderse a los nacionales de los demás Estados miembros, no siendo admisible, por tanto, trato discriminatorio alguno motivado por la nacionalidad³⁴. Como se acaba de indicar, la prohibición de la discriminación directa en razón de la nacionalidad que consagra el art. 20.2º Directiva 2006/123 no viene a ser más que la positivación en el Derecho derivado del principio de no discriminación reconocido por el TJUE a los destinatarios de servicios en el ámbito de la libre circulación de las personas, ya se trate de una libertad económica, exigiendo la perfecta igualdad de trato de las personas que se encuentren en una situación regida por el Derecho europeo, en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro³⁵, o de una libertad consustancial a la ciudadanía europea, permitiendo a los nacionales de los Estados miembros que se encuentran en la misma situación obtener el mismo trato jurídico, independientemente de su

³¹ Vid. SSTJ 5 diciembre 1989, as. C-3/88: *Comisión c. Italia*, ap. 8; 12 junio 1997, as. C-266/95: *Merino García*, ap. 33; 7 mayo 1998, as. C-350/96: *Clean Car*, ap. 27; 16 enero 2003, as. C-388/01: *Comisión c. Italia*, ap. 13.

³² Vid. en particular, SSTJ 29 abril 1999, as. C-224/97: *Ciòla*, ap. 14; 16 enero 2003, as. C-388/01: *Comisión c. Italia*, ap. 14; STJ 1 octubre 2009, as. C-103/08: *Gottwald*, ap. 28.

³³ Cf. P. Garrone, "La discrimination indirecte en droit communautaire: vers une théorie générale", *Rev. trim. dr. eur.*, nº 3, 1994, pp. 425-448, esp. p. 426.

³⁴ Cf. M. Gardeñes Santiago, "La imperatividad internacional...", *loc. cit.*, p. 865.

³⁵ STJ 2 febrero 1989, as. C-186/87: *Cowan*, ap. 10.

nacionalidad, de modo que “un nacional de un Estado miembro puede invocar el derecho a no ser objeto de discriminación por razón de su nacionalidad, consagrado en el art. 18 TFUE, cuando ejerce su libertad de circulación y de residencia en el territorio comunitario para pasar sus vacaciones en otro Estado miembro”³⁶.

En contraposición, la discriminación indirecta tiene lugar cuando una medida o una práctica aplica un criterio distinto del prohibido, en apariencia neutro, pero que en la práctica producen el mismo resultado, al perjudicar en mayor medida a los nacionales de otros Estados miembros. El factor determinante es precisamente el resultado perjudicial ocasionado, permitiendo este dato que la actuación aparentemente neutral pueda ser tildada de discriminación indirecta. Sería el caso, en particular, de una medida o práctica que establezca una distinción basada en el criterio directo de la residencia, o en cualquier otro que se asemeje (como hemos señalado antes, bien puede ser el país de entrega, el país de origen de una dirección IP, el país de emisión de una tarjeta de crédito, etc.), que implique el riesgo de producir efectos principalmente en perjuicio de los nacionales no residentes de otros Estados miembros³⁷. Precisamente, la discriminación basada en la residencia ha sido considerada, en no pocas ocasiones, por el TJUE como una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad. Por el contrario, en el art. 20.2º Directiva 2006/123 aparece expresamente prohibida, junto a la nacionalidad, la discriminación por motivos de residencia en el territorio de otro Estado miembro.

9. Una interpretación literal del tenor del art. 20.2º Directiva 2006/123 conduce a la renuncia a toda divergencia de tratamiento entre ambos factores de diferenciación (nacionalidad y residencia), resultando posible encontrar razones objetivas que justifiquen diferencias de acceso a un servicio por razón de cualquiera de ellas. Sin embargo, dicho método de interpretación adolece del inconveniente de aceptar lo que, desde la perspectiva de la discriminación por razón de la nacionalidad, ha negado tantas veces el TJUE en el marco del Derecho originario: la no posibilidad de justificación. Resultado, por otro lado, contrario a la obligación prevista por el art. 3.3º, que exige a los Estados miembros la aplicación e interpretación de la Directiva 2006/123 de acuerdo con las normas de TFUE por las que se rige el derecho de establecimiento y la libre circulación de servicios. Por ello, de conformidad con lo previsto en el citado precepto es preciso efectuar una interpretación sistemática y teleológica del art. 20.2º Directiva 2006/123, acorde con los principios que el TJUE ha desarrollado en la aplicación de los arts. 49 y 56 TFUE. Precisamente, una interpretación de acuerdo a estos

³⁶ Vid. SSTJ 1 octubre 2009, as. C-103/08: *Gottwald*, ap. 23 y 26; 15 marzo 2005, as. C-209/03: *Bidar*, ap. 31; 12 julio 2005, as. C-403/03: *Schempp*, ap. 15.

³⁷ Vid., en particular, STJ 29 abril 1999, as. C-224/97: *Ciòla*, ap. 14; 16 enero 2003, as. C-388/01: *Comisión c. Italia*, ap. 14; 1 octubre 2009, as. C-103/08: *Gottwald*, ap. 28.

cánones hermenéuticos conduce a identificar una diferencia más entre las discriminaciones directas e indirectas, y es que mientras las primeras jamás pueden justificarse, por el contrario, las discriminaciones indirectas son admisibles desde el momento que encuentren una justificación objetiva y proporcionada. Así, en lo que se refiere a las discriminaciones por razón de la nacionalidad, cuando la Comisión señala la imposibilidad práctica de hallar razones objetivas que justifiquen diferencias de acceso al servicio en la UE sobre la base de dicho criterio³⁸, no hace más que concretar la jurisprudencia asentada al respecto por el TJUE en el ámbito de la libre circulación de servicios. Como ha precisado el TJUE dentro del marco de proceso de integración negativa, dichas discriminaciones basadas en la nacionalidad sólo resultarían compatibles con el Derecho europeo de poder ampararse en una disposición expresa que, como el actual art. 52 TFUE, al que se remite el art. 62 TFUE, establezca excepciones por razones justificadas o imperiosas de interés general. Sin embargo, como es reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal³⁹, los motivos de carácter económico no constituyen razones de orden público en el sentido del art. 52 TFUE capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado⁴⁰. Cuestión distinta es lo que acontece con las discriminaciones basadas en la residencia, u otros criterios que se le asemejen, en la medida en que dicho trato discriminatorio sólo puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y es proporcionada al objetivo legítimamente perseguido⁴¹. En consecuencia, en lo que a las discriminaciones basadas en la residencia se refiere se hace preciso efectuar una análisis *case-by-case*, consistiendo el primer paso en determinar si hay una discriminación *stricto sensu*; esto es, a la vista de que una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables, o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes, se hace preciso, primero, verificar la inexistencia de cualquier situación objetiva que pudiera justificar una diferencia de trato, un tratamiento desigual a dos categorías de sujetos (residentes y no residentes) que se encuentren en una situación comparable⁴². Una vez verificada la discriminación en sentido estricto, quedaría por saber la posible justificación, lo cual solo es posible, tras el análisis en una segunda fase, en el caso de que busque un objetivo legítimo de interés general y respetuoso con el

³⁸ Vid. Informe de la Comisión, p. 11.

³⁹ Vid. SSTJ 14 noviembre 1995, as. C-484/93: *Svensson*, ap. 15; 16 enero 2003, as. C-388/01: *Comisión c. Italia*, ap. 19 y 20.

⁴⁰ Vid. SS TJ 6 junio 2000, as. C-35/98: *Verkooijen*, ap. 48; 1 octubre 2009, as. C-103/08: *Gottwald*, ap. 30.

⁴¹ Vid., en particular, SSTJ 11 julio 2002, as. C-224/98: *D'Hoop*, ap. 36; 2 octubre 2003, as. C-148/02: *García Avello*, ap. 31; 15 marzo 2005, as. C-209/03: *Bidar*, ap. 54.

⁴² Vid. en particular, STJ 14 febrero 1995: *Schumacker*, as. C-279/93, ap. 34 y 37.

principio de proporcionalidad. Como se ha acaba de señalar, el objetivo sería legítimo cada vez que sea completamente independiente del criterio de la nacionalidad. Según reiterada jurisprudencia, sería proporcionada cuando, siendo idónea para la consecución del objetivo perseguido, no va más allá de lo que resulta necesario para alcanzarlo⁴³; esto, es respetuosa con el principio de proporcionalidad, al emplear los medios adecuados para lograr el objetivo propuesto⁴⁴.

3. Determinación y valoración de la discriminación

10. Como hemos sostenido supra, la discriminación basada en la residencia ha sido considerada por el TJUE como una suerte de discriminación indirecta por razón de la nacionalidad en el ámbito de las libertades comunitarias. Dicha condición no la pierde la Directiva 2006/123, pese a introducir el art. 20.2º una prohibición explícita de la discriminación por motivos de residencia en el territorio de otro Estado miembro. La razón de esta última afirmación reside, como ya hemos indicado, en la posibilidad de encontrar, al contrario de la nacionalidad, una razón objetiva que justifique *in casu* una diferencia de trato. Así las cosas, las discriminaciones basadas en la residencia requieren de un análisis caso por caso en dos fases. Primero, es preciso determinar la existencia de una presunción de discriminación. Segundo, una vez verificada aquélla, se deben encontrar las razones que justifiquen objetivamente la diferencia de trato; esto es, si la diferencia no constituye una discriminación *stricto sensu*.

11. La determinación de la presunción de discriminación pasa por la constatación de la existencia de diferencias de trato por razón de la residencia en el acceso a un servicio. Dicha valoración exige, en el ámbito de la prestación transfronteriza de servicios, distinguir las diversas situaciones en que se puede desarrollar. En primer lugar, cuando el destinatario se desplaza al territorio del Estado miembro, donde tiene su establecimiento el prestador, para acceder al servicio. En segundo lugar, cuando el prestador es quien se dirige al territorio de Estado miembro del destinatario para prestar el servicio. En tercer lugar, cuando no se produce ningún desplazamiento de las partes, como acontece en el contexto del comercio electrónico. La nota común a estas tres situaciones es que la discriminación puede tener lugar cuando el prestador no restringe el acceso al servicio, cada vez que difieren las condiciones de la prestación (*v.gr.*, un precio diferente a consumidores residentes en otros Estados miembros por el mismo servicio). Por otro lado, la situación primera y tercera se diferencia de la segunda situa-

⁴³ Vid. SSJ 26 octubre 2006, as. C-192/05: *Tas-Hagen*, ap. 35; 1 octubre 2009, as. C-103/08: *Gottwald*, ap. 33.

⁴⁴ Cf. P. Garrone, "La discrimination indirecte...", *loc. cit.*, pp. 447-448.

ción, en que la diferencia de trato por razón de la residencia puede tener lugar también ante el rechazo o la restricción por el prestador del acceso al servicio.

12. La Directiva 2006/123 establece una regla especial respecto a la prueba con el objeto de facilitar al consumidor su derecho a no ser discriminado cuando trata de acceder a un servicio en el mercado interior, imponiendo al prestador la carga de probar la justificación del posible trato discriminatorio. En efecto, la presunción de la discriminación por razón de la residencia puede ser descartada por el prestador si justifica su práctica en criterios objetivos; en cuyo caso, como decimos, no constituiría como tal una discriminación. Esta segunda operación exige de un análisis *in casu*, cuyo enfoque no difiere en nada del que utiliza el TJUE en el ámbito de la libre circulación de servicios, exigiéndose siempre que sea objetiva y proporcionada al objetivo legítimamente perseguido. De esta suerte, como se desprende del Informe de la Comisión⁴⁵, cabe distinguir dos tipos factores que coadyuvan a probar la existencia de una justificación por razones objetivas: factores jurídicos o normativos y factores económicos (condiciones de mercado, relacionados con la oferta y con la demanda). Así, en los casos en los que el destinatario se desplaza al territorio de otro Estado miembro, se coloca en una situación muy similar, si no idéntica, a la de los destinatarios residentes en el Estado miembro en el que se presta el servicio. En tales situaciones, no parece que exista ninguna razón objetiva para discriminar a aquél en razón de la residencia. De otra parte, cuando el prestador se desplaza al Estado miembro del destinatario, resulta evidente que la situación de éste no es comparable a la de los destinatarios que residen en el Estado miembro del establecimiento del prestador. Razones objetivas vinculadas al marco normativo aplicable a la prestación de servicios en otro Estado miembro, o las condiciones de mercado que imperan en este último adquieren relevancia para justificar objetivamente el trato desigual⁴⁶. Más problemáticas son las situaciones en las que no media desplazamiento de las partes, como acontece en el contexto del comercio electrónico. En estas situaciones, el trato discriminatorio puede acontecer, bien a resultas de la restricción a los destinatarios de determinados Estados miembros⁴⁷, bien por la

⁴⁵ Vid. Informe de la Comisión, p. 13.

⁴⁶ En el cdo. n° 95 Directiva 2006/123 se enumeran algunos ejemplos de criterios objetivos que pueden alegar los prestadores de servicios para justificar la diferencia de trato. Se mencionan los costes adicionales ocasionados por la distancia, las características técnicas de la prestación, diferencias en las condiciones del mercado, como una demanda más o menos elevada influenciada por temporalidad, distintos períodos de vacaciones en los Estados miembros o distintas políticas de precios por parte de los competidores, o los riesgos adicionales derivados de normativas distintas de las del Estado miembro de establecimiento y la falta de los derechos de propiedad intelectual e industrial necesarios en un territorio particular.

⁴⁷ Como indica el Informe de la Comisión (pp. 11 y 12), esta situación se produce de diversas maneras. En algunos casos, los destinatarios residentes en un Estado miembro no pueden obtener información sobre las condiciones de acceso a un servicio aplicables a los destinatarios residentes en otros Estados

prestación de los servicios bajo diferentes condiciones generales de acceso. El supuesto de la denegación al acceso pone de relieve el equilibrio que subyace entre los intereses de los profesionales, que tienen la libertad para determinar el ámbito geográfico al que dirigen sus actividades dentro de la UE, y los intereses de los destinatarios, que tienen el derecho a no ser discriminados. No cabe inferir, del contenido del art. 20.2º Directiva 2006/123, ninguna obligación general que imponga a los prestadores el deber de prestar sus servicios a los destinatarios de los demás Estados miembros. En realidad, la citada disposición establece la libertad de los prestadores de servicios para decidir en relación con la orientación de su actividad: bien solamente a su mercado local⁴⁸, bien a todo el mercado europeo, bien la posibilidad incluso de fragmentarla dentro de este último – normalmente, a los mercados vecinos⁴⁹–. A este último respecto, el límite a la libertad del prestador lo establecen las razones que permiten justificar objetivamente el trato discriminatorio a los destinatarios de servicios. Así, entre las razones económicas, que, en relación con los consumidores pueden disuadir al prestador a dirigir su actividad al mercado europeo, cabría citar la estructura de la empresa para asumir los costes en relación con las políticas de mercadotecnia, promoción e implantación de la marca, la falta de infraestructura para asumir los costes ligados a la prestación del servicio, etc. Entre los factores jurídicos, se halla, por lo general, el coste ligado a la disparidad normativa entre los Estados Miembros⁵⁰. En efecto, pese a que, la labor de las autoridades europeas en mate-

miembros. En otros casos, los consumidores pueden obtener información sobre las condiciones de acceso aplicables a los destinatarios residentes en otros Estados miembros, pero no pueden adquirir esos servicios en las mismas condiciones porque se aplican restricciones de entrega. No deja de ser habitual en la práctica, en relación con estas situaciones, la utilización de herramientas de geolocalización automática, que identifican la ubicación del ordenador utilizado por los destinatarios para acceder al servicio en línea, bloqueándoles el acceso, reorientándoles automáticamente a los nombres de dominio de otros Estados miembros o directamente a las páginas webs específicas del Estado miembro de la dirección IP, gestionadas por filiales o sucursales de la empresa.

⁴⁸ Basta con consultar las condiciones generales previstas en la web de empresas en internet para encontrarse con informaciones del siguiente tipo: “X opera a través del Sitio Web, exclusivamente, para el territorio español comprendido en la Península Ibérica, Baleares y Canarias (en adelante, el “Territorio”). X únicamente realiza envíos y distribuye los productos en el Territorio. Para envíos fuera del Territorio se pactaran las condiciones de forma individual y sin que ellas sirvan de muestra de condiciones en el futuro salvo para el periodo estipulado por escrito entre malices y el Usuario”.

⁴⁹ Un ejemplo de fragmentación de la actividad dentro del mercado interior lo representa una cláusula de este tipo: “El sitio web www.xxxxxx.com opera exclusivamente en los siguientes territorios (en adelante el “Territorio”): Territorio de España comprendidos en la Península Ibérica y las Islas Baleares. Territorio de Portugal (excluido islas). Territorio de Francia Continental, (excluidos los departamentos de ultramar). Territorio de Bélgica. Territorio de Países Bajos. Territorio de Italia (excepto San Marino, Libigno, Campione y Aguas Italianas del Lago Lugano)”.

⁵⁰ Necesidad de tener que alterar los términos y condiciones para adecuar los contratos a la legislación de cada Estado miembro, el riesgo de poder ser demandado ante los Tribunales de un Estado miembro distinto del Estado de establecimiento, etc.

ria de protección al consumidor, haya permitido reducir notablemente estas diferencias⁵¹, no obstante, siguen existiendo aún ciertos márgenes de diferencia, motivado por el carácter fragmentario de la normativa europea y por la supeditación del Derecho del consumo al Derecho general de los contratos. Ahora bien, la diversidad normativa no sería, a nuestro entender, una razón que justifique objetivamente la denegación del acceso al servicio a los consumidores residentes en algunos Estados miembros, cuando dicha restricción no las aplican los prestadores a los consumidores residentes en otros Estados miembros. Igualmente, en relación con los factores jurídicos, cuando los prestadores de servicios dirigen sus actividades a numerosos Estados miembros y los destinatarios en cada uno de estos Estados miembros tienen completamente vedado el acceso a la información sobre las condiciones de acceso que se ofrecen a los destinatarios residentes en otros Estados miembros, sí cabe pensar que se está aplicando un trato dispar no justificado por incumplimiento de las obligaciones de información previstas, al alimón, en la Directiva 2006/123⁵², como en la Directiva 2011/83/UE⁵³. Del mismo modo, cuando el prestador omite la información de las restricciones, como sucede en los casos en los que resulte posible el acceso a la información, pero no al servicio porque se aplican restricciones de entrega, se produce también un tratamiento dispar no justificado por incumplimiento, esta vez, de la obligación de información prevista en la Directiva 2011/83/UE, en relación con cualquier posible restricción en el acceso al servicio (entrega, pago, etc.)⁵⁴. Esto no quiere decir que no existan otros factores de carácter jurídico, que pudieran justificar las restricciones señaladas. Sin espacio para poder detenernos aquí, pensemos en las limitaciones contractuales que, *v.gr.*, derivan de los acuerdos de distribución en el marco del Derecho de la libre competencia, de los contratos de cesión y licencia de tecnología, los contratos sobre marca, en el ámbito de la propiedad industrial, o los contratos de cesión en la propiedad intelectual, etc.,

⁵¹ *Vid.*, al respecto, el Informe de la Comisión, pp. 19–21. Así, en relación con las cuestiones de fondo o sustantivas, bien de mano de la normativa de armonización en materia de consumo (Directiva 2005/29, Directiva 2011/83, Directiva 1993/13, etc.) y la unificación del DIPr conflictual (Reglamento n° 593/2008, de 17 julio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, y el Reglamento n° 864/2007, de 17 julio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales) y material (aunque opcional, la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea). En cuestiones procesales, de mano de la normativa armonizadora en este ámbito (Directiva 2009/22, Directiva 2013/11, relativa a la resolución alternativa de litigios, Reglamento n° 524/2014, sobre resolución de litigios en línea, etc.), y unificación de normas de DIPr de competencia judicial internacional y reconocimiento (Reglamento n° 44/2000, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil), e, igualmente, de procedimientos europeos (Reglamento n° 861/2007, por el que se establece un proceso de escasa cuantía, etc.).

⁵² Art. 22 Directiva 2006/123.

⁵³ Art. 5 y 6 Directiva 2011/83.

⁵⁴ Art. 8.2° Directiva 2011/83. La transposición de esta obligación en nuestro ordenamiento jurídico se halla en el art. 98.3° TRLGDCU.

que impiden a un profesional la comercialización de un servicio en otro Estado miembro. Por otra parte, existen factores económicos que pueden justificar las diferencias en las condiciones de acceso a los servicios dentro del mercado europeo, como sería el caso, por ejemplo, en los servicios relacionados con el turismo, la variación de precios motivados por los distintos periodos de vacaciones en los Estados miembros, o por diferentes políticas de precio por parte de los competidores. Igualmente, desde el punto de vista jurídico, cabría justificar el incremento de precio en la diferencia de tipos de IVA en los Estados miembros. Si bien, esto no obsta para que no encontremos factores jurídicos que, al contrario, no justifiquen la discriminación. *V.gr.*, cuando la variedad de precios tiene lugar por la infracción de cualquiera de las obligaciones previstas en la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior⁵⁵.

4. Discriminaciones inversas

13. La delimitación del ámbito de aplicación del art. 20.2º Directiva 2006/123 a las situaciones intracomunitarias da lugar a las conocidas como discriminaciones inversas, toda vez que los supuestos puramente internos, vinculados en todos sus extremos esenciales con un único Estado miembro, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de aquélla. Esto impide que los nacionales de un Estado miembro puedan alegar su derecho a no ser discriminados en relación con los servicios prestados por profesionales establecidos en dicho Estado. En tal caso, el mantenimiento por los Estados miembros de las disposiciones restrictivas en las situaciones internas no haría más que perjudicar a sus propios nacionales, discriminándolos frente a los nacionales de otros Estados miembros o a los propios nacionales que residan en otro Estado miembro⁵⁶. Por ello, para evitar las discriminaciones inversas, situando a los propios nacionales en una situación competitiva no perjudicial con respecto a los nacionales de otros Estados miembros o a los propios connacionales establecidos en otro Estado miembro, la única posibilidad de corrección estriba en la equiparación de derechos.

Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, las consecuencias negativas de las discriminaciones inversas resultan corregidas de mano del art. 49.1º.k) RD–Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)⁵⁷, introducido por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a

⁵⁵ DO L 319 de 5.12.2007.

⁵⁶ Cf. S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 319–320.

⁵⁷ BOE, 30–XI–2007.

las actividades de servicio y su ejercicio⁵⁸. Dicho precepto considera infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios lo siguiente: “La negativa a satisfacer las demandas del consumidor o usuario, cualquiera que sea su nacionalidad o lugar de residencia, cuando su satisfacción esté dentro de las disponibilidades del empresario, así como cualquier forma de discriminación con respecto a las referidas demandas, sin que ello menoscabe la posibilidad de establecer diferencias en las condiciones de acceso directamente justificadas por criterios objetivos”. La mentada disposición se presenta como la cara represiva del art. 16.3º Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Ambos preceptos dan cumplimiento en España a lo ordenado en el art. 20.2º Directiva 2006/123, si bien el art. 49.1º.k) TRLGDCU tiene un alcance mucho más amplio⁵⁹. Por una parte, es aplicable a cualquier profesional en su relación con consumidores, y no solo a los prestadores de servicios. Por otra, aunque contiene una específica referencia a las negativas a satisfacer las demandas de los consumidores por razón de nacionalidad o lugar de residencia, acaba por abarcar a cualesquiera otras formas de discriminación. En particular, el art. 49.1º.k) TRLGDCU podría aplicarse a cualquier empresa española que deniega una prestación que debiera realizarse íntegramente en nuestro territorio a un español con residencia en otra parte de España; e, igualmente, a la denegación de una prestación en nuestro territorio a un extranjero por razón de su nacionalidad o residencia. Y, al margen de todo esto, a discriminaciones realizadas por razones distintas de la nacionalidad o lugar de residencia.

IV. La responsabilidad civil del prestador de servicios

1. Responsabilidad contractual

14. No resulta posible establecer un principio general aplicable a todas las acciones que se pueden ejercitar por la infracción prevista en el art. 20.2º Directiva 2006/123, en la medida en que el derecho a su ejercicio puede nacer en circunstancias diferentes. Esto se debe a que el ámbito de aplicación de la citada disposición alcanza cualquier actividad profesional del prestador por el que se suministren bienes o servicios, lo que engloba no solamente las prácticas comerciales que se utilicen a tal fin, ya sea a través de comunicaciones públicas, publicidad e información en los sitios web, como la proporcionada mediante correos electró-

⁵⁸ BOE, 23-XII- 2009.

⁵⁹ Vid. al respecto, M. Izquierdo Carrasco, “Potestad sancionadora. Infracciones y sanciones”, en M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco (dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Córdoba, Iustel, pp. 702–889, esp. pp. 790–795.

nicos o comunicaciones personales, sino también los contratos que celebre, incluyendo dicho trato discriminatorio en sus términos y condiciones. Todo ello implica que la infracción del art. 20.2º Directiva 2006/123 puede abarcar, en principio, el régimen de obligaciones que traen causa en una relación contractual preexistente o que nazca de una fuente distinta del contrato. En efecto, el contrato puede ser la fuente de la que nace la responsabilidad del prestador, como consecuencia del incumplimiento de la obligación legal de no discriminación, que impone el art. 20.2º. Pero también la responsabilidad puede nacer de otra fuente distinta, como sería el caso de ciertas acciones de responsabilidad civil en el ámbito de la competencia desleal que se fundan en normas que tipifican como desleales conductas relacionadas con un contrato. Pensemos, *v.gr.*, en el caso de un consumidor con residencia en España, que accede a la web de una agencia de viajes establecida en Inglaterra, que ofrece una oferta atractiva para un hotel de la Costa del Sol. La página utiliza como idioma el inglés, y como moneda el euro, menciona la dirección inglesa de la empresa y un número de teléfono con el prefijo internacional de dicho país. El consumidor, atraído por la oferta, intenta hacer una reserva *on line*, que finalmente se frustra, al informarse también desde la web, de la exclusión de la oferta a los nacionales españoles, salvo el pago de una cantidad muy superior a la publicitada⁶⁰. En este mismo supuesto, imaginemos ahora que la compañía inglesa no informara en su página web de dicha restricción de la oferta, ni tampoco en las condiciones generales del contrato, y acepta la reserva. Cuando llega el consumidor al hotel le solicitan el pago de un precio mucho más elevado del anunciado en la oferta. A primera vista, respecto del primer caso, es razonable pensar que, al nacer fuera de un contrato, el incumplimiento de la obligación de no discriminación generará un supuesto de responsabilidad civil extracontractual. Mientras que el segundo, al traer causa en una relación contractual existente, estaríamos ante un supuesto de responsabilidad contractual. Sin embargo, como vamos a ver a continuación, uno y otro supuesto pueden quedar comprendidos también dentro de la materia delictual o cuasidelictual.

15. La infracción del art. 20.2º Directiva 2006/123 genera la responsabilidad contractual del prestador de servicios en los casos en que la vulneración pudiera traer causa en una relación jurídica preexistente de tipo contractual. Esto no sería el caso del primer ejemplo propuesto, pues cuando el prestador se niega a prestar el servicio (por tanto a celebrar el contrato), a lo sumo, el destinatario solo podría ejercitar una acción invocando la responsabilidad precontractual del prestador. Ahora bien, como ha tenido ocasión de precisar el TJUE⁶¹, la responsabili-

⁶⁰ Se trata de un supuesto real que recoge el Informe de la *ECC-Net* (p. 20), a resultas de una reclamación recibida por el Centro Europeo del Consumidor en España.

⁶¹ STJ 17 septiembre 2002, as. C-334/00: *Tacconi*, ap. 27.

dad en este caso sería extracontractual por la inexistencia de compromisos libremente asumidos por una parte frente a la otra. Todo lo contrario sucede con el segundo ejemplo, donde la ocultación del trato discriminatorio hasta el momento de la ejecución del contrato es susceptible de generar diversas consecuencias en la vida del contrato. Desde su nulidad por un vicio del consentimiento, a la ampliación del plazo del derecho de desistimiento por incumplimiento de la obligación precontractual de información prevista en el art. 8.3º Directiva 2011/83/UE, que obliga a los prestadores de servicios que comercializan on line a indicar, por adelantado, en un lugar destacado de su sitio web, las posibles restricciones que apliquen a la prestación de sus servicios⁶²; o también, imaginando que el trato discriminatorio estuviera prevista en una condición general del contrato, su consideración como abusiva por limitar los derechos básicos de los consumidores (art. 86 TRLGDCU)⁶³. Cualquiera que sea, todas estas medidas se suscitarían en litigios derivados de una vinculación jurídica voluntaria entre las partes (materia contractual), por el incumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato⁶⁴.

16. Junto a estas precisiones sobre la naturaleza contractual de la responsabilidad, interesa saber también qué órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tendrían CJI para conocer de estos posibles litigios, y, por extensión, cómo se resuelven los problemas del Derecho aplicable. Dejando al margen la cuestión de que se ha de tratar de un contrato entre un profesional y un consumidor, en los términos que el TJUE interpreta dicha noción⁶⁵, lo relevante es determinar si estamos en presencia de un contrato celebrado con un consumidor pasivo o activo; pues, de ello depende, en relación a las cuestiones de fondo, que las consecuencias del incumplimiento de la obligación prevista en el art. 20.2º Directiva 2006/123, puedan canalizarse a través del expediente de la *lex contractus* o de las normas internacionales imperativas.

La delimitación entre contratos celebrados con consumidores activos o pasivos resulta posible realizarla, al alimón, a nivel de competencia judicial internacional (CJI) y Derecho aplicable, en la medida en que, tanto el Reglamento nº 44/2000, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (RB I)⁶⁶, como el Reglamento nº 593/2008, de 17 julio 2008, sobre la ley aplicable a las obligacio-

⁶² Transpuesto al ordenamiento jurídico español en el art. 98.3º TRLGDCU.

⁶³ Opción que pudiera interesar al consumidor deseoso del cumplimiento del contrato, al no vencerle, por excesivas, cualquiera de los remedios anteriores.

⁶⁴ STJ 13 marzo 2014, as. C-548/12: *Brogsitter*, ap. 27.

⁶⁵ A este respecto, sobre la calificación autónoma de contrato con consumidores, *vid.* nuestro trabajo, J.I. Paredes Pérez, "La noción de consumidor y el papel residual de la calificación *ex lege causae* en el Derecho internacional privado comunitario", *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 3, 2009, pp. 45-66.

⁶⁶ DO L 12 de 16.1.2001.

nes contractuales (RR I)⁶⁷, comparten la misma filosofía a este respecto. Concretamente, en relación con la calificación de contrato celebrado por consumidor pasivo, exigiendo que se hubiera celebrado a resultas de las “actividades comerciales o profesionales (del profesional) en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembros, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades”. El RB I, como el RR I, no contiene ninguna definición del concepto de actividad dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor. Pero ha sido objeto de interpretación autónoma por el TJUE, declarando, al respecto, que, si bien no es preciso la existencia de una relación causal entre el medio utilizado para dirigir la actividad profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor, ello no obstante, la existencia de tal relación causal constituye un indicio de vinculación del contrato a tal actividad⁶⁸. En el segundo ejemplo propuesto, la celebración de un contrato a distancia por internet podría ser un indicio en este sentido, si bien no supone una condición *sine qua non* para la aplicación del régimen de protección⁶⁹. Pues, en efecto, como ha señalado el TJUE, el mero hecho del acceso a la página del profesional desde el Estado miembro del consumidor no es suficiente para afirmar la voluntad del profesional de dirigir su actividad al mercado del consumidor. Es preciso, para ello, que concurra algún indicio más que permita confirmar esto último⁷⁰. A la luz de los indicios ofrecidos por el TJUE (el carácter internacional de la actividad, celebración de contratos con consumidores domiciliados en España, la utilización de una divisa distinta a la empleada en Estado miembro en el que está establecido el prestador), creemos que no habría dudas para calificar de pasivo al consumidor del ejemplo. En este caso, el art. 16 RB I le permitiría poder demandar ante los Tribunales ingleses (domicilio del prestador) o españoles (domicilio del consumidor).

17. En lo que respecta a la ley aplicable, la cuestiones relativas a la incidencia del incumplimiento de la obligación prevista en el art. 20.2º Directiva 2006/123

⁶⁷ DO L 177 de 4.7.2008.

⁶⁸ STJ 17 octubre 2013, as. C-218/12: *Emrek*, ap. 32.

⁶⁹ STJ 6 septiembre 2012, as. C-190/11: *Yusufi*, ap. 45.

⁷⁰ STJ 7 diciembre 2010, asuntos C-585/08: *Peter Palmer* y C-144/09: *Hotel Alpenhof*, ap. 93 se hallan: “el carácter internacional de la actividad, la descripción de itinerarios desde otros Estados miembros al lugar en que está establecido el vendedor, la utilización de una lengua o de una divisa distintas de la lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor, con la posibilidad de reservar y de confirmar la reserva en esa otra lengua, la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional, los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros”.

en la existencia y validez del contrato, en el ejercicio del derecho de desistimiento, o en la valoración de su ilicitud por abusiva, si constara en una condición general, quedarían regidas por la ley española (ley del país de la residencia habitual del consumidor, art. 6 RR I)⁷¹. Por el contrario, en aquellos supuestos, en los que los indicios no pudieran confirmar la presencia de un consumidor pasivo, el régimen general del RB I (art. 2 y 5.1º) conduciría a la CJI de los Tribunales ingleses (domicilio del demandado) y los Tribunales españoles (lugar de prestación del servicio). En relación con las cuestiones de fondo, los problemas se suscitarían aquí, cada vez que el prestador hiciera uso de la autonomía conflictual (art. 3 RR I)⁷², eligiendo el Derecho de un tercer Estado, donde no esté previstas una obligación, como la que impone al prestador el art. 20.2º Directiva 2006/123. Así, en el supuesto de que la cuestión se planteara ante los Tribunales españoles, la obligación de no discriminación del prestador deberá aplicarse esta vez, en tanto que norma material imperativa del foro (art. 9.2º RR I), prevaleciendo su aplicación sobre la remisión que la norma de conflicto puede hacer a otro Derecho. La aplicabilidad de la obligación prevista en el art. 16.3º Ley 17/2009 se determina, en estos casos, de acuerdo con la norma unilateral de delimitación establecida en el art. 1.1º del mismo texto legal⁷³. En consecuencia, al quedar comprendido el supuesto en el ámbito espacial de imperativa aplicación establecida en la legislación española, el juez español daría aplicación a citado precepto, con las consecuencias que entraña al contrato su incumplimiento. De otra parte, en el caso de que la demanda se planteara ante los Tribunales ingleses, al no contener la Ley inglesa (*The Provision of Services Regulations*, de 11 noviembre 2009) una norma que delimite expresamente su ámbito de aplicación, resultaría operativo el art. 3.4º RRI⁷⁴, cuyo objetivo es evitar el fraude a las nor-

⁷¹ La autonomía conflictual opera, en la contratación con consumidor pasivo, como una conexión dependiente de la conexión objetiva, estableciendo la posibilidad de elegir la ley aplicable, siempre que no suponga una reducción de la protección que le garantiza la ley de la residencia habitual. Lo que da a entender que la obligación de no discriminación del prestador, en esos casos, no resulte posible derogarlo por contrato.

⁷² El problema no se daría en caso de la aplicación del art. 4 RR I, en la medida en que siempre sería aplicable la ley de un Estado miembro de la UE. En cuyo caso, la obligación de no discriminación nunca podría ser derogada por contrato.

⁷³ Art. 16.3º Ley 17/2009: “Esta Ley se aplica a los servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica y que son ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro”.

⁷⁴ Siguiendo a F.J. Garcimartín Alférez, “El RR I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980”, *Diario La Ley*, nº. 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, p. 8, lo relevante del art. 4.3º RRI no es que todos los elementos pertinentes de la situación se localicen en la UE, sino que se cumplan las condiciones de aplicación espacial que la Directiva 2006/123 exija conforme a su contenido y finalidad. En consecuencia, el citado precepto cumple las funciones de una norma de extensión general para todas aquellas normas armonizadas que, como en el caso de la Directiva 2006/123 (normas nacionales de transposición), no contienen un indicador espacial expreso.

mas imperativas europeas de protección cuando los elementos de la situación se encuentren localizados en uno o más Estados miembros y las partes eligen la ley de un tercer Estado, cuya elección perjudique la protección prevista en aquéllas⁷⁵. Por último, en la valoración de la justificación o no de la discriminación por razones objetivas de tipo jurídico, cabría la posibilidad de la toma en consideración de normas no pertenecientes a la *lex fori* y a la *lex causae*, a través del mecanismo previsto en el art. 9.3º RRI.

2. Responsabilidad extracontractual

18. La responsabilidad extracontractual del prestador de servicios nos llevará a analizar, a nivel de CIJ, ciertos aspectos relacionados con la calificación de la infracción, y, cuando la prestación del servicio transfronteriza de lugar a un ilícito a distancia, los problemas relacionados con la concreción del lugar donde se produce el hecho dañoso. A nivel de ley aplicable, nos centraremos en el estudio del supuesto de hecho del art. 6 Reglamento nº 864/2007, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (RR II)⁷⁶, con el objeto de poder subsumir en él los ilícitos, objeto de estudio, e, igualmente, los problemas relativos a la concreción de la conexión del mercado afectado, como el juego de las normas internacionalmente imperativas, en lo referente a la regulación del supuesto.

A) Competencia judicial internacional

a) Calificación autónoma

19. El art. 5.3º RB I es un foro de competencia especial que engloba una gran diversidad de tipos de responsabilidad⁷⁷, que van desde las acciones que tienen como objeto el resarcimiento pecuniario de un daño, a las acciones que tratan de

⁷⁵ Concretamente, transformando en leyes de policía las disposiciones imperativas del Derecho de la UE, Cf. J.M. Espinar Vicente, “Contratación internacional y globalización. Autonomía material, autonomía conflictual y marco imperativo”, *Actualidad Civil*, nº 11, 2012, pp. 1184–1215, p. 1200. Otra manera de entender la cláusula prevista en el art. 3.4º RR I, es defendida por J.-M. Jacquet, “La aplicación de las leyes de policía en materia de contratos internacionales”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 35–48, p. 44; F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters, 2012, pp. 268–270, como una norma que internaliza en cierto modo un contrato internacional–comunitario, el cual pasa a ser considerado como un contrato interno desde la perspectiva del ordenamiento de la UE, quedando sometido a las disposiciones imperativas de este ordenamiento. En el mismo sentido también Dicho esto, se debe señalar que, pese a sus diferencias, las dos interpretaciones conducen al mismo resultado.

⁷⁶ DO L 199 de 31.7.2007.

⁷⁷ Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 6ª ed, Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters, 2011, p. 560.

prevenir y hacer cesar conductas ilícitas⁷⁸. En relación con la protección de los consumidores, el TJUE ha dejado bien claro que la noción de hecho dañoso comprende “no solamente las situaciones en las que un particular ha sufrido un perjuicio a título individual, sino también, en particular, los menoscabos del ordenamiento jurídico que resultan del uso de cláusulas abusivas que asociaciones (...) tienen encomendado evitar”⁷⁹, lo que permitiría someter a dicho foro de competencia a la acción de cesación con el objeto de obtener la prohibición del uso de aquéllas en los contratos celebrados por consumidores. Este pronunciamiento del TJUE reproduce los mismos caracteres de los supuestos que nos ocupan, en la medida en que el recurso por una entidad legitimada al derecho a ejercer la acción de cesación nace de la ley, y no de un contrato. Prueba de ello, el art. 42 Directiva 2006/123 modificó a la entonces Directiva 98/27/CE, relativa a la acciones de cesación en materia de protección de los intereses a los consumidores⁸⁰, para incluirla entre el grupo de normas armonizadoras en el ámbito del con-

⁷⁸ Con la nueva redacción del art. 5.3º RB I quedaban resueltas las dudas que durante los trabajos de revisión del CB había suscitado por su naturaleza preventiva la inclusión de las acciones colectivas de cesación dentro del ámbito de aplicación del art. 5.3º CB. Al respecto, *vid.* A. Borrás Rodríguez, “La revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano: una reflexión preliminar española”, en *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales*, Madrid, M. Pons, 1998, pp. 11–27, p. 23; M. Aguilar Benítez de Lugo y A. Rodríguez Benot, “La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una primera lectura”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 2, 1998, pp. 35–68, p. 44; G. Palao Moreno, “La revisión del Convenio de Bruselas de 1968: el caso del art. 5.3º”, en *La Revisión de los Convenios...*, *op. cit.*, pp. 317–324, p. 321.

⁷⁹ STJ 1 octubre 2002, as. C–167/00: *Henkel*, ap. 42.

⁸⁰ DO L 166 de 11.6.1998. Derogada poco después por la Directiva 2009/22/CE, de 23 abril 2009, con el mismo nombre (DO L 110 de 5.12.2007). Existe una evidente interacción entre el art. 5.3º RB I y la Directiva 2009/22, al tener como objetivo esta normativa, la libre circulación de acciones colectivas de cesación en materia de consumo. La Directiva 2009/22 establece el principio de reconocimiento mutuo de las entidades y asociaciones que cada Estado miembro habilite para la interposición de acciones de cesación, quedando exoneradas de acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos por las distintas legislaciones nacionales para determinar la capacidad para ser parte, sin perjuicio claro está de que hayan de probar los requisitos derivados de la legitimación material (*vid.*, al respecto, J.I. Paredes Pérez, “Las acciones colectivas en el RB I (una aproximación desde la perspectiva de los intereses de los consumidores)”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 351–371. En efecto, los órganos del orden jurisdiccional competente que conozcan de la acción interpuesta habrán de examinar si la finalidad de la entidad habilitada y los intereses afectados por la conducta frente a la que se ejercita aquélla guarda la necesaria relación que legitima efectiva y eficazmente, en el caso concreto, el ejercicio de la acción. En consecuencia, se pretende que la entidad habilitada justifique una relación entre el acto infractor que se lleva ante los tribunales y el ámbito de actuación y finalidad de esta entidad, relación que será evaluada caso por caso por el juez competente, de acuerdo con el derecho aplicable al fondo del asunto. Por lo tanto, será necesario que la entidad habilitada tenga, entre sus fines, la protección y tutela de los consumidores y usuarios y además, que el acto que se persigue afecte directamente a los intereses generales de los consumidores tutelados por aquel. De este modo, volviendo a los ejemplos propuestos, las entidades españolas habilitadas podrían interponer acciones de cesación ante los Tribunales ingleses y españoles, siempre que posean CJI, con el objeto de poner fin a las conductas ilícitas de un prestador establecido en

sumo, cuya infracción por un profesional permita la interposición de dicha acción colectiva⁸¹. En estos casos, el hecho delictual consiste en el menoscabo causado al ordenamiento jurídico como consecuencia del uso de prácticas y condiciones generales contrarias a la obligación prevista en el art. 20.2º Directiva 2006/123. En el caso del ejemplo primero, la acción colectiva por una entidad legitimada tendría como objeto obtener una orden conminatoria de cesación que prohíba al profesional, establecido en un Estado miembro, el uso de condiciones generales ilícitas, por infringir la obligación legal de no discriminación prevista en el art. 20.2º Directiva 2006/123, impidiendo el acceso al servicio a consumidores domiciliados en otro Estado miembro. En el ejemplo segundo, la acción colectiva de cesación por una entidad legitimada estaría igualmente comprendida en el art. 5.3º RB I, toda vez que se dirige a exigir la responsabilidad del prestador de servicios, no estando relacionada con la materia contractual, en el sentido del art. 5.1º RB I.

En efecto, es jurisprudencia consolidada del TJUE que el concepto de materia delictual o cuasidelictual comprende todas aquellas acciones que tienen por objeto que se acredite la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual, en el sentido del art. 5.1º RB I⁸²; esto es, engloba únicamente aquellas situaciones en las cuales una parte asume libremente un compromiso frente a otra. Como ha indicado recientemente el TJUE en el asunto *Brogssitter*⁸³, la mera circunstancia de que se trate de una acción interpuesta entre las partes de un contrato tampoco bastaría para considerar que está comprendida en la materia contractual. Únicamente podría considerarse contractual cuando el comportamiento recriminado deriva de un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato. Lo cual no es el caso de la acción colectiva de cesación en el segundo ejemplo, en la medida en que la entidad legitimada y el comerciante no están unidos por ninguna relación de carácter contractual. Puede ser cierto que el prestador de servicios haya celebrado ya contratos con determinados consumidores, infringiendo con ello la obligación legal que le impone el art. 20.2º Directiva 2006/123. Sin embargo, siguiendo al TJUE⁸⁴, tanto si la acción judicial es con-

Inglaterra, que tengan repercusiones negativas para los consumidores en España. Igualmente, tendrían legitimación las entidades inglesas habilitadas para interponer la correspondiente acción de cesación frente a las prácticas ilícitas de un prestador de servicios establecido en Inglaterra, que tengan sus efectos en el aquel país y afecten allí directamente a consumidores españoles.

⁸¹ En nuestro ordenamiento jurídico, la transposición se produce a través del art. 26 Ley 17/2009: “Frente a las conductas que infrinjan lo dispuesto en esta Ley susceptibles de lesionar los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, se podrá ejercer la acción prevista en el art. 53 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, estando legitimados para su ejercicio los sujetos previstos en el art. 54.1º de dicha ley”.

⁸² *Vid.*, por todas, la STJ 27 septiembre 1988, as. C-189/87: *Kalfelis*, ap. 17.

⁸³ STJ 13 marzo 2014, as. C-548/12: *Brogssitter*, ap. 23.

⁸⁴ STJ 1 octubre 2002, as. C-167/00: *Henkel*, ap. 38 y 39.

secuencia de un contrato que ya ha sido celebrado entre el comerciante y el consumidor, como si dicha acción reviste un carácter meramente preventivo tendente únicamente a evitar que se produzca un daño futuro, la entidad legitimada, que ha tomado la iniciativa del ejercicio de dicha acción, no será en ningún caso parte en el contrato. Desde la perspectiva del demandado, el comportamiento recriminado al demandado, en el segundo ejemplo, no deriva de la inobservancia de los derechos y obligaciones del contrato, como exige el TJUE⁸⁵. Desde la perspectiva del demandante, la entidad legitimada actúa basándose en un derecho que le ha sido atribuido por ley para prohibir el uso de prácticas que el legislador considera ilícitas en las relaciones entre un profesional y un consumidor. La entidad legitimada ejerce un derecho que la ley le confiere específicamente con el fin de obtener una orden judicial que prevenga conductas ilícitas. La acción colectiva de cesación tiene por objeto en este caso exigir la responsabilidad del prestador de servicios como consecuencia de la obligación extracontractual que le incumbe de abstenerse, en sus relaciones con los consumidores, de realizar determinados comportamientos que el legislador reprueba. En definitiva, del mismo modo que señalara el Abogado General en el asunto *Tacconi*⁸⁶, es la inobservancia de una norma legal que regula una conducta lo que constituye el delito o cuasidelito en el sentido del art. 5.3º RB I.

b) Ilícitos a distancia

20. Las entidades legitimadas pueden ejercitar la acción colectiva de cesación, amén del posible juego de la autonomía de la voluntad⁸⁷, ante los jueces y Tribunales del domicilio del demandado, o bien ante los Tribunales del Estado miembro donde se produce o se puede producir el hecho dañoso. Los supuestos más sencillos en la determinación espacial del foro de competencia del art. 5.3º RB I son aquellos en los que no hay una disociación entre el lugar de origen del daño y el lugar de resultado. En nuestro tema, por ejemplo, estas situaciones suceden cuando el consumidor se desplaza a otro Estado miembro para adquirir allí un servicio. Sin embargo, los principales problemas se suscitan cuando no coincide el lugar en el que sobreviene el daño con el lugar en el que se produce el hecho dañoso. Así acontece con la concreción del lugar donde se haya producido el daño en los ilícitos que, como en nuestros ejemplos, tienen lugar a través

⁸⁵ STJ 13 marzo 2014, as. C-548/12: *Brogssitter*, ap. 25 y 26.

⁸⁶ Conclusiones del Abogado General Geelhoed, presentadas el 31 enero 2002, en el as. C-334/00: *Tacconi*, ap. 76.

⁸⁷ Sobre la ausencia de un régimen específico en materia de competencia desleal y el juego de los foros de competencia judicial internacional del RB I, *vid.* P.A. de Miguel Asensio, "Bienes inmateriales, derecho de la competencia y responsabilidad extracontractual", en J.C. Fernández Rozas y otros, *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2009, pp. 145-146.

de internet⁸⁸. En estos casos, como ha señalado en reiteradas ocasiones el TJUE⁸⁹, la expresión lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso se refiere al mismo tiempo al lugar de materialización del daño y al lugar del hecho causal que lo originó.

21. Dentro del contexto de internet, el TJUE ha precisado que el lugar de la materialización del daño puede variar en función de la naturaleza del derecho supuestamente vulnerado⁹⁰. El riesgo de que un daño se materialice en un Estado miembro determinado está supeditado a que el derecho cuya vulneración se alega esté protegido en dicho Estado miembro⁹¹. Esta precisión la realiza el TJUE para distinguir entre las vulneraciones de los derechos de la personalidad y la infracción de un derecho de la propiedad intelectual o industrial, todo ello con el objetivo de identificar el órgano jurisdiccional que mejor puede apreciar el carácter fundado de la vulneración alegada. De este modo, la presunta víctima de una vulneración de los derechos de la personalidad cometida a través de un contenido *on line*, derechos que están protegidos en todos los Estados miembros, puede, sobre la base de la materialización del daño, ejercitar una acción de responsabilidad ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio dicho contenido sea o haya sido accesible⁹². En cambio, los derechos de propiedad intelectual o industrial, al estar sujetos al principio de territorialidad, las alegaciones relativas a su vulneración deben formularse ante los tribunales del Estado miembro de registro⁹³. Volviendo al tema que nos ocupa, no hay duda de que el derecho de los destinatarios de servicios a no ser discriminados en el mercado interior está protegido en todos los Estados miembros en virtud del art. 20.2º Directiva 2006/123⁹⁴, pero no es menos cierto que, una vez transpuesto en sus respectivos ordenamientos nacionales, cada Estado miembro debe proteger a los destinatarios de servicios de su territorio ante cualquier práctica discriminatoria que puedan afectarles. En los ejemplos de los que hemos partido, la entidad demandante legitimada solicitaría el cese de una práctica discriminatoria que afecte

⁸⁸ Sobre los problemas de aplicación del art. 5.3 RB I en la sociedad de la información, *vid.* C.I. Cordeiro Álvarez, “Algunos problemas de aplicación del art. 5.3º del Reglamento 44/2001”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 411–428.

⁸⁹ *Vid.* por todas STJ 7 marzo 1995, as. C–68/95: *Shevill*, ap. 20 y 21.

⁹⁰ STJ 3 octubre 2013, as. C–170/12: *Pinckney*, ap. 32.

⁹¹ STJ 19 abril 2012, as. C–523/10: *Wintersteiger*, ap. 25.

⁹² STJ 25 octubre 2011, as. ac. C–509/09 y C–161/10: *eDate Advertising GmbH*, ap. 52; *vid.* al respecto, P. de Miguel Asensio, “Competencia judicial y protección de los derechos de la personalidad en Internet”, *Diario La Ley*, nº 7787, 31 enero 2012, 1–6.

⁹³ SSTJ 19 abril 2012, as. C–523/10: *Wintersteiger*, ap. 25 y 28; y 3 octubre 2013, as. C–170/12: *Pinckney*, ap. 44.

⁹⁴ *Vid.* las normas de transposición del art. 20 Directiva 2006/123 en todos los Estados miembros en el Anexo I del Informe del Consejo, pp. 25–36.

a los destinatarios de servicios en territorio español, alegando la vulneración en España de la cláusula de no discriminación prevista en el art. 16.3º Ley 17/2009. De otra parte, a diferencia de los ámbitos sobre los que el TJUE ha concretado la materialización del lugar del daño, en los que se suscita la reparación de un daño, lo que está en juego en nuestro estudio es la prevención, o el cese, de una conducta ilícita. Se trata de un dato interesante, pues, desde la perspectiva del lugar de la materialización del daño, identifica directamente el Tribunal que mejor puede apreciar el carácter fundado de la vulneración alegada. En el contexto de nuestros dos ejemplos serían los Tribunales españoles, en la medida en que se trata de un derecho protegido por nuestros órganos jurisdiccionales y el daño se materializa dentro de su circunscripción territorial. En efecto, teniendo en cuenta la doctrina del TJUE⁹⁵, el riesgo de que un daño se materialice en España se derivaría de la posibilidad de obtener, sin exigir ninguna otra conexión adicional, acceso desde nuestro país al sitio web del prestador de servicios. Como se ha señalado en el asunto *Pinckney*⁹⁶, el art. 5.3º RB I, contrariamente al art. 15.1º.c) RB I, no exige que la actividad controvertida se dirija al territorio español. Por consiguiente, desde la perspectiva de la materialización del daño, las entidades legitimadas en velar por la aplicación del art. 20.2º Directiva 2006/123 (art. 54.1º TRLGDCU) podrían interponer la acción de cesación ante los Tribunales españoles.

22. Por último, por lo que respecta al lugar del hecho causal, las entidades legitimadas pueden asimismo plantear la acción colectiva de cesación ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del prestador de servicios, y, ello, con independencia del lugar de establecimiento del servidor desde donde efectúe la publicidad o anuncio para su propia comunicación comercial⁹⁷. De hecho, la sustanciación del litigio ante los Tribunales del Estado miembro del lugar de establecimiento del prestador de servicios deviene más apropiada que ante los Tribunales del Estado miembro del lugar de materialización del daño, pensando especialmente en la adopción de medidas cautelares o provisionales de cesación.

B) Ley aplicable

a) Problemas de calificación

23. La aplicación del RR II plantea ciertos problemas a nivel de calificación, que pasan inadvertidos en el ámbito de la CJI, toda vez que, a diferencia del RB

⁹⁵ STJ 3 octubre 2013, as. C-170/12: *Pinckney*, ap. 44.

⁹⁶ *Ibid.*, ap. 47, distanciándose de la línea propuesta por el Abogado General N. Jääskinen en este asunto, *vid.* a este respecto, Conclusiones presentadas el 13 junio 2013, as. C-170/12: *Pinckney*, nº 66.

⁹⁷ *Vid.* STJ 19 abril 2012, as. C-523/10: *Wintersteiger*, ap. 30-38.

I, donde solamente está previsto un foro de competencia especial genérico para todas las obligaciones no contractuales, el RR II contiene un doble régimen para determinar la ley reguladora de las obligaciones extracontractuales. En efecto, el RR II establece un régimen general que se aplica a todas aquellas obligaciones no contractuales que no disponen de una norma de conflicto específica. Desde la perspectiva de la temática que nos ocupa, este sistema dual en la determinación de la ley aplicable plantea problemas en relación con la identificación de la norma de conflicto finalmente aplicable. Si volvemos al primero de los ejemplos que hemos propuesto, las dudas se centran en la aplicación del régimen general, previsto en los arts. 14 y 4 RR II, o el régimen especial para los actos de competencia desleal, establecido en el art. 6 RR II. Cuando un prestador de servicios establecido en Inglaterra rechaza por razón de la nacionalidad el acceso al servicio a los consumidores españoles, la calificación *ex lege fori* nos situaría ante un acto de competencia desleal, en virtud del art. 16.1º Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD)⁹⁸, pero no ante una práctica comercial desleal con los consumidores, tal como define la Directiva 2005/29. En efecto, la transgresión del art. 16.1º LCD no constituye una práctica comercial desleal a los intereses de los consumidores. Así se desprende del art. 19 LCD y ello porque, aunque se produzca en relaciones entre profesionales y consumidores y pese a que sea lesivo para éstos, no es propiamente lesiva de sus intereses económicos sino de un interés social distinto. Si se quiere con otros términos, estaríamos ante una práctica comercial pero no desleal conforme a la Directiva 2005/29/CE⁹⁹. El comportamiento del prestador en el ejemplo encajaría en la definición prevista en el art. 19.2.2º TRLGDCU, que considera prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores a todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores¹⁰⁰. Sin embargo, no tipificaría la noción de deslealtad consagrada en el segundo párrafo del art. 4.1º LCD, al faltar el requisito de la distorsión significativa del comportamiento económico del consumidor, toda vez que la misma negación al acceso del servicio impide cualquier toma de decisión por

⁹⁸ BOE, 11-I- 1991. El art. 16.1º Ley 3/1991 considera desleal: “El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precio y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada”.

⁹⁹ Al respecto de las diferencias entre actos de competencia desleal y prácticas comerciales desleales, vid. M. Rebollo Puig, “Protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios”, en *La defensa de los consumidores...*, op. cit., pp. 364–372.

¹⁰⁰ Al respecto de la interpretación del art. 5.2º Directiva 2005/29, vid. SSTJ 23 abril 2009, as. ac. C–261/07 y C–299/07: *VTB–VAB y Galatea*, ap. 54; 19 septiembre 2013, as. C–435/11: *CHS Tour Services*, ap. 36.

parte de los consumidores nacionales españoles, y, por ende, toda posibilidad de que adopte un comportamiento económico¹⁰¹.

En estos casos, cuando se niegue por un prestador de servicios el acceso a los nacionales de otro Estado miembro, podría aflorar la duda sobre la aplicación de la norma de conflicto específica en materia de competencia desleal, o del régimen general del RR II. Se trata de un problema en torno al ámbito material de aplicación del párrafo primero del art. 6 RR II, particularmente si este tipo de actos se subsumen en la noción autónoma de deslealtad a los consumidores que describe el citado precepto. Pese a que la aplicación del art. 6 RR II, como del art. 4.1º RR II, conduzcan, por lo general, a la misma Ley, no se trata en absoluto de una cuestión baladí, en la medida en que la exclusión de estos actos ilícitos del art. 6 RR II pudiera permitir, por ejemplo, el juego de la autonomía conflictual (art. 14 RR II). A este respecto, una primera interpretación posible, basada exclusivamente en el uso del criterio sistemático, poniendo en relación el art. 6.1º RR II con la noción de prácticas comerciales desleales que consagra la Directiva 2005/29/CE, conduciría, como hemos visto, a excluir este tipo de actos discriminatorios del ámbito de aplicación material de la citada disposición. Otra interpretación más acertada, esta vez basada en el uso de criterios histórico, sistemático, teleológico y comparado, permite englobar en el supuesto de hecho del art. 6.1º RR II a los actos discriminatorios objeto de estudio¹⁰². En efecto, la Propuesta del RR II¹⁰³, como la versión definitiva, se refiere a actos de competencia desleal, no a prácticas comerciales desleales, cuando la suerte de ambos conceptos realmente puede diferir, en la medida en que forman dos círculos secantes y no tienen por qué coincidir. Hay actos de competencia desleales que no serían prácticas comerciales desleales y, viceversa, hay prácticas comerciales desleales que no serían actos de competencia desleales¹⁰⁴. De otro lado, a pesar

¹⁰¹ Al respecto de exigencia de la toma de la distorsión sustancial del comportamiento económico del consumidor en la toma de decisión, como elemento constitutivo de la deslealtad, *vid.* STJ 19 diciembre 2013, as. C-281/12: *Trento Sviluppo Srl*, ap. 30.

¹⁰² *Vid.* al respecto de los criterios hermenéuticos en la búsqueda de una noción autónoma del supuesto de hecho, nuestro trabajo, J.I. Paredes Pérez, “Sobre la conveniencia de una norma de conflicto bilateral sobre competencia desleal”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 427-440, esp. pp. 436-437.

¹⁰³ COM/2003/0427 final.

¹⁰⁴ *Vid.* a este respecto, R. García Pérez, “La reforma del Derecho contra la competencia desleal: ¿Hacia el Derecho de la lealtad?”, en J.A. Gómez Segade y A. García Vidal (eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. D. Carlos Fernández Novoa con motivo de su octagésimo cumpleaños*, Madrid, M. Pons, 2010, pp. 323-330, en esp. 325-328. Como afirma el autor, acto de competencia y práctica comercial no son conceptos equivalentes y ello porque el acto de competencia tiene una finalidad concurrencial, o sea, una finalidad de promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones, mientras que la práctica comercial no tiene que estar relacionada con esa promoción sino también con la venta o el suministro. Por eso la práctica comercial incluye conductas que no tienen que estar dirigidas a aumentar y ni siquiera a conservar o asegurar la propia clientela (que es lo propio de los actos de competencia) sino a influir en su comportamiento económico y que por ello

de que la Directiva 2005/29/CE contiene una armonización plena, lo que significa que los Estados miembros no pueden aumentar el ámbito de las prácticas comerciales prohibidas por lesivas a los intereses económicos de los consumidores, ni mantener prohibiciones anteriores más extensas, sin embargo, no limita la competencia de los Estados para declarar desleales otras prácticas no contempladas en ella¹⁰⁵. Así sería el caso de cuando se protegen los intereses de los consumidores de carácter no económico, como puede ser su salud o seguridad, el buen gusto y el decoro, o sus intereses sociales¹⁰⁶. Desde la perspectiva de nuestro sistema jurídico, no existe entonces ningún problema de deslealtad por discriminación de los consumidores (art. 16.1º LCD), sin que ello encuentre el más nimio obstáculo en la Directiva 2005/29/CE, como tampoco lo existe en las legislaciones de otros Estados miembros¹⁰⁷. Por último, la inclusión de los actos discriminatorios que impiden el acceso a los servicios en el supuesto de hecho del párrafo primer del art. 6 RR II estaría en justa correspondencia con el modelo social de la competencia desleal que consagra el citado recepto, que tiende a proteger la institución de la competencia, como valor institucional para garantizar el buen funcionamiento del mercado, en beneficio de todos los que participan en él, entre ellos de los consumidores. Por el contrario, debemos señalar que los problemas en torno a la aplicación o no del art. 6.1º RR II no se darían en los casos del segundo ejemplo, cuando el prestador inglés omite la información sobre la discriminación de los nacionales españoles y celebra el contrato, solicitándose posteriormente al consumidor el pago de una cantidad más elevada de la prevista en la oferta. Dicho supuesto encaja perfectamente en la noción de práctica comercial engañosa, en la medida en que sería considerada como desleal la ocultación por el profesional de la información sobre el tratamiento desigual a

no entran en el concepto de acto de competencia. Un ejemplo claro es la práctica del ap. 27 del Anexo de la Directiva 2005/29 que consiste en dificultar el ejercicio de sus derechos por el beneficiario de un seguro; es una práctica comercial desleal pero no es un acto de competencia porque no pretende ni captar ni asegurar la clientela.

¹⁰⁵ Vid. en este sentido, J. Massaguer, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2006, pp. 49-53.

¹⁰⁶ Vid. en este sentido, M. Rebollo Puig, "Protección de los legítimos...", *op. cit.*, p. 351.

¹⁰⁷ V.gr., el modelo social de competencia desleal está consagrado en Francia de manera un tanto curiosa, como dispersa. De un lado, la protección de los profesionales cae bajo el ámbito de la *notion de concurrence déloyale*, o sea de la cláusula general de responsabilidad civil (vid. W.J. Deremberg, "The Influence of the French Code Civil on Modern Law of Unfair Competition", *Am. J. Comp. L.*, vol. 14, 1955, pp. 1-34). De otro lado, la protección a los consumidores y el interés del mercado están comprendidos dentro del ámbito de la *concurrence illicite*, cuya expansión al ámbito de la competencia desleal es consustancial al modelo social. En este sentido, el tratamiento discriminatorio injustificado es considerado como una *pratique commerciale interdite*, a través del art. L 442-6 *Code de commerce sur les pratiques restrictives de concurrence*, en las relaciones entre comerciantes; y por el art. L 122-1 *Code de consommation*, en las relaciones con consumidores. A este respecto, vid. G. Ripert y R. Rablot, *Traité de droit commercial*, París, LGDJ, 1998, pp. 509-527.

los españoles, que hubiera sido relevante para que el destinatario adopte o hubiera podido adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa (art. 7.1º LCD)¹⁰⁸.

b) Ley del mercado afectado y normas materiales imperativas

24. Tal como dispone el art. 6.1º RR II, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal será la ley del país en cuyo territorio los intereses colectivos de los consumidores resulten o pueden resultar afectados. Del tenor de esta norma se colige que deviene irrelevante el país desde donde se introduce en Internet el contenido que irroga el presunto acto de competencia desleal, e, igualmente, con independencia de cual sea la nacionalidad o el establecimiento del prestador de servicios. Como es propio de este sector, el mercado constituye un elemento determinante para concretar el país cuya legislación sobre competencia desleal es aplicable en cada caso y para asegurar la coherencia en la ordenación del mercado¹⁰⁹. En efecto, el criterio del mercado afectado no es una conexión al uso, que se aplica directamente, sino que exige el cumplimiento in casu de las condiciones especiales de aplicación de la normativa de este sector¹¹⁰. De modo que, para concretar si el mercado español es el afectado, o si la normativa española tiene interés de aplicación, es preciso que el acto de competencia desleal produzca un efecto sustancial susceptible de perjudicar de manera suficientemente significativa alguno de los bienes protegidos por sus normas¹¹¹. El test de sustancialidad exige una valoración en cada caso de los aspectos cualitativos y cuantitativos de la repercusión de la conducta en nuestro mercado¹¹², junto con el objeto de la norma supuesta-

¹⁰⁸ A este respecto, *vid.* SSTJ 15 marzo 2012: *Perenocá y Perenic*, ap. 47; 19 septiembre 2013, as. C-435/11: *CHS Tour Services*, ap. 42; 19 diciembre 2013, as. C-281/12: *Trento Sviluppo Srl*, ap. 32 y 34.

¹⁰⁹ Cf. P. de Miguel Asensio, *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid, Iustel, 2005, p. 225. Sobre los actos de competencia desleal dirigidos al mercado su justificación en M. Virgós Soriano, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 136-138; A.L. Calvo-Caravaca y J. Carrascosa González, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El RR II*, Granada, Comares, 2008, pp. 158-160.

¹¹⁰ Cf. J.D. González Campos, "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation", *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, pp. 9-426, p. 1225. También P. Rodríguez Mateos, "Competencia Desleal", en *Derecho del comercio internacional*, J.C. Fernández Rozas (dir.), Madrid, Eurolex, 1997, p. 188.

¹¹¹ Cf. M. Virgós Soriano, *El comercio internacional...*, *op. cit.*, p. 53. En relación con la justificación funcional del criterio de conexión, *vid.* nuestro trabajo, J.I. Paredes Pérez, "Sobre la conveniencia...", *loc. cit.*, pp. 436-437.

¹¹² Sobre el test de sustancialidad, *vid.* M. Virgós Soriano, *El comercio internacional...*, *op. cit.*, pp. 76-78. En el ámbito específico de internet, cuando la comunicación pública es difundida a través de páginas o sitios web, *vid.* P. de Miguel Asensio, *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pp. 244-247; A.L. Calvo-Caravaca y J. Carrascosa González, *Conflictos de leyes y jurisdicción en internet*, Madrid, Colex, 2000, p. 148.

mente infringida. Precisamente, el examen de la sustancialidad de los efectos deviene apropiado en todos aquellos casos en que la propia internacionalidad del medio sea la que hace que la práctica comercial alcance nuestro mercado. Por esta razón, la mera accesibilidad a la publicidad contenida en un sitio web no es suficiente para considerar afectado el mercado español¹¹³, siendo preciso algún dato objetivo que permita concretar el criterio de los efectos. Volviendo al tema que nos ocupa, uno de los criterios que permite considerar afectado el mercado español sería el abuso por el prestador en el ejercicio de su libertad para determinar el ámbito geográfico de su actividad dentro del mercado europeo. Así sucedería en el ejemplo primero, en presencia de restricciones en la web que expresen clara y objetivamente su vocación de no ofrecer los servicios a nacionales españoles. Aún cuando la publicidad pueda producir efectos en otros mercados distintos (v.gr., el mercado inglés, al orientarse la información, según su contenido, a dicho país y a sus consumidores), igualmente produciría efectos en España, en la medida en que la exclusión de sus nacionales perjudicaría de manera suficientemente significativa uno de los bienes jurídicos protegidos por sus normas de competencia desleal (interés de los consumidores, ex art. 16.1º LCD)¹¹⁴.

25. No obstante, en caso de eventual CJI de los Tribunales españoles, si, de acuerdo a la norma de conflicto, resultara de aplicación una ley extranjera, al producir la publicidad del prestador efectos en ese concreto país extranjero, la aplicación de la Ley 17/2009 (por tanto de la cláusula no discriminatoria prevista en su art. 16.3º), estaría fuera de toda duda¹¹⁵. Su condición de norma internacionalmente imperativa de la *lex fori* hace que resulte aplicable, cualquiera que sea la *lex causae*¹¹⁶, a todas aquellas situaciones comprendidas en sus esfera de aplicación (art. 16 RR II). Concretamente, el art. 2.1º Ley 17/2009 contiene una norma de extensión, que delimita expresamente su ámbito espacial de aplicación a los servicios que son ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro. En los dos ejemplos

¹¹³ Cf. P. de Miguel Asensio, *Derecho privado de internet*, 3ª ed, Madrid, Civitas, 2002, pp. 204–205.

¹¹⁴ Este caso no difiere en nada de los supuestos de deslealtad, que se refiere M. Virgós Soriano, *El comercio internacional...*, op. cit., p. 72, con motivo de la publicidad en España dirigida exclusivamente a extranjeros en España.

¹¹⁵ Al respecto de la incidencia de normas internacional imperativas en el ámbito de la competencia desleal, P.A. de Miguel Asensio, *Régimen jurídico...*, op. cit., pp. 264–276.

¹¹⁶ La consecuencia de este carácter internacionalmente imperativo de la regla de no discriminación no es tan determinante cuando la *lex causae* sea la de otro Estado miembro, como acontece con la aplicación del art. 6.1º RR II a supuestos de prestación transfronteriza de servicios, no resultando afectado el mercado español. Por el contrario, su incidencia resulta palmaria, en caso de no aplicación del art. 6.1º RR II, a resultas de una posible elección del ordenamiento de un tercer Estado (art. 14 RR II).

propuestos, el art. 16.3º Ley 17/2009 resultaría de aplicación, al ser el mercado español no solamente el mercado de publicidad, sino también de venta.

26. Por último, como nota común a las dos soluciones anteriores (aplicación del art. 16.1º LCD –art. 6.1º RR II–, o art. 16.3º Ley 17/2009 –art. 16 RR II–), podrá tenerse en cuenta, en la valoración de la justificación o no de la discriminación en criterios objetivos de tipo jurídico, como una cuestión de hecho, y en la medida en que sea procedente, las normas pertenecientes a un ordenamiento distinto de la *lex causae* y la *lex fori* (art. 17 RR II).

V. Cooperación de autoridades

27. La Directiva 2006/123 establece un marco de cooperación administrativa entre las autoridades de los Estados miembros que obliga a prestarse asistencia mutua en la supervisión de las actividades transfronterizas de los prestadores de servicios. Dicha supervisión abarca actividades tales como controles e indagación, resolución de problemas, ejecución e imposición de sanciones y las consiguientes actividades seguimiento. Nuestro propósito con este apartado no es ofrecer un tratamiento detallado del marco de cooperación, toda vez que desbordaría el propósito del trabajo, sino poner de relieve dos aspectos que demandan nuestro interés en relación con el objeto del presente estudio. El primer aspecto está relacionado con el numeral segundo del art. 29 Directiva 2006/123, que reza lo siguiente: “El Estado miembro de establecimiento procederá a las comprobaciones, inspecciones e investigaciones que le solicite otro Estado miembro e informará a este último de los resultados y, cuando proceda de las medidas adoptadas. Al hacerlo, las autoridades competentes actuarán dentro de los límites de las competencias que tengan asignadas en su Estado miembro. Las autoridades competentes podrán decidir las medidas más adecuadas para cada caso con el fin de responder a la petición de otro Estado miembro”. El tenor de la disposición descrita parece sugerir, en relación con el tema que nos ocupa, el ejercicio de la potestad sancionada por la autoridad competente del Estado miembro de establecimiento (Estado requerido) en relación con las infracciones al art. 20.2º Directiva 2006/123, que tienen su origen en su territorio y dejan sentir sus efectos en el territorio de otro Estado miembro (Estado requirente).

28. Dicha potestad, señala el art. 29 Directiva 2006/123, deberá ejercerla la autoridad requerida, como no puede ser de otra manera, dentro de los límites de competencia establecidos en su ordenamiento. Precisión que, en el caso del ordenamiento jurídico español, nos sitúa ante el art. 47.1º TRLGDCU, a la luz de la remisión que efectúa la disposición adicional quinta de la Ley 17/2009 a la

normativa estatal de protección al consumidor. A este respecto, el art. 47.1º TRLGDCU afirma la competencia de las autoridades españolas para sancionar en materia de consumo aquellas infracciones cometidas en territorio español con independencia de la nacionalidad, el domicilio o el lugar en que radiquen los establecimientos del responsable¹¹⁷. Con lo cual, a la vista del criterio territorial que utiliza, no parece que resulte satisfecho el objetivo de cooperación que marca la Directiva 2006/123, en la medida en que el art. 47.1º TRLGDCU delimita la potestad sancionadora de nuestras autoridades frente a los prestadores establecidos en territorio español únicamente en los casos de que la infracción hubiera sido cometida en España. Ello conduce, por tanto, a lagunas de punibilidad, al quedar fuera del ámbito competencial de nuestras autoridades la posibilidad de sancionar a los prestadores establecidos en España cuando la infracción hubiera tenido lugar o produzca perjuicios fuera de territorio español. Dichas lagunas quedan, sin embargo, colmadas a través del art. 29.3º Ley 17/2009, que incorpora al Ordenamiento jurídico español la supervisión por nuestras autoridades competentes de prestadores establecidos en territorio español, incluso ante infracciones que: “Las autoridades competentes españolas velarán por el cumplimiento de los requisitos impuestos al prestador establecido en territorio español, aunque el servicio de que se trate se preste o provoque perjuicios en otros Estados miembros”. En suma, el cumplimiento de la obligación que establece la Directiva 2006/123 ha obligado a nuestro legislador a alterar el modelo de intervención administrativa en el sector de servicios con consumidores, adicionando, junto al criterio territorial del lugar de comisión de la infracción, un criterio de competencia de naturaleza personal, como el establecimiento del prestador de servicios en territorio español.

29. Para concluir, a la vista del objetivo principal que posee el marco de cooperación administrativa que establece la Directiva 2006/123, la supervisión de los prestadores de servicios, se echa en falta la adopción de mecanismos de asistencia recíproca relacionados con las solicitudes de aplicación necesarias para poner término o prohibir inmediatamente la infracción de los derechos de los destinatarios de servicios. En efecto, el marco de cooperación administrativa entre autoridades parece más preocupado por conciliar las labores de supervisión con los derechos que les asisten a los prestadores de servicios en el ejercicio de la libre circulación, que en garantizar la protección a los destinatarios de servicios. Buena prueba de la falta de un procedimiento de asistencia bien coordinado en relación con la infracción de los derechos de los destinatarios es, por las noticias que tenemos hasta la fecha, la ausencia de medidas coercitivas por los Esta-

¹¹⁷ Al respecto de esta disposición, *vid.* M. Izquierdo Carrasco, “Potestad sancionadora...”, *loc. cit.*, pp. 683–686.

dos miembros en situaciones en las que los prestadores de servicios infringen el art. 20.2º Directiva 2006/123. A nuestro juicio, lo ideal sería la creación de un organismo de control europeo, al estilo del que existen en el marco del Derecho de la competencia, que realizara las labores de supervisión y control. No obstante, a la vista de las dificultades que entrañaría esta última opción, sería conveniente que, en una futura revisión, se incluyera, en lo que a consumidores—destinatarios se refiere, la Directiva 2006/123 en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 2006/2004, de 27 octubre 2004, sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores¹¹⁸. La razón que milita a favor de dicha inclusión no es otra que el Reglamento nº 2006/2004 es una normativa dirigida específicamente a establecer las condiciones que garantizan el cumplimiento de la normativa europea de protección al consumidor por las autoridades de los Estados miembros designadas competentes para aplicar dicha legislación. De este modo, la infracción de la cláusula discriminatoria del art. 20.2º Directiva 2006/123 pasaría a ser calificada, a efectos del Reglamento nº 2006/2004, como una infracción intracomunitaria, esto es: todo acto u omisión contrario a la legislación protectora de los intereses de los consumidores, que perjudique o pueda perjudicar los intereses colectivos de los consumidores que residen en uno o varios Estados miembros distintos del Estado miembro en el que se originó o tuvo lugar el acto u omisión en cuestión, o en el que esté establecido el profesional. Concretamente, el Reglamento 2006/2004 prevé en su Capítulo II y III un procedimiento de asistencia mutua a través de autoridades competentes designadas por los Estados miembros¹¹⁹, no solo de información, sino también de solicitudes de medidas de aplicación, que permite a la autoridad requerida, donde tiene su establecimiento el profesional infractor, la adopción de las medidas necesarias (administrativas o civiles) para poner término a la infracción, o encargar a una entidad habilitada con interés legítimo el ejercicio de las oportunas medidas de cesación de la infracción intracomunitaria.

VI. Conclusión final

30. En el transfondo del art. 20.2º Directiva 2006/123 subyace la pugna entre la libertad de los prestadores para determinar libremente el ámbito territorial o geográfico donde dirigir sus actividades de servicios dentro de la UE y el dere-

¹¹⁸ DO L 364 de 9.12.2004.

¹¹⁹ Dando lugar a la creación de la *CPC-Network*, vid a este respecto, la Comunicación de la Comisión de conformidad con el art. 5, ap. 2 Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, en relación con las autoridades competentes y las oficinas de enlace únicas (DO C 244 de 10.9. 2010).

cho de los destinatarios a no ser discriminados en su acceso y ejercicio. Buscando un equilibrio de intereses, el legislador europeo no impone un deber a los prestadores consistente en permitir el acceso, y, en su caso, a prestar su actividad, a todos los destinatarios residentes en otros Estados miembros. Lo que establece realmente el art. 20.2º Directiva 2006/123, es una obligación general a los prestadores de no discriminar injustificadamente dicho acceso y ejercicio a los destinatarios en razón de su nacionalidad o residencia en otro Estado miembro. En consecuencia, el derecho de los destinatarios de servicios, a no ser discriminados en razón de la nacionalidad o la residencia, se erige en el límite infranqueable de la libertad de los prestadores, so pena de tener que responder por su incumplimiento, en todos aquellos casos en que les resulte imposible justificar objetivamente el trato discriminatorio. Desde una perspectiva internacional privatista, no es posible hallar un principio general aplicable a todas las acciones judiciales que da lugar el incumplimiento del art. 20.2º Directiva 2006/123, en la medida en que la responsabilidad del prestador puede nacer de otra fuente de obligaciones distinta del contrato, como sería el caso de las acciones colectivas de cesación en el ámbito de la competencia desleal. Otras veces, por el contrario, la responsabilidad del prestador tiene naturaleza contractual, merced a las consecuencias que genera dentro del contrato el incumplimiento de esta obligación legal internacionalmente imperativa. En definitiva, la delimitación entre los dos regímenes de responsabilidad civil deviene un *prius*, del que depende el tratamiento de las consecuencias del incumplimiento, a nivel de CJI, como de ley aplicable. Todo ello, con independencia, de las posibles medidas de naturaleza administrativa, susceptibles de adoptar en el marco de la cooperación de autoridades que establece la propia Directiva 2006/123.

Bibliografía

- Aguilar Benítez de Lugo, M. y A. Rodríguez Benot: “La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una primera lectura”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1998, nº 2, pp. 35–68.
- Borrás Rodríguez, A.: “La revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano: una reflexión preliminar española”, en *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales*, Madrid, M. Pons, 1998, pp. 11–27.
- Calvo Caravaca, A.L. y J. Carrascosa González: *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*, Granada, Comares, 2008.
- Calvo–Caravaca, A.L. y J. Carrascosa González: *Conflictos de leyes y jurisdicción en internet*, Madrid, Colex, 2000.
- Cámara Lapuente, S.: “El concepto legal de ‘consumidor’ en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1, 2011, pp. 84–117.

- De la Quadra-Salcedo Janini, T.: “Mercado interior y Directiva de servicios”, *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 42, 2011, pp. 257–293, esp. pp. 263–269.
- De La Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, T.: “Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios en el mercado interior”, en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Madrid, M. Pons 2009, pp. 83–127.
- De Miguel Asensio, P.: *Derecho privado de internet*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2002.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Bienes inmateriales, derecho de la competencia y responsabilidad extracontractual”, en J.C. Fernández Rozas y otros, *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2009, pp. 145–146.
- De Miguel Asensio, P.A.: *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid, Iustel, 2005.
- Deremberg, W.J.: “The Influence of the French Code Civil on Modern Law of Unfair Competition”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 14, 1955, pp. 1–34.
- Espinar Vicente, J.M.: “Contratación internacional y globalización. Autonomía material, autonomía conflictual y marco imperativo”, *Actualidad Civil*, nº 11, 2012, pp. 1184–1215.
- Fallon, M.: “Le domaine spatial d’un code européen de droit international privé. Emergence et modalités de règles de caractère universel”, en M. Fallon, P. Lagarde y S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas, P.I.E. Peter Lang, 2011, pp. 137–184.
- Fernández Rozas, J.C. y S. Sánchez Lorenzo: *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters, 2011, p. 560.
- García Pérez, R.: “La reforma del Derecho contra la competencia desleal: ¿Hacia el Derecho de la lealtad?”, en J.A. Gómez Segade y A. García Vidal (eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. D. Carlos Fernández Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Madrid, M. Pons, 2010, pp. 323–330.
- Garcimartín Alférez, F.J.: “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, nº. 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008.
- Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters, 2012.
- Gardeñes Santiago, M.: “La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, 1996, pp. 863–877.
- Garrone, P.: “La discrimination indirecte en droit communautaire: vers une théorie générale”, *Rev. trim. dr. eur.*, nº 3, 1994, pp. 425–448.
- González Campos, J.D.: “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, pp. 9–426.
- Izquierdo Carrasco, M.: “Potestad sancionadora. Infracciones y sanciones”, en M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco (dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Córdoba, Iustel, 2011, pp. 702–889.
- Jacquet, J.M.: “La aplicación de las leyes de policía en materia de contratos internacionales”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 35–48.
- Massaguer, J.: *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters, 2006.
- Palao Moreno, G.: “La revisión del Convenio de Bruselas de 1968: el caso del art. 5.3”, en *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales*, Madrid, M. Pons, 1998, pp. 317–324.
- Paredes Pérez, J.I.: “La noción de consumidor y el papel residual de la calificación *ex lege causae* en el Derecho internacional privado comunitario”, *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 3, 2009, pp. 45–66.

- Paredes Pérez, J.I.: “Las acciones colectivas en el RB I (una aproximación desde la perspectiva de los intereses de los consumidores)”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 351–371.
- Paredes Pérez, J.I.: “Sobre la conveniencia de una norma de conflicto bilateral sobre competencia desleal”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 427–440.
- Rebollo Puig, M.: “Protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios”, en M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco (dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Córdoba, Iustel, 2011, pp. 364–372.
- Ripert, G. y R. Rablot: *Traité de droit commercial*, París, LGDJ, 1998.
- Rodríguez Mateos, P.: “Competencia Desleal”, en *Derecho del comercio internacional*, J.C. Fernández Rozas (dir.), Madrid, Eurolex, 1997, p. 188.
- Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002.
- Sánchez Lorenzo, S.: “Libertades comunitarias y nacionales de terceros Estados”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 263–267.
- Virgós Soriano, M.: *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1993.

LA APLICABILIDAD ESPACIAL DEL DERECHO MEDIOAMBIENTAL EUROPEO, SU INTERACCIÓN CON LA NORMA DE CONFLICTO EUROPEA EN MATERIA DE DAÑOS AL MEDIOABIENTE: APUNTES PRELIMINARES

Eduardo ÁLVAREZ ARMAS *

SUMARIO: I. Introducción. II. Principales características de ambos cuerpos normativos: 1. El micro-régimen de DIPr medioambiental de la UE: A) Ley aplicable al daño medioambiental (el art. 7 del Reglamento Roma II); B) Los foros de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I. 2. El Derecho medioambiental de la UE. III. Funciones de ambos cuerpos normativos y su interrelación: 1. Las funciones del micro-régimen de DIPr medioambiental de la UE. 2. Las funciones del Derecho medioambiental de la UE. 3. La interacción entre ambos cuerpos normativos desde una perspectiva funcional. IV. Descartando el paradigma “Derecho público – Derecho privado”. V. Aproximación al ámbito de aplicación espacial del Derecho medioambiental de la UE: 1. Presupuestos teóricos: el estudio de la aplicación espacial del Derecho de la competencia en la UE y su eventual transposición. 2. Interés práctico del estudio de estas cuestiones 3. Breve análisis de la aplicación espacial del Derecho medioambiental de la UE. VI. Conclusiones

RESUMEN: La entrada en aplicación del RR II hace necesario plantearse cuál es la relación existente entre su art. 7 (ley aplicable a los daños al medioambiente) y el Derecho medioambiental de la UE. Al hilo de estudios realizados recientemente sobre la interacción del art. 6.3º del mismo Reglamento (ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de actos que restrinjan la libre competencia) con el Derecho europeo de la competencia cabe preguntarse si el referido art. 7 –junto a foros de competencia judicial internacional relevantes en el RB I– podría cumplir con un papel de *private enforcement* respecto a la política y Derecho medioambientales europeos. Dicha pregunta conlleva la necesidad de analizar por una parte cuál es la función de ambos grupos de normas –DIPr “medioambiental” y Derecho medioambiental sustantivo de la UE– y como se interrelacionan, y por otro, cómo se definiría la aplicabilidad espacial del Derecho medioambiental de la UE ¿Multilateralmente a través propio art. 7 del RR II? ¿Unilateralmente? Y si éste fuera el caso ¿podría dicha determinación unilateral llegar a conllevar una aplicación extraterritorial del mismo?

PALABRAS CLAVE: REGLAMENTO ROMA II – DAÑO MEDIOAMBIENTAL – DERECHO MEDIOAMBIENTAL EUROPEO – APLICABILIDAD ESPACIAL – PRIVATE ENFORCEMENT.

* Research Fellow del Fondo Nacional de Investigación Científica de Bélgica (FNRS), adscrito a l’Université catholique de Louvain.

ABSTRACT: *The entry into application of the Rome II Regulation entails the need of assessing the relationship between its article on the law applicable to environmental tort—article 7—and the environmental law of the EU. Taking into account previous studies on the interaction of article 6.3 of the same Regulation (law applicable to the non-contractual obligation arising from acts restricting free competition) with European competition law, it may be useful to consider whether article 7—together with relevant heads of jurisdiction in the Brussels I Regulation—may play a role of private enforcement of the European environmental policy and law. This question points to the need of analyzing, on the one hand, which are the functions of each set of rules—“Environmental” PIL and material environmental law—and how they interact, and, on the other hand, how the environmental law of the EU defines its territorial scope of application: Is it done multilaterally through article 7 of the Rome II Regulation? Is it done unilaterally? And if so, may it amount to an extraterritorial application of such rules?*

KEY WORDS: *ROME II REGULATION—ENVIRONMENTAL TORT—EUROPEAN ENVIRONMENTAL LAW—SPATIAL SCOPE OF APPLICATION—PRIVATE ENFORCEMENT.*

I. Introducción

Desde la entrada en aplicación del Reglamento “Roma II” (RR I)¹, la Unión Europea dispone de un micro-régimen de Derecho internacional privado (DIPr) capaz de tratar la responsabilidad extracontractual por daños al medioambiente. Dicho micro-régimen está conformado por la combinación del art. 7 del referido Reglamento—que establece la ley aplicable a los daños al medioambiente— con al menos dos foros de competencia judicial internacional de los contenidos en el RB I²: a saber, el foro general del domicilio del demandado, y el foro especial en materia delictual o cuasi-delictual³. Este micro-régimen de DIPr viene a sumarse a un vasto cuerpo de Derecho medioambiental—sustantivo— preexistente en el ordenamiento jurídico europeo: durante las últimas décadas, la UE, y con anterioridad, la Comunidad Europea y la Comunidad Económica Europea, han dedicado un importante esfuerzo legislativo a la conservación, protección y mejora del medioambiente. Este era ya el caso antes de la introducción en los Tratados europeos, a través del Acta Única Europea, de un título competencial específico

¹ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), L 199/40, 31.7.2007.

² Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, L12/1, 16.1.2001. A partir del 15 enero 2015 el mismo será sustituido por el RB I bis (Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), L 351/1, 20.12.2012. El contenido de los artículos que interesan a esta contribución (arts. 2 y 5.3° en el primero y arts. 4 y 7.2° en el segundo) permanece inalterado de un instrumento al otro.

³ Ello sin perjuicio de la eventual pertinencia de otras disposiciones en el propio Reglamento, y sin perjuicio de la pertinencia de foros de competencia judicial internacional autónomos si el Reglamento no resultara aplicable por no encontrarse el demandado domiciliado en un Estado Miembro de la Unión Europea.

en materia medioambiental⁴. Con el tiempo, el referido esfuerzo legislativo ha cristalizado en una política medioambiental europea consolidada, y una profusión de directivas, reglamentos y decisiones que abarcan un amplio espectro de cuestiones medioambientales. Entre dichos instrumentos europeos ocupa una posición preeminente la Directiva 35/2004/CE sobre responsabilidad medioambiental⁵.

La referida entrada en aplicación del RR II hace necesario plantearse cuál es la relación existente entre el referido micro-régimen de DIPr “medioambiental” y el Derecho medioambiental –sustantivo– de la UE. Recientemente se han realizado estudios sobre la interacción de otros artículos del RR II con otros sectores del ordenamiento jurídico europeo, como por ejemplo, la interacción del art. 6.3º (sobre la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de actos que restrinjan la libre competencia) con el Derecho europeo de la competencia⁶. Dichos estudios profundizan en la línea trazada por la Comisión Europea, que concibe el art. 6.3º RR II como un vehículo de *private enforcement*⁷ –es decir, de aplicación mediante el ejercicio de acciones entre sujetos privados– del Derecho y de la política europea de la libre competencia. En este sentido, ¿Cabría concebir que el art. 7 RR II pudiera cumplir con un papel similar respecto a la política y Derecho medioambientales europeos? Dicho planteamiento llevaría a la necesidad de analizar por una parte cuál es la función de ambos grupos de normas, y como se interrelacionan, y por otro, –como se ha hecho en el marco de los estudios sobre el *private enforcement* del Derecho europeo de la competencia⁸– cómo se definiría la aplicabilidad espacial del Derecho medioambiental de la UE ¿Su aplicabilidad espacial vendría determinada por el propio art. 7 RR II?

⁴ Los actos adoptados con anterioridad surgen de la competencia de la Comunidad Económica Europea para aproximar legislaciones para el establecimiento y desarrollo del Mercado Interior (actual art. 114 TFUE).

⁵ Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 abril 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, DO L 143/56, 30.4.2004.

⁶ Vid. E. Rodríguez Pineau, “Conflict of Laws Comes to the Rescue of Competition Law: The New Rome II Regulation”, *J. Priv. Int’l L.*, 2009, pp. 311 ss; S. Francq & W. Wurmnest, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, en J. Basedow, S. Francq y L. Idot (eds.), *International Antitrust Litigation – Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart, 2012. La obra editada por J. Basedow, S. Francq y L. Idot trata íntegramente sobre diversos aspectos de la interacción del DIPr en general con el Derecho de la competencia.

⁷ Vid. en lo que se refiere al *private enforcement* los documentos puestos a disposición del Público por la Comisión Europea en el enlace siguiente: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> (consultado por última vez el 12 abril 2014). Entre los mismos destacan la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (COM(2013) 404 final, Estrasburgo, 11 junio 2013), así como los correspondientes “Libro Verde” y “Libro Blanco”.

⁸ S. Francq y W. Wurmnest, *op. cit.*, pp. 92, 107–117.

O, por el contrario, ¿sería capaz dicho Derecho de establecer unilateralmente su propio ámbito de aplicación espacial? Y si éste fuera el caso ¿podría dicha determinación unilateral llegar a conllevar una aplicación extraterritorial del mismo? Obviamente, dada su limitada extensión, la presente contribución sólo pretende perfilar modestamente las cuestiones sugeridas, plantear algunos interrogantes y realizar algunos apuntes preliminares, sin perjuicio de futuras profundizaciones en las mismas.

En las próximas páginas consideraremos los aspectos siguientes: comenzaremos presentando brevemente las características más esenciales tanto del micro-régimen de DIPr “medioambiental” de la UE, como las del amplísimo Derecho medioambiental de la Unión Europea (II.1 y II.2). Esto nos permitirá establecer las respectivas funciones de ambos conjuntos de normas, y la relación que, desde una perspectiva funcional, se establece entre los mismos (III). Seguidamente consideraremos la aplicabilidad espacial del Derecho medioambiental de la UE. Respecto a este punto procederemos en dos tiempos: en primer lugar (IV), explicaremos escuetamente por qué no entraremos a considerar si el Derecho medioambiental de la UE debe de ser etiquetado como Derecho público a efectos de la determinación de su aplicabilidad en el espacio. A continuación realizaremos el análisis propiamente dicho de su ámbito de aplicación espacial (V). Con base en el referido análisis, intentaremos extraer algunas conclusiones preliminares (VI) que puedan dar lugar a debate, sin perjuicio de futuras profundizaciones en el tema.

II. Principales características de ambos cuerpos normativos

El punto de partida del presente artículo está constituido por una somera caracterización de los dos conjuntos normativos cuya interrelación se pretende estudiar: El micro-régimen de DIPr medioambiental y el Derecho medioambiental –sustantivo– de la UE.

1. El micro-régimen de DIPr medioambiental de la UE

El planteamiento que ha llevado a considerar que el DIPr puede constituir una contundente herramienta de política medioambiental a nivel internacional, y a la configuración del referido micro-régimen de DIPr medioambiental es relativamente simple: Si los daños al medioambiente son concebidos como fuentes de obligaciones extracontractuales a cargo de los contaminadores y a favor de las víctimas, y si, por consiguiente, se elaboran reglas de DIPr que tengan como obje-

tivo –o como efecto colateral– beneficiar a las víctimas, se provocará un fuerte efecto preventivo en los potenciales contaminadores⁹.

Veamos cómo se compendian estas ideas de un modo directo en el ámbito de la ley aplicable (A), y colateralmente en el ámbito de la competencia judicial internacional (B).

A) Ley aplicable al daño medioambiental (el art. 7 RR II)

El art. 7 RR II permite a la víctima de un daño medioambiental escoger la ley aplicable entre el Derecho del estado en el que se manifiesta el daño –resultado dañoso– y el de aquel en el que se produce el hecho causal –acción u omisión– que da lugar al mismo. Dicha posibilidad de elección debería permitir que las víctimas maximizaran en términos económicos la reparación de los daños medioambientales acaecidos para así provocar el referido efecto preventivo en potenciales contaminadores. Dicha lógica debería, en principio, desembocar en un aumento del nivel de protección medioambiental a nivel internacional¹⁰. El considerando nº 25 RR II esquematiza la relación entre estas ideas al establecer que es el art. 174 TCE –actual art. 191 TFUE– “que contempla un elevado nivel de protección, basado en los principios de cautela y acción preventiva, en el principio de corrección en la fuente misma y en el principio de quien contamina paga” el que

⁹ Ideas esencialmente extraídas del memorando explicativo que acompañó a la propuesta de RR II (COM(2003) 427 final, Bruselas, 22 julio 2003), p.20–21.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 20–21. La Comisión Europea justifica el recurso al mecanismo descrito en los términos siguientes:

“La norma uniforme propuesta en el art. 7 presenta como solución principal la aplicación de la norma general [del Reglamento], es decir la aplicación de la ley del lugar donde se haya producido el daño medioambiental, concediendo al mismo tiempo una opción a la víctima que puede elegir la ley del lugar del hecho generador.

La fijación de principio a la ley del lugar donde se produce el hecho dañoso se ajusta a los recientes objetivos de la política legislativa en cuanto a protección del medio ambiente que favorece la responsabilidad objetiva, estricta. La solución favorece también una política preventiva, obligando a los operadores instalados en un país de bajo nivel de protección a tener en cuenta el nivel más elevado de los países vecinos, reduciendo el interés de un operador a instalarse en un país de bajo nivel de protección. La norma contribuye así al aumento general del nivel de protección del medio ambiente.

No obstante la fijación exclusiva del lugar donde se produce el hecho dañoso significaría también que una víctima establecida en un país de bajo nivel de protección no se beneficiaría del nivel más elevado de los países vecinos. Respecto a los objetivos más generales de la Unión en cuanto al medio ambiente, no se trata sólo de respetar las legítimas expectativas de la víctima, sino de establecer una política legislativa que contribuya a aumentar el nivel de protección del medio ambiente en general, tanto más cuanto el autor del daño medioambiental, contrariamente a otros delitos, obtiene en general un beneficio económico de su actividad perjudicial. La aplicación únicamente de la ley del lugar del hecho dañoso podría, en efecto, incitar a un operador a instalarse en la frontera para introducir productos nocivos en un río, contando con la normativa menos estricta del país vecino. Tal solución sería contraria a la filosofía subyacente del derecho material europeo del medio ambiente y su principio “*the polluter pays*”.

“justifica plenamente el recurso al principio de favorecer a la víctima” (*principio favor laesi*)¹¹.

La definición de lo que debe entenderse por “daños al medioambiente” no figura en el art. 7 RR II. La misma se encuentra en el considerando nº 24 de dicho Reglamento, que establece que

“... [p]or ‘daño medioambiental’ debe entenderse el cambio adverso de un recurso natural, como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña ese recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público, o un perjuicio a la variabilidad entre los organismos vivos”¹².

Sin embargo, el propio art. 7 sí que complementa dicha definición al clarificar que la noción de daño medioambiental cubre igualmente el “daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño”. Se quiere indicar así que quedan cubiertos dos conceptos tradicionalmente distinguidos por la doctrina: el llamado “daño medioambiental *per se*” o “daño ecológico” y el llamado “daño medioambiental *lato sensu*”. Mientras que éste último se refiere al daño a la propiedad o a la salud humanas debido a contaminación medioambiental –incluyendo así tanto el daño físico como el daño económico– el primero se refiere exclusivamente al daño al medioambiente en sí mismo, es decir, daño a hábitats naturales y a especies protegidas, etc.¹³.

Por lo demás, el artículo cubre tanto situaciones en las que el daño se produzca como resultado de un accidente, como aquellas en las que el daño sea el resultado de una actividad industrial continua y desarrollada en condiciones “normales”. Asimismo, quedan igualmente cubiertas tanto situaciones de daño “transfronterizo” –aquellas en las que el hecho causal y el resultado dañoso no se encuentran en un mismo estado, porque la contaminación atraviesa una frontera nacional– como las de daño “meramente internacional” –aquellas en las que el elemento de externalidad de la situación deriva de la naturaleza multinacional de uno de los

¹¹ En virtud del llamado principio de integración (art. 11 TFUE) estos principios inspiran –indirectamente– a la totalidad del conjunto del Derecho Europeo, y en consecuencia al DIPr de la UE también (“Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”).

¹² Vid. M.Bogdan, “Some Reflections Regarding Environmental Damage and the Rome II Regulation”, en G.Venturini y S.Bariatti (eds.), *Nouvi Instrumenti del Diritto Internazionale Privato. Liber Fausto Pocar*, Milán Giuffrè, 2009, p.100; este autor considera que la definición “seems to be roughly in line” con la incluida en el art. 2 de la Directiva 2004/35/EC.

¹³ Vid. F.Munari y L.Schiano di Pepe, “Liability for Environmental Torts in Europe: Choice of Forum, Choice of Law, and the Case for Pursuing Effective Legal Uniformity”, en A. Malatesta (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and other Non-contractual Obligations in Europe. The “Rome II” proposal*, Pádua, Cedam, 2006, p. 190.

sujetos involucrados (normalmente el contaminador)¹⁴. Pensemos por ejemplo en una sociedad extranjera que abre un sucursal o constituye una filial¹⁵ en un determinado Estado y provoca daños medioambientales en el mismo.

Aunque pueda resultar obvio para el ojo atento, resulta interesante subrayar que el razonamiento de política medioambiental que inspira el art. 7 sólo funciona en supuestos de daño transfronterizo. En las hipótesis de daño “puramente internacional” el resultado dañoso y el hecho causal se encontrarán localizados en un mismo estado, y por tanto, habrá una única ley aplicable al daño medioambiental y la víctima no dispondrá de capacidad de elección alguna.

B) Los foros de competencia judicial internacional del RB I

El art. 7 RR II no es una norma aislada en la inmensidad del ordenamiento jurídico europeo. Como se ha indicado, en el marco del DIPr de la UE, el mismo se apoya en las reglas de competencia judicial internacional del RB I (y a partir de 2015, el RB I *bis*)¹⁶. Dicho apoyo se materializa sin embargo sobre foros de competencia judicial internacional “genéricos”: a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la determinación de la ley aplicable, el RB I no dispone de criterios de competencia judicial específicos para los daños al medioambiente. Por ello, resultan especialmente relevantes, en el seno del Reglamento, el clásico foro general del domicilio del demandado y el foro especial en materia delictual y casi-delictual. En lo que se refiere al primero, éste garantiza, en virtud de la jurisprudencia *Josi* del TJUE¹⁷, el acceso a la justicia a las víctimas de daños medioambientales provocados por contaminadores europeos, independientemente de que los mismos se produzcan dentro de la Unión, o en terceros estados. En lo que respecta al segundo, que –para el conjunto de las obligaciones no contractuales– confiere adicionalmente competencia al “tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”, es bien sabido que puede jugar un papel decisivo en el marco de litigios medioambientales. No en vano, la primera gran teoría utilizada por el TJUE para perfilar su contenido fue desarrollada en el marco de un litigio por daños me-

¹⁴ *Ibid.*, p.176.

¹⁵ Obviamente, la constitución de una filial conlleva problemas de sobra conocidos a la hora de intentar imputar a la sociedad matriz el comportamiento de la misma. En la medida en que éste tipo de cuestiones no entra directamente en el objeto de la presente contribución, en las páginas que siguen se asumirá en todo momento que, de haber una filial involucrada, se puede proceder a “rasgar el velo corporativo” o recurrir a técnicas alternativas que conlleven el mismo efecto.

¹⁶ Sobre el RB I *bis*, *vid. supra*, nota 3. Sobre la posible incidencia de los foros de competencia judicial internacional autónomos, *ibid.* e *infra*, nota 81.

¹⁷ As. C-412/98: *Group Josi Reinsurance Company SA v. Universal General Insurance Company (UGIC)*, [2000] ECR I-05925.

dioambientales transfronterizos (*Mines de Potasse*)¹⁸. Así, la llamada “teoría de la ubicuidad” permite entender que la noción de “hecho dañoso” comprende tanto el lugar de manifestación del daño –resultado dañoso– como el lugar de producción del hecho causal –acción u omisión– que da lugar al mismo¹⁹. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la ley aplicable, la teoría de la ubicuidad encuentra su justificación en el marco de la competencia judicial internacional en consideraciones de proximidad procesal y buena administración de la justicia, y no en consideraciones de política medio ambiental, ni siquiera en el *favor laesi*²⁰. Así, el paralelismo estructural entre el foro de competencia especial en materia delictual y cuasi-delictual y la norma de conflicto relativa al daño al medioambiente no responde a las mismas *ratios* de política legislativa.

Ahora bien, el elemento a destacar antes de clausurar la presente descripción y poder tratar brevemente el cuerpo de Derecho medioambiental europeo es el siguiente: pese a la divergencia de los objetivos de ambas disposiciones, no se puede desdeñar el hecho de que, en términos prácticos, las víctimas disponen, gracias a la configuración del foro especial de competencia en materia delictual y cuasi-delictual, de una ventaja procesal significativa que contribuye, de un modo colateral, al objetivo –de política medioambiental– del art. 7 RR II.

II. El Derecho medioambiental de la UE

Caracterizar un conjunto normativo tan amplio como es el Derecho medioambiental de la Unión Europea en apenas unos cuantos párrafos no es tarea sencilla, y cualquier intento, por elaborado que sea, resultará inevitablemente reductor e incompleto. Como se ha mencionado, el Tratado original de la Comunidad Económica Europea no contenía ninguna disposición relativa al medioambiente, la política medioambiental o el Derecho medioambiental. El Acta Única Europea introdujo lo que a día de hoy son los arts. 191 a 193 TFUE²¹. Tras dicha introducción, se ha considerado que la amplitud de la definición de los objetivos de la política medioambiental de la Unión apenas deja área alguna de política medioambiental fuera de la competencia de la UE. Ahora bien, dicha competencia no es exclusiva, sino compartida con los Estados Miembros²².

¹⁸ As. 21/76: *Handelskwekerij G.J. Bier B.V. & the Reinwater Foundation v. Mines de Potasse d'Alsace S.A.*, [1976] ECR 1735.

¹⁹ La segunda de las teorías es la “Teoría del Mosaico” consagrada en DIPr de la UE en el conocido asunto *Shevill* (as. C-68/93: *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc, Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd v. Presse Alliance SA*, [1995] ECR I-00415).

²⁰ *Mines de Potasse*, cit., párrs. 15 y 17 ss.

²¹ Vid. L. Krämer, *EC Environmental Law*, 6ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2007, pp. 4-9.

²² *Ibid.*, pp. 5-6.

El art. 191 TFUE establece que la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos: la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente; la protección de la salud de las personas; la utilización prudente y racional de los recursos naturales; y el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente (y en particular a luchar contra el cambio climático). En virtud del párrafo segundo del mismo artículo, la referida política medioambiental tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, y se basará en los llamados principios de Derecho medioambiental de la Unión Europea: los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga²³. A partir de estas bases el art. 192.1º TFUE establece que:

“... el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, decidirán las acciones que deba emprender la Unión para la realización de los objetivos fijados en el art. 191”.

Ello sin perjuicio de que, como advierte el art. 193 TFUE,

“... [l]as medidas de protección [medioambiental] adoptadas en virtud del art. 192 no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección [...]”.

Con base en los referidos artículos se ha desarrollado, como ya se ha mencionado, una sólida política medioambiental y un rico corpus de Derecho derivado (esencialmente directivas, y reglamentos) que recorre un amplísimo abanico de cuestiones medioambientales: desde la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático a las emisiones de gases de efecto invernadero. Como resulta obvio, reseñar el contenido del mismo desbordaría con creces el marco de la presente contribución. Por ello la misma se limita a exponer los rasgos esenciales de las principales disposiciones de los Tratados que interesan a la temática medioambiental. Para finalizar con dicha tarea, resulta necesario señalar que las normas comprendidas en los arts. 191 a 193 TFUE no son directamente aplicables. Las mismas requieren ser formalizadas y precisadas mediante Derecho derivado para poder ser aplicadas por autoridades administrativas y tribunales o utilizadas a favor o en contra de contaminadores²⁴.

²³ *Ibid.*, p.15. Según se refiere el valor legal de estos principios es controvertido. La doctrina discrepa respecto a si deben de ser considerados “*binding rules of law which apply to each individual Community measure*” o no. Lo que está claro es que son “*general guidelines for Community environmental policy*”.

²⁴ *Ibid.*, 21, p.6.

Una vez finalizadas las breves descripciones del micro-régimen de DIPr medioambiental y del Derecho medioambiental de la UE podemos proceder a analizar las funciones de ambos conjuntos normativos.

III. Funciones de ambos cuerpos normativos y su interrelación

1. Las funciones del micro-régimen de DIPr medioambiental de la UE

En principio, determinar la función del micro-régimen de DIPr medioambiental de la UE puede parecer simple. En la medida en que dicho micro-régimen canaliza Derecho de la Responsabilidad Extracontractual de origen estatal hacia un plano transnacional, el mismo debe de responder, como mínimo, a las funciones que cumple la responsabilidad extracontractual en Derecho comparado.

En Derecho comparado se considera que

“... [i]n all the systems of the European Union, the law of non contractual liability arising out of damage caused to another (in the Common Law called tort law or the law of torts, in most but not all other jurisdictions referred to as law of delict) is that area of the law in which it is decided whether one who has suffered a damage can on that account demand reparation (whether in money or in kind) from another with whom there may be no other connection in law than the incident of causation of damage itself”²⁵.

Desde esta perspectiva se ha afirmado que el propósito del Derecho de la responsabilidad extracontractual consiste en proteger los Derechos humanos más básicos a nivel del Derecho privado, es decir, horizontalmente, entre ciudadanos inter se, a través de remedios legales mutuamente disponibles²⁶. ¿Pero cómo y en qué elementos se concretiza esta “declaración de principios”? Aunque existe una importantísima profusión de literatura académica sobre este tema, afirmar cuáles son las funciones del Derecho de la responsabilidad extracontractual no es una tarea sencilla: pese a la antigüedad del campo, las mismas no se encuentran bien

²⁵ Vid. C. Von Bar (ed.), *Non-contractual liability arising out of damage caused to another (PEL Liab. Dam.)*, *Principles of European law*, 7, Múnich, Sellier, 2009, p. 229. Una descripción similar puede ser encontrada en C. Von Bar & U. Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe :A Comparative Study*, Múnich, Sellier, 2004, p. 25: “In all the legal systems of the European Union, the law of tort (or delict) is the area of the law in which it is decided whether one who has suffered damage can on that account demand reparation from another with whom there may be no other connection in law than the incident of damage itself”.

²⁶ Vid. Von Bar y Drobnig, *op. cit.*, p. 26: “[t]he purpose of the law of tort consists in protecting basic human rights at the level of private law, that is to say horizontally between citizens inter se, with the legal remedies placed at their mutual availability”.

definidas o establecidas²⁷. Aunque algunas funciones aparecen recurrentemente en manuales de Derecho nacional y Derecho comparado, el panorama en su conjunto —así como la importancia relativa otorgada a las diferentes funciones— dista de ser homogéneo. Algunos autores reconocen implícitamente esta dificultad anunciando que su análisis se limita a las “principales” funciones de la responsabilidad extracontractual²⁸. En cualquier caso, en la década de 1970 la *International Encyclopedia of Comparative Law* consideraba que las funciones contemporáneas de la Responsabilidad Extracontractual eran cuatro: disuasión, compensación de las víctimas, distribución del daño en el seno de la sociedad, y garantía de los derechos de los ciudadanos²⁹. Posteriormente, especialmente desde principios del siglo XXI, no es infrecuente encontrar estudios que, bajo la influencia del “*Economic analysis of law*”³⁰, hacen hincapié en la “evitación de comportamientos económicamente ineficientes”³¹.

Teniendo en cuenta lo expuesto *supra*, esta contribución se limitará a considerar las dos funciones que con más frecuencia se pueden encontrar en la doctrina: la reparación del daño causado a la víctima, y la disuasión de comportamientos anti-sociales. En lo que se refiere a la primera, la indemnización de la víctima es frecuentemente vista como la “función básica de la responsabilidad civil”. Para algunos autores esto es indiscutible³², y otros llegan a afirmar que es la función “suprema” de la responsabilidad extracontractual³³. Respecto a la segunda existe

²⁷ Vid., *inter alia*, “introduction” y “Functions of tort law” en A. Tunc (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law. 11. Torts*, Tubinga, Mohr-Siebeck, 1969–1977, pp. 87–107; W. Van Gerven, J. Lever y P. Larouche, *Cases, materials and text on National, Supranational and International Tort Law. Ius Commune casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart, 2000, pp. 18–32. Para un estudio comparativo centrado en el Derecho español, Vid. L. Díez-Picazo, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 41–48. Para un análisis en Derecho inglés, vid. B.S. Markesinis y S.F. Deakin, *Tort Law*, 4ª ed., Oxford, OUP, 1999, pp. 36–41. Según se desprende de las obras referidas, en términos comparativos, no puede considerarse que ninguna función ofrezca una justificación global. Asimismo, tampoco puede considerarse que ninguna función haya sido la “principal” constantemente durante la historia. Se constata una significativa falta de consenso en la doctrina respecto a la identificación exacta de las funciones del Derecho de la responsabilidad extracontractual, las cuáles, por otra parte, parecen haber evolucionado significativamente a lo largo del tiempo.

²⁸ W. Ven Gerven *et al*, *op. cit.*, p. 18.

²⁹ Algunas funciones históricamente relevantes como el “castigo del infractor” (*punishment of the wrongdoer*) fueron dejadas de lado en el momento de la elaboración de dicha enumeración. La razón es que se consideró que ya eran de actualidad debido a los cambios en las concepciones sociales.

³⁰ Para un resumen de los razonamientos principales del “Economic Analysis of Law” aplicado a la responsabilidad extracontractual, vid. S. Markesinis y S. F. Deakin, *op. cit.*, p. 23–36.

³¹ “Avoidance of economically inefficient behaviour” en inglés. W. Ven Gerven *et al*, *op. cit.*, pp. 18–32. Sin embargo, L. Díez-Picazo (*op. cit.*, pp. 48 y 206–217) considera que esta función es una manifestación de la prevención.

³² *International Encyclopedia: “Introduction”, “Functions of tort law”, p. 93.*

³³ W. Ven Gerven *et al*, *op. cit.*, p. 19; S. Markesinis y S. F. Deakin, *op. cit.*, p. 38; en inglés, “basic function of civil liability” y “the prime function of tort”.

una mayor disensión: irrefutable para algunos³⁴, subsidiaria para otros³⁵, las opiniones académicas parecen bastante divididas en lo que se refiere al papel que puede jugar la “*deterrence of anti-social conduct*” como función de la responsabilidad extracontractual. Algunos autores incluso dudan respecto a si sigue siendo una de sus funciones en la actualidad³⁶. Esta última posición se basa en el hecho de que, por una parte, mecanismos tales como los seguros privados, la seguridad social y etc. pueden erosionar el efecto disuasorio, y por otra parte, otros sectores del Derecho, como el Derecho administrativo, o el Derecho penal son más apropiados para cumplir con esta función³⁷.

Ahora bien ¿Cómo se manifiestan estas dos funciones en el art. 7 del RR II? Del memorando explicativo que acompañó a la propuesta de la Comisión europea, así como de la configuración final del propio Reglamento –redacción de los considerandos y del propio art. 7– parece desprenderse claramente que el micro-régimen tiene, en primer lugar, una función claramente compensatoria –reparación del daño a las víctimas–, sin perjuicio de que, eventualmente, sea posible ejercitar, con base en el mismo, acciones preventivas ante la inminencia del acaecimiento de un daño medioambiental (prevención, por tanto, en el sentido del impedimento de la producción de un daño que de otro modo se producirá con casi total certeza)³⁸.

En segundo lugar, también del propio memorando se desprende que cabe concebir un segundo tipo de virtualidad preventiva que se acerca a la referida en Derecho comparado respecto al Derecho administrativo y al Derecho penal: es decir, una función disuasoria de comportamientos anti-sociales. Nos referimos, por una parte, al posible efecto disuasorio que se pueda desprender de la simple perspectiva de tener que indemnizar el daño provocado –que podrá concurrir o no–, y por otra, al efecto disuasorio que se desprende de la eventual maximización la compensación en virtud de la estructura electiva del artículo. Pese a que se hace mucho hincapié en la doctrina respecto a ésta segunda función –hasta el punto de algunos autores consideran que el aspecto compensatorio no es más que un mero instrumento al servicio de esta segunda

³⁴ *Encyclopedia*, *op. cit.*, p. 88.

³⁵ S. Markesinis y S. F. Deakin, *op. cit.*, p. 37.

³⁶ W. Ven Gerven *et al*, *op. cit.*, p. 25

³⁷ *Ibid.*. En el mismo sentido, S. Markesinis y S.F. Deakin, *op. cit.*, p. 37. “*According to some, [deterrence] may be better achieved by precise regulations enforced by administrative authorities (regulatory control), or by criminal law rules which relate the sanction to the degree of blameworthiness of the act and not to the degree of harm*”.

³⁸ En este sentido, téngase en cuenta que el considerando 24 menciona expresamente, entre los principios de Derecho medioambiental de la UE que inspiran el art. 7, el principio de acción preventiva, y que en virtud de la redacción del foro de competencia especial en materia delictual y cuasi-delictual del RB I, cabe recurrir al mismo cuando “*pudiere producirse el hecho dañoso*”.

función³⁹—, resulta necesario recordar que, como se indicó supra al presentar los principales rasgos del art. 7 RR II, la disuasión derivada de la estructura electiva sólo se materializa en supuestos de daño transfronterizo, y no en las hipótesis de daño “puramente internacional”.

2. Las funciones del Derecho medioambiental de la UE

Algunas de las principales monografías de Derecho medioambiental de la UE no se detienen explicitar las funciones que cumplen y la naturaleza que revisten las normas de dicho sector del ordenamiento jurídico de la Unión⁴⁰. Ello se debe probablemente a que sus autores consideran que dicha información puede ser inferida de la descripción que se hace en las mismas de los objetivos de la política medioambiental de la UE, de los principios que rigen su Derecho medioambiental, y, en general, de la descripción que realizan del contenido de los arts. 191 a 193 TFUE⁴¹. Ciertamente es que la tarea puede verse dificultada por la complejidad que puede suponer trazar las fronteras que delimiten lo que deba entenderse por “Derecho medioambiental de la Unión Europea”: de un modo general, cuando se aborda la problemática de la definición in abstracto de la noción de Derecho medioambiental —es decir, no necesariamente referida al Derecho de la UE, ni al Derecho de un estado determinado— se suele hacer referencia a su “carácter multidisciplinar”, en virtud del cual éste englobaría disposiciones de naturaleza penal, naturaleza administrativa, naturaleza civil, etc.⁴². Pese a esta dificultad, que podría reproducirse en el ámbito del Derecho europeo, el grueso de lo que doctrinalmente suele considerarse Derecho medioambiental de la UE presenta las características de lo que a nivel estatal suele considerarse “Derecho administrativo”. Ello es debido a que del mismo se podría predicar —como se

³⁹ Vid. S. Symeonides, “Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 56, 2008, pp. 209–210: “[...] the reason [behind this construction] is not to benefit the victim as such. Rather, the reason is to promote the interests of the respective countries and of the Union as a whole in deterring pollution. Applying whichever of the two laws subjects the polluter to a higher standard promotes this interest. Giving the victim a choice is simply the vehicle for ensuring this result”.

⁴⁰ L. Krämer, *op. cit.*; J. H. Jans, *European Environmental Law*, 2ª ed., Groningen, Europa Law Publishing, 2000.

⁴¹ Así como de los otros artículos de los Tratados que pueden dar lugar a normativa medioambiental. El ejemplo clásico es el art. 114 TFUE sobre la necesidad de armonización de disposiciones en el mercado interior, y que fue utilizado frecuentemente, junto con el actual art. 352 para promulgar normativa medioambiental antes de la introducción de los actuales arts. 191 a 193 TFUE.

⁴² Vid. M. Vinaixa Miquel, *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, p. 67–73; S. Jaquenod de Zsögön, “Derecho ambiental: entre la interdisciplinariedad y lo transversal”, en M. Castañón del Valle (coord.), *Derecho ambiental: Introducción a su normativa*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2002, pp. 23 ss; R. Martín Mateo, *Manual de Derecho ambiental*, 3ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2003, pp. 55–56.

predica del sector medioambiental del ordenamiento jurídico español— que, fundamentalmente, “regula las relaciones del hombre con su entorno y no de los sujetos privados entre sí”, que tiene “claramente manifestaciones autoritarias y su desacato puede ser objeto de importantes represiones”, y que “los instrumentos que maneja son los idóneos para la conformación por parte [de la autoridad] de las conductas privadas adecuándolas a los intereses colectivos”⁴³. Yendo un paso más allá, si se atiende a los distintos criterios de clasificación de las formas de la actividad administrativa en Derecho comparado, se puede observar como el Derecho medioambiental de la UE podría responder a diferentes formas de actividad administrativa reflejadas en varios de dichos criterios de clasificación: potestades de ordenación y control de la actividad privada —incluyendo la potestad de planificación administrativa, la de policía y la de ordenación singular de las actividades privadas—, potestad de regulación —entendida como “actividad de las Administraciones Públicas dirigida a imponer el marco jurídico de la actividad de los particulares en un determinado sector económico”— etc.⁴⁴.

En cualquier caso, lo que interesa fundamentalmente a los propósitos de la presente contribución es el hecho de que esa “conformación por parte [de la autoridad] de las conductas privadas adecuándolas a los intereses colectivos” como reflejo de “potestades de ordenación y control de la actividad privada” implica que la función esencial de la mayor parte de las disposiciones de Derecho medioambiental europeo es la prevención de la producción del daño medioambiental⁴⁵. Este carácter eminentemente preventivo se manifiesta en normas que regulan diferentes aspectos de la relación entre autoridades públicas y —potenciales— contaminadores, como la concesión de autorizaciones, deberes de comunicación de información y de notificación, el establecimiento de estándares técnicos, etc.⁴⁶.

Salvo por la excepción constituida por la Directiva 2004/35/EC, el Derecho medioambiental de la UE no se adentra en cuestiones relativas a la responsabilidad y reparación de daños medioambientales y, en cualquier caso, las nociones de responsabilidad medioambiental y “reparación” tienen un alcance limitado en el seno de la misma, ya que la Directiva se refiere únicamente a la responsabilidad de los contaminadores hacia las autoridades públicas, y no hacia sujetos privados. Dicho de otro modo, la Directiva sólo cubre aspectos específicos de la responsabilidad medioambiental, y no confiere a sujetos privados derecho a

⁴³ R. Martín Mateo, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁴ Para una breve reseña de las diferentes clasificaciones de las formas de la actividad administrativa en Derecho administrativo comparado y su reflejo en la doctrina española, *vid.* L. Coscuella Montaner, *Manual de Derecho administrativo. Parte General*, 23ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 565–566.

⁴⁵ *Vid.* S. Jaquenod de Zsögön, *op. cit.*, p. 24; R. Martín Mateo, *op. cit.*, pp. 48–49.

⁴⁶ Obviamente, se establecen otros múltiples tipos de disposiciones que no tienen incidencia directa en la conducta de sujetos privados: obligaciones de control y monitorización a cargo de autoridades públicas, obligaciones de planificación, etc.

compensación alguna a cargo de contaminadores, por lo que cualquier individuo que busque reparación del daño sufrido como consecuencia de un accidente medioambiental no podrá servirse de las disposiciones de la misma⁴⁷. Algunos autores creen que la Directiva supone una oportunidad perdida para introducir un régimen sustantivo uniforme de responsabilidad civil por daños al medioambiente en toda la UE⁴⁸. Dicha opción hubiera supuesto la existencia en el seno de la UE de un binomio de DIPr y Derecho sustantivo armonizado en materia de daños al medioambiente similar al existente en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos –art. 5 RR II y Directiva 85/374/EEC⁴⁹.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de exponer, resultaría interesante plantearse si el Estado, además de acceso al régimen de la Directiva, podría tener acceso al micro-régimen de DIPr cuando actúe para obtener la reparación de un daño medioambiental *per se*. El eventual papel que pueda jugar el Estado –o cualquier otra entidad de Derecho público– en litigios que puedan entrar dentro del ámbito de aplicación material del RR II es una problemática amplia, respecto a la cual la reparación de los daños medioambientales *per se* no es más que un ejemplo, aunque bien podría ser uno de sus mejores exponentes. En cualquier caso, como se puede deducir de la definición aportada *supra*, el daño medioambiental *per se* debe de ser considerado como infligido al conjunto de la sociedad, más que a individuos determinados. Es por ello que los litigios relativos a dichos daños tienen *a priori* vocación a ser iniciados normalmente, bien por el Estado, bien por una provincia o una municipalidad⁵⁰. A este respecto se ha sugerido que

“... [i]f the claim is brought by a public authority in the exercise of its powers rather than in its capacity as a private person (for example as the owner of the affected land), that claim is, pursuant to article.1(1), possibly excluded from the Scope of the Regulation as not being a “civil and commercial matter”⁵¹.

Ahora bien, la cuestión requiere, probablemente, un estudio más detallado. Por una parte, el art. 1.1º RR II parece centrarse principalmente en supuestos en los que el Estado es el contaminador / parte demandada y no la víctima / parte demandante en la medida en que hace referencia a “los casos en que el Estado incurra en

⁴⁷ Vid. F. Munari y L. Schiano di Pepe, *op. cit.*, p.177: “[i]t only covers selected aspects of environmental liability [and] does not give private parties a right of compensation towards environmental tortfeasors. [Thus] private parties seeking redress for damage suffered as a consequence of an environmental accident will not be able to rely on the provisions of the Directive”.

⁴⁸ Vid. F. Munari y L. Schiano di Pepe, *op. cit.*, p.188 y 192.

⁴⁹ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 julio 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, L 210/29, 7.8.1985.

⁵⁰ Vid. M. Bogdan, *op. cit.*, p.101.

⁵¹ *Ibid.*

responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*)”⁵². Por otra parte, merecería la pena explorar cómo y en qué medida una reclamación por daños medioambientales por se por parte de un Estado debe de considerarse necesariamente como un ejercicio de “potestad de imperio”, en la medida en que, en determinados sistemas de Derecho esa misma reclamación podría ser llevada a cabo, por Organizaciones No Gubernamentales, por ejemplo⁵³.

En conclusión, y dejando al margen este último interrogante abierto, en lo que se refiere a la función de las normas de Derecho medioambiental de la UE, resulta necesario distinguir entre el grueso de las mismas, cuya función principal es claramente la prevención de la producción de daños medioambientales, y la referida Directiva 2004/35/CE, que cumple con un papel de reparación / indemnización, pero limitado. En la medida en que, *a priori*, la Directiva interesa únicamente a autoridades públicas, en el siguiente apartado, a la hora de examinar la relación a nivel funcional entre el micro-régimen de DIPr y el Derecho medioambiental de la UE, en lo que se refiere a éste último, nos centraremos en la función preventiva –disuasoria– del mismo.

3. La interacción entre ambos cuerpos normativos desde una perspectiva funcional

Como se ha dicho, el micro-régimen de DIPr medioambiental de la UE cumple, en primer término, principalmente, una función compensatoria. Adicionalmente, en segundo término, también despliega, como también se ha indicado, dos tipos de efectos preventivos. Por una parte, puede, en función del Derecho que pueda resultar potencialmente aplicable, llegar a dar lugar al ejercicio de una acción preventiva (en sentido de Derecho privado). Por otra parte, puede actuar como elemento disuasorio de comportamientos que potencialmente puedan dar lugar a daños medioambientales (en un sentido similar al efecto disuasorio que pueden tener el Derecho administrativo y el Derecho penal).

En lo que se refiere al Derecho medioambiental de la UE, se ha afirmado que posee una naturaleza esencialmente “administrativa”, un carácter marcadamente preventivo, y que en su seno juegan un papel fundamental los aspectos de ordenación de la actividad privada: concretamente, sin perjuicio de otros aspectos, el establecimiento de estándares técnicos y de “comportamiento medioambiental” en sentido amplio. De hecho, algunos autores consideran que dado el carácter

⁵² En términos similares se expresa el considerando noveno del mismo Reglamento.

⁵³ En principio, no puede considerarse que la sentencia *Rüffer* del TJUE (dictada en el ámbito de la Competencia Judicial Internacional) proporcione la respuesta a la pregunta formulada, entre otras razones debido a las características específicas del litigio (a saber, los Países Bajos habían hecho frente a la reparación del daño medioambiental –retirada del pecio hundido– en cumplimiento de una obligación impuesta por un Tratado Internacional). Vid. as. 814/79: *Netherlands State (Ministry of Transport, Water Control and Construction) v. Reinhold Rüffer*, [1980] ECR 03807.

sectorial de la legislación europea existente en materia medioambiental, y dado que la misma parece más centrada en la prevención y el establecimiento de estándares que en la responsabilidad y en la reparación, la naturaleza y ámbito de dicha legislación derivada tienden a incrementar la importancia del micro-régimen de DIPr medioambiental de la UE⁵⁴.

Teniendo en cuenta estos datos, sin perjuicio de otros aspectos mencionados, la relación entre ambos cuerpos normativos debería de calificarse, en principio, de potencialmente complementaria, ya que tienen como funciones principales dos funciones diversas: compensación / reparación, por un lado, y prevención / disuasión, por otro.

Ahora bien, las ideas evocadas respecto al segundo efecto preventivo del micro-régimen de DIPr podrían llevar a entender que el ejercicio de acciones privadas una vez el daño acaecido, considerado contextualmente, pudiera ser entendido como *private enforcement*. Por ello, sin perjuicio de la necesidad de estudiar otros aspectos que desbordan el marco de la presente contribución, consideraremos en las páginas siguientes que, en principio, sí cabría concebir que el art. 7 RR II pudiera cumplir con un papel de *private enforcement* respecto a la política y Derecho medioambientales europeos similar al que cumple el art. 6.3º del mismo Reglamento respecto a la política y Derecho europeos de la competencia.

En cualquier caso, resulta necesario recordar que, como mínimo, cabe concebir que el Derecho medioambiental de la UE pueda resultar relevante para el DIPr en la medida en que establezca estándares técnicos utilizables –una vez determinado cuál es el Derecho aplicable– para establecer la concurrencia o no de responsabilidad y la gradación de la misma si el Derecho civil aplicable al fondo de un litigio medioambiental resulta ser un Derecho de responsabilidad subjetiva o por falta.

Estas constataciones, pese a su carácter preliminar, nos llevan a tener que plantearnos cuál es la interrelación de ambos conjuntos normativos desde el punto de vista de la aplicación espacial de las normas jurídicas ¿El ámbito de aplicación espacial de las disposiciones de Derecho medioambiental de la UE se determina unilateralmente? ¿O se determina multilateralmente –a través del propio art. 7 RR II? En las siguientes páginas intentaremos esbozar elementos de reflexión respecto a estos interrogantes pero, con carácter previo, resulta necesario realizar una puntualización importante.

⁵⁴ Vid. F.Munari y L.Schiano di Pepe, *op. cit.*, p.176.

IV. Descartando el paradigma “Derecho público – Derecho privado”

Antes de analizar la cuestión de la aplicabilidad espacial del Derecho medioambiental europeo resulta necesario mencionar un planteamiento “clásico” que, históricamente, ha condicionado la concepción de la aplicación espacial del Derecho en general: se trata de la distinción entre Derecho público y Derecho privado⁵⁵. Desde postulados tradicionales se suele mantener que el carácter altamente “político” del llamado Derecho público determina que su aplicación sea estrictamente territorial. La explicación para algunos autores reside en que son los jueces y tribunales los que manifiestan frecuentemente su reticencia a aplicar normas de Derecho público extranjero⁵⁶. Esta postura es compartida tanto por autores continentales como por autores de *common law*. Para estos últimos esta cuestión estaría estrechamente relacionada con la doctrina del orden público: así, la teoría inglesa análoga a la noción de *ordre public* impediría el “reconocimiento” de cualquier Derecho o sentencia extranjeros que resultaran contrarios a la “política distintiva del Derecho inglés” y llevaría a que se rechazara la aplicación de cualquier ley de naturaleza penal, fiscal u otra perteneciente al Derecho público⁵⁷.

Esta clasificación tripartita de las leyes extranjeras no aplicables parece estar firmemente establecida en la jurisprudencia inglesa y en la de algunos otros países de *common law*⁵⁸. Así, se suele entender que, en general, en Derecho comparado, la atribución de efecto al Derecho público extranjero aparece como excepcional. Según ciertos autores dicha constatación está menos relacionada con una imposibilidad teórica para concebir dicha aplicación que con el débil nivel de integración de la comunidad internacional⁵⁹.

⁵⁵ Para profundizar en la relación entre el Derecho público y el Derecho (internacional) privado *vid. inter alia*, F. Rigaux, *Droit public et droit Privé dans les relations internationales*, París, Pedone, 1977.

⁵⁶ *Vid.* P. Mayer y V. Heuzé, *Droit international privé*, 8ª ed., París, Montchrestien, 2004, p. 77: “[...] Afin de justifier le refus, les tribunaux [...] invoquent un prétendu caractère politique de la loi [mais,] l’explication véritable est toujours la même: elle réside dans la répugnance du juge français à collaborer à la réalisation des buts que s’est fixés l’état étranger, alors qu’il a été institué pour servir ceux de la France”. Una explicación similar es proporcionada por A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, 14ª ed., Granada, Comares, 2013, p. 337: “En relación con este aspecto, la regla general derivada del art. 8 Cc es que los tribunales y autoridades españolas no aplican en ningún caso, un Derecho público extranjero (SAN CA 9 diciembre 2010 [...]). Ahora bien los mismos autores admiten a renglón seguido algunas excepciones a esta idea.

⁵⁷ *Vid.* J. Fawcett y J. M. Carruthers, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, 14ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 121.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 130–132.

⁵⁹ *Vid.* F. Rigaux y M. Fallon, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruselas, Précis de la Faculté de Droit de l’Université Catholique de Louvain, Bruselas, 2005, p. 35.

Sin embargo, frente a esta postura clásica han surgido voces contestatarias durante la última parte del siglo XX, hasta el punto de que a día de hoy, la cuestión parece distar significativamente del consenso. Para comenzar, los mismos autores anglosajones citados supra admiten que la *ratio* común a la exclusión en el *common law* de las tres categorías de normas de Derecho público extranjero enunciadas sería el hecho de que las normas implicadas conllevaran una declaración de autoridad soberana por parte de un Estado en el territorio de otro⁶⁰. Por tanto caben dudas respecto a si la referida exclusión es absoluta –y alcanza a toda norma de alguna de las referidas tres categorías– o si es limitada –y se refiere únicamente a las normas públicas extranjeras que resulten contrarias al orden público del foro⁶¹.

Seguidamente, resulta necesario señalar que a partir de la década de 1970, numerosos autores europeos han rechazado el postulado tradicional, o bien han adoptado posiciones temperadas⁶². Adicionalmente, en esa misma década, el Instituto de Derecho Internacional, publicó una resolución sobre “*l’application du droit public étranger*”⁶³ en la que se afirma que:

“Le caractère public attribué à une disposition du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois ne fait pas obstacle à l’application de cette disposition, sous la réserve fondamentale de l’ordre public [...] Le prétendu principe de l’inapplicabilité a priori du droit public étranger, comme celui de son absolue territorialité, principe invoqué, sinon appliqué, par la jurisprudence et la doctrine de certains pays : a) n’est fondé sur aucune raison théorique ou pratique valable, b) fait souvent double emploi avec les principes de l’ordre public, c) est susceptible d’entraîner des résultats peu souhaitables et peu conformes aux exigences actuelles de la collaboration internationale[...] La portée de la règle et des déclarations qui précèdent n’est en rien affectée par le fait que le droit étranger considéré comme public demeure moins fréquemment appliqué pour diverses raisons [...]”⁶⁴.

Desafortunadamente, el valor de este argumento debe de ser relativizado: las resoluciones del Instituto, pese a su enorme valor doctrinal no poseen carácter

⁶⁰ Vid. J.Fawcett y J.M.Carruthers, *op. cit.*, p.122.

⁶¹ *Ibid.*, p.132.

⁶² Vid. F.–E. Klein (ed.), *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé (20 et 21 mars 1986) – Rapports et procès-verbaux des débats*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1991. Los cuatro artículos doctrinales que contiene resultan bastante ilustrativos respecto a estas cuestiones.

⁶³ Sesión de 1975 en Wiesbaden; Vigésima Comisión; *rapporteur*: M. Pierre Lalive. Texto íntegro disponible, a día 14 abril 2014 en la página web del Instituto de Derecho Internacional, en la dirección siguiente: http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1975_wies_04_fr.pdf

⁶⁴ Cf. J. Fawcett y J.M. Carruthers, *op. cit.*, pp.130–131. Estos autores mencionan una sentencia inglesa de 1984 (“*A-G of New Zealand v Ortiz*”) en la que se sostendría la postura contraria, es decir, que la *ratio* común a las tres categorías de Derecho público enunciadas supra y que provoca su no-aplicación proviene del Derecho internacional.

obligatorio⁶⁵. En cualquier caso, en esa misma línea han continuado produciéndose movimientos doctrinales que rechazan el postulado clásico. Dentro de dicha línea se inscribe la llamada doctrina de la “remisión íntegra” a un ordenamiento jurídico. En virtud de la misma, cuando una norma de conflicto indica que el Derecho de un determinado estado resulta aplicable, dicha indicación se refiere al conjunto del ordenamiento jurídico de dicho estado, sin discriminar entre normas etiquetadas como privadas y normas etiquetadas como públicas. Es decir, la norma de conflicto señala como aplicable toda norma en el seno de dicho ordenamiento jurídico en la medida en que resulte necesaria para resolver el litigio en cuestión⁶⁶. Finalmente, cabría apuntar un último argumento en contra del postulado clásico que supondría ir un paso más allá en este último razonamiento. El principio de remisión íntegra supone entender que el ámbito de aplicación espacial del Derecho público puede ser determinado multilateralmente, a través de una norma de conflicto, en la medida en que la concurrencia de dicho Derecho sea necesaria para resolver una controversia de Derecho privado con elementos de externalidad. Ahora bien ¿Qué ocurriría si, en lo que se refiere a normas de origen europeo, potencialmente calificables como normas de “Derecho público” –como las de Derecho medioambiental de la UE– se considerara que las mismas son capaces de determinar unilateralmente su ámbito de aplicación espacial? Si tal fuera el caso, y el Derecho medioambiental de la UE determinara –explícita o implícitamente– su ámbito de aplicación espacial, entonces cualquier tipo de norma o principio de origen nacional que reflejara, en el seno de un ordenamiento jurídico dado, el referido postulado clásico debería de ser considerada inaplicable en virtud del principio de primacía del Derecho de la UE⁶⁷.

En conclusión, en la medida en que existen contra-argumentos de peso para rebatir el postulado clásico, y por tanto, la cuestión dista de tener una solución clara, dicho postulado será descartado en aras de proceder con el análisis que se propone realizar.

⁶⁵ Consecuentemente, en el plano de la práctica del Derecho, la admisibilidad y el peso de este argumento variarán de un estado a otro y dependerán de la opinión de la doctrina mayoritaria en cada estado, así como de la posición del tribunal en cuestión ante el cuál la cuestión pueda plantearse.

⁶⁶ Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 150.

⁶⁷ Si el postulado clásico proviniera de uno de los “principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas” en el sentido del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia cabría la posibilidad de que se entendiera que se ha producido un conflicto entre el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico de la UE similar al que se produjo en el famoso caso “Kadi” (Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P: *Kadi and Al Barakat International Foundation v. Council and Commission*, [2008] ECR I-06351). Para una primera aproximación a esta cuestión, vid. *inter alia*, T. Hartley, *The Foundations of European Union Law*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 98 ss.

V. Aproximación al ámbito de aplicación espacial del Derecho medioambiental de la UE

En la presente sección intentaremos realizar un breve estudio en aras de obtener algunos indicios preliminares sobre la cuestión de si el Derecho medioambiental de la UE puede establecer su propio ámbito de aplicación espacial, y las consecuencias que eso podría tener en supuestos de daño medioambiental. Para ello, comenzaremos describiendo el marco teórico desarrollado en el ámbito del *private enforcement* del Derecho de la competencia (1), y continuaremos ilustrando el interés de la cuestión a través de algunos modelos prácticos (2). Tras ello, llevaremos a cabo una aproximación teórica al objeto del análisis, acompañada por un breve estudio práctico realizado sobre la base de una pequeña muestra de instrumentos de Derecho medioambiental de la UE (3).

1. Presupuestos teóricos: el estudio de la aplicación espacial del Derecho de la competencia en la UE y su eventual traslación al ámbito medioambiental

El incipiente interés demostrado por la Comisión Europea en la última década en fomentar el *private enforcement* del Derecho europeo de la competencia⁶⁸ ha propiciado que se realice un estudio detallado de las denominadas *private anti-trust damages actions*, y por ende, dado carácter el casi necesariamente internacional de las mismas, de la interrelación entre el Derecho europeo de la competencia y el DIPr⁶⁹. En este contexto, como se indicó en la introducción, un punto crucial ha sido el análisis de la interacción entre el art. 6.3º RR II y, por un lado, las normas de Derecho de la competencia recogidas en el TFUE –arts. 101 y 102 TFUE esencialmente–, y por otro, disposiciones análogas en los Derechos nacionales de la competencia de los Estados Miembros de la UE.

El punto de arranque de dicho análisis es la consideración de que el núcleo del Derecho de la competencia está formado por *market rules*, es decir, normas que prescriben a los actores del mercado qué tipo de comportamiento está prohibido (*Kartellverbotsnormen*)⁷⁰, y que dicho tipo de normas puede ser acompañado por

⁶⁸ Vid. *supra* nota 7.

⁶⁹ Vid. la obra de J. Basedow, S. Francq y L. Idot (eds.) mencionada *supra* nota 6, que recoge las conclusiones de un proyecto de investigación financiado por la propia Comisión Europea.

⁷⁰ Vid. S. Francq y W. Wurmnest, *op. cit.*, p. 92: “The core of competition law forms so-called market rules, ie rules that prescribe market actors what kind of behaviour is forB Idden (*Kartellverbotsnormen*). Beside such market rules, competition law sometimes contains, for example, rules prescribing civil remedies, such as an action for damages, in case an undertaking infringes a market rule (*Kartelldeliktsnormen*). Under traditional (national) conflict-of-laws theory, different conflict rules may be used for the application of market rules and tort law rules. Whereas the first are often considered as

otros tipos de normas. Así, en Alemania, se realiza una división entre la norma de comportamiento, por una parte, y las “sanciones” que se aplican a su contravención, por otro, sean de naturaleza civil, administrativa, o penal⁷¹.

En la medida en que se puede trazar, por tanto, una distinción entre los estándares de comportamiento establecidos por el Derecho de la competencia, y las posibles consecuencias civiles que derivan de las violaciones de dicho sector, se formuló la pregunta siguiente⁷²: ¿Cuándo el art. 6.3º RR II designa la ley aplicable cubre únicamente los aspectos civiles de la demanda, o cubre también aspectos de Derecho de la competencia, es decir, las prohibiciones establecidas en el Derecho europeo o los Derechos nacionales de la competencia?⁷³

Para dar respuesta a la pregunta formulada se consideró que el objetivo del art. 6.3º RR II es designar la ley aplicable a una obligación no contractual y no necesariamente la ley aplicable a una violación del Derecho de la competencia, y que ambos problemas pueden ser distinguidos⁷⁴. Desde dicha perspectiva, en el referido estudio se afirma que es bien sabido que el Derecho de la competencia fija su propio ámbito de aplicación espacial unilateralmente a través de criterios de aplicabilidad autónomos⁷⁵.

a form of public (economic) law having a mandatory character, the latter are seen as classical private law remedies”.

⁷¹ *Ibid.*, op. cit., p. 108: “In Germany, the summa divisio relies thus on the behavioural norm on the one hand (what kind of behaviour is prohibited) and on the sanctions provided for a contravening behaviour on the other hand, be they of a civil, administrative or criminal nature”.

⁷² *Ibid.*, p. 108: “In the contribution dedicated to the Rome I Regulation in this book, the difference between ‘market rules’ and the ‘civil remedies’ afforded to the victims of infringement of the market rules was highlighted, the first category covering the behavioural standards imposed by competition law (this category includes thus the Kartellverbotsnormen) and the second category covering the possible civil sanctions attached to violations of competition law. These categories are by no means isolated hermetically. Rather, they are deeply intertwined since the remedies and sanctions provided in case of infringement of the behavioural rules reflect the importance assumed by the latter in the legal system they derive from, and are deeply rooted in, the legal culture of this system. This interdependency is clear in legal systems where the civil consequences are prescribed by the market rules themselves. This is the case, for instance, in Article 101 TFEU whose paragraph 1 establishes the ‘market rule’ and whose paragraph 2 provides for the nullity of contracts infringing this rule”.

⁷³ *Ibid.*, p. 107–109: “Against this background, the questions of interest can be reformulated as follows: does Article 6(3) Rome II only designate the law applicable to civil remedies (and does it make a difference if the civil remedies are provided for in the civil code or in the competition law of the designated legal system)? Or should it also be used to select the applicable behavioural norms, which are at the core of competition law?”

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 108–109: “The goal of Article 6(3) Rome II is to designate the ‘law applicable to a non-contractual obligation’ and not necessarily the law applicable to an infringement of competition law. These problems can be distinguished”.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 109: “Competition law fixes its own scope of application in a unilateral way. The existence of autonomous criteria of applicability established by competition law is a well-known phenomenon. It has been explained at length for EU competition law rules. Similarly, national competition law rules are usually considered as lois de police or overriding mandatory rules for the very reason that they fix their

Así, en lo que se refiere a las condiciones de aplicación espacial de los arts. 101 y 102 TFUE se considera que las mismas resultan claras, y que, en la medida en que el Derecho europeo originario prima sobre el Derecho europeo derivado, la aplicabilidad de los referidos artículos no depende del art. 6.3º RR II⁷⁶. Seguidamente, se reconoce que en lo que se refiere a las normas de Derecho de la competencia de origen nacional en vigor en cada uno de los Estados Miembros, la cuestión resulta más delicada. Por ello, los autores citados proponen tres teorías distintas respecto a cómo concebir la relación entre dichas disposiciones y el art. 6.3º RR II:

i) En primer lugar, entienden que el art. 6.3º puede ser concebido como una “puerta abierta” (“*open gate*”): así la norma determinaría, en un primer momento, qué ordenamiento jurídico es competente tanto en lo que se refiere a los aspectos privados como a los aspectos de Derecho de la competencia (en sentido estricto) de la demanda. Seguidamente, se tendrían en cuenta los criterios de aplicación propios del Derecho de la competencia designado, y si el mismo no requiere, en sus propios términos, su aplicación, dicho “rechazo” es tenido en cuenta como una cuestión sustantiva⁷⁷.

ii) En segundo lugar cabe concebir que las disposiciones nacionales de Derecho de la competencia sean normas de aplicación necesaria / inmediata: definen intereses públicos, fijan su propio ámbito de aplicación y requieren su aplicación obligatoria. Así en un primer momento la voluntad unilateral de aplicación del Derecho de la competencia es tomada en cuenta, y en un segundo mo-

own scope of application and require their application in a mandatory fashion to any situation falling within their scope”

⁷⁶ Ibid., p. 110: “The conditions of application of Articles 101, 102 TFEU are quite clear. Since primary law takes precedence over secondary law, the applicability of Articles 101, 102 TFEU cannot depend on Article 6(3) Rome II. The provisions of the Treaty concerning competition law do provide for their own criteria of applicability which Article 6(3) Rome II cannot set aside”.

⁷⁷ Ibid., pp. 111–112: “Amongst the commentators who expressly addressed the point whether Article 6(3) Rome II also designates the applicable national competition law (ie market rules), some have proposed a two-step approach. [...] The first step of the reasoning is that the provision determines what legal system is competent for both private aspects and competition law aspects (in the strict sense) of the claim. The second step consists in taking the criteria of applicability of the designated competition law into consideration. If the competition law of the designated legal system does not require its application by its own terms, this refusal is taken into consideration as a question of substantive law. Following this reasoning, the limitations set by the designated law as to its own applicability need to be respected as a matter of substantive law [...] The combination of a ‘self-limited rules’ approach with the idea of Article 6(3) Rome II as an ‘open gate’ is perfectly compatible with the wording of the Regulation. Article 6(3) Rome II is formulated in such a broad way that one naturally tends to interpret the provision as covering both the law on liability and damage as well as the market rules”.

mento, el Derecho aplicable a las consecuencias civiles se determina con arreglo a normas de conflicto bilaterales⁷⁸.

iii) Finalmente, cabe entender que las normas nacionales de Derecho de la competencia son “normas de seguridad y comportamiento” en el sentido del art. 17 RR II (“Para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad”). En virtud de esta provisión, cuya operatividad se limita a aquellos supuestos en que el Derecho aplicable no es el del lugar en el que el hecho causal tuvo lugar, el juez o tribunal competente puede tener en cuenta normas extranjeras de seguridad y comportamiento como “datos locales”. El art. 17 permitiría así esquivar las dificultades derivadas de la coexistencia del art. 6.3º con los criterios de aplicabilidad propios de las disposiciones referidas, pero sólo en cierto tipo de supuestos⁷⁹.

En las páginas que siguen se reflexionará respecto a si la segunda teoría referida (normas de aplicación inmediata / necesaria) puede ser aplicada al campo del Derecho medioambiental pese a las diferencias de configuración evidentes entre ambos sectores: en lo que se refiere al Derecho europeo de la Competencia, sin perjuicio de otros elementos, su núcleo está compuesto por una serie de

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 114–115: “Competition law provisions have up to now primarily been considered as overriding mandatory rules. As mentioned above, they qualify as overriding mandatory rules because they defend the public interest, fix their own scope of application and require their application in a mandatory way. [...] Considering market rules as overriding mandatory rules leaves the application of competition law provisions to their own criteria of applicability. In a first step, the unilateral will of application of competition law provisions is taken into account and, in a second step, the law applicable to the civil remedies is determined according to the bilateral conflict rules [...] The result is almost the same as that reached under the ‘open gate’ approach but is more straightforward”.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 117: “Article 17 Rome II focuses on ‘rule of safety and conduct’ [...] The impact of this provision is limited. It intervenes only when the law applicable to liability is not that of the country where the harmful event took place. The judge is allowed to take the foreign rules on safety and conduct into consideration as ‘local data’ and enjoys in this respect a certain margin of appreciation (‘as a matter of fact and in so far as is appropriate’).

It can hardly be questioned that market rules could qualify as ‘rules of safety and conduct’. Even though ‘market rules’ are not inspired by ‘safety’ objectives, they prohibit a certain ‘conduct’ on the market and therefore determine the lawfulness of certain business strategies [...] On the one hand, Article 6(3) would determine the law applicable to liability (ie the law stating the conditions of the liability such as the causal link or the nature of damage) and on the other hand, Article 17 would intervene, within the realm of the law applicable to the merits, in order to refer to the rules of conduct the tortfeasor should have respected. The two provisions can operate simultaneously [...] In sum, the application of Article 17 Rome II bypasses the difficulties raised by the co-existence of Article 6(3) Rome II on the one hand and the autonomous determination of the scope of application of market rules on the other”.

estándares de comportamiento –prohibición de conductas colusorias y de abusos de posición dominante– consagrados en sendos artículos del TFUE que disponen de efecto directo. El Derecho medioambiental de la UE, sin embargo, nace de un conjunto de artículos que no sólo no dispone de efecto directo⁸⁰, sino que además establece únicamente objetivos políticos, orientaciones y principios, y que, por tanto, no contiene patrones de comportamiento claros para sujetos privados. La búsqueda de estándares de comportamiento similares en algún sentido a los que encontramos en los arts. 101 y 102 TFUE hay que realizarla, en su caso, en el Derecho medioambiental derivado. En el seno del mismo encontramos elementos que, en la medida en la que tratan la relación entre una autoridad competente y un sujeto privado, resultan irrelevantes (obligaciones de comunicación de información, potestad de control de entidad pública sobre dichos sujetos etc.). Sin embargo, también encontramos elementos que pueden ser de interés en la medida en que, por una parte, establecen estándares técnicos y de “comportamiento medioambiental” en sentido amplio a cargo de sujetos privados, y por otra, puedan tener un impacto en la relación de estos con otros sujetos privados (independientemente del ejercicio de un control administrativo, o de una potestad sancionadora). Adicionalmente, hay que recordar que una parte importante del Derecho medioambiental de la UE está recogida en directivas. Esto nos llevaría por tanto, en muchos casos, a considerar no la aplicabilidad del Derecho medioambiental de la UE de un modo directo, sino la de las normas nacionales que surgen de la transposición de las directivas en el Derecho interno de los Estados miembros. Es por ello que resulta especialmente interesante la pista de la segunda de las tres concepciones evocadas supra respecto a la aplicación de las normas de Derecho de la competencia nacional de los Estados Miembros.

2. Interés práctico del estudio de estas cuestiones

Pese a las notables diferencias que se acaban de exponer entre el Derecho de la competencia y el Derecho medioambiental de la UE, el interés práctico de la cuestión objeto de análisis es significativo, y puede ser ilustrado a través de una serie de ejemplos:

i) Ejemplo A (Situación transfronteriza intra-Unión): la sociedad “A” establecida en el Estado “1” (Estado miembro de la UE) tiene por objeto social la fabricación de productos químicos. La sociedad “B”, establecida en el Estado “2” (Estado miembro de la UE también) es una empresa embotelladora de agua mineral para consumo humano. Ambas sociedades disponen de plantas industriales

⁸⁰ N. De Sadeleer, “Droits fondamentaux et protection de l’environnement dans l’ordre juridique de l’UE et dans la CEDH”, *Revue européenne de droit de la consommation*, 2011, nº 1, pp. 28–29.

en la montaña “X” atravesada por la frontera entre los referidos Estados Miembros. La sociedad A es propietaria de una fábrica del producto “Z” que se encuentra en la ladera de la montaña que pertenece al Estado 1. La sociedad B embotella agua extraída de un nacimiento que se encuentra en la ladera que pertenece al Estado 2. La actividad corriente de la fábrica de la Sociedad A conlleva que escape al medio una cierta cantidad de residuos de “Z”. Dicha emisión no supone problemas en el Estado 1 dado que en virtud de los estándares administrativos en vigor en dicho Estado, la cantidad de “Z” que se puede encontrar en un recurso natural es de 15 unidades, y en los alrededores de la fábrica no se detectan más de 10 unidades. Sin embargo, los estándares administrativos del Estado 2 son más restrictivos / protectores, y así, se considera que un recurso natural está contaminado si la cantidad de “Z” que se puede encontrar en el mismo es superior a 5 unidades. Si la emisión de “Z” llega a la otra ladera de la montaña y alcanza el nacimiento de agua que embotella la sociedad B ¿Habrá daño medioambiental en el sentido del art. 7 RR II? ¿Qué estándar técnico se utilizará para definir la existencia o inexistencia del daño? ¿En virtud de qué criterios de aplicabilidad espacial? ¿Unilaterales o multilaterales? Si se elige el Derecho civil del Estado 1 ante el juez del Estado 2 por resultar dicha opción la más provechosa en términos estratégicos ¿será posible obtener la aplicación del estándar técnico de 15 unidades como norma de aplicación necesaria / inmediata?

Esta situación puede producirse con relativa facilidad: en primer lugar, puede producirse –aunque esto escape al objeto del presente artículo– en la medida en que la competencia medioambiental es una competencia compartida entre la Unión y los Estados Miembros, y allí donde no se haya “ocupado el terreno” los Estados Miembros pueden seguir legislando con libertad. Dejando de lado este supuesto, si la Unión ha ejercitado competencias la situación se puede producir en la medida en que, por ejemplo, se legisle a través de Directivas de armonización mínima. En este sentido, téngase en cuenta que, existe un importante número de directivas en el ámbito medioambiental. Téngase en cuenta, igualmente, que, como se mencionó supra, en la medida en que se legisle con base en el art. 192 TFUE cabe que “las medidas de protección adoptadas [con base en dicho artículo] no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección”.

ii) Ejemplo B (Situación transfronteriza Mixta): retomemos el mismo supuesto modificando únicamente lo relativo a la pertenencia de los Estados implicados a la Unión Europea. Supongamos, en un primer momento (variante B.1) que mientras el Estado 2 –Estado del resultado dañoso– es un Estado Miembro de la Unión Europea, el Estado 1 –Estado del hecho causal– es un Estado tercero. Pese a que en estos supuestos no se puede fundamentar la competencia judicial internacional de un órgano de un Estado Miembro de la UE con base en

el RB I –la sociedad contaminadora no estaría domiciliada en un Estado Miembro de la UE– los mismos pueden llegar a ser juzgados con base en las normas “subsidiarias” de competencia judicial internacional que existen en los diferentes Estados Miembros⁸¹. Supongamos que, pese al inadecuado estándar técnico en vigor en el Estado 1, su Derecho civil resultara más adecuado en aras de la obtención de una mayor reparación del daño, y que la víctima desea elegir ese Derecho como Derecho aplicable. Si esto ocurriera ¿cabría considerar que el estándar técnico en vigor en Derecho nacional –fruto del Derecho medioambiental UE– es una norma de aplicación necesaria / inmediata, independientemente del Derecho que resulte aplicable? Téngase en cuenta que en este caso el art. 17 reseñado brevemente supra no tiene utilidad alguna, dado que las normas de seguridad y comportamiento que interesan a las víctimas no son las que se encontraban en vigor en el lugar del hecho causal. Téngase en cuenta, igualmente, que el hecho de que el contaminador esté domiciliado en un país tercero no disminuye la importancia de los valores medioambientales –ni la gravedad de la situación– ni para la Unión Europea, ni para el Estado Miembro involucrado.

Volvamos a tomar el ejemplo, invirtiendo esta vez su configuración (Variante B.2): el Estado 1 –Estado del hecho causal– es un Estado Miembro de la UE, y el Estado 2 – Estado del resultado dañoso– no lo es. En esta ocasión, no sólo la víctima de un Estado tercero desearía escoger el Derecho civil del Estado de la UE que le resulta más beneficioso en términos de reparación pese a su estándar inferior, sino que además el contaminador europeo podría pretender servirse del art. 17 para que se tuviera en cuenta dicho estándar como “norma de seguridad y comportamiento” del lugar del hecho causal. Adicionalmente –pese a que este detalle excede ligeramente del objeto de la presente contribución– el art. 16 del RR II, que se refiere a las normas de aplicación inmediata / necesaria no permitiría dar cabida al estándar técnico del Estado 2, dado que se no se trataría de una norma de aplicación inmediata / necesaria del foro⁸². En definitiva, ¿sería la situación descrita compatible con el principio “quien contamina paga” y demás aspectos de la política medioambiental de la UE?

⁸¹ Sin embargo, conviene aclarar que un cuarto de los Estados miembros no dispone de normas de competencia judicial internacional adecuadas para tratar con este tipo de supuestos. *Vid.* A. Nuyts y K. Szychowska, *Study on residual jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations) – General report – JLS/C4/2005/07–30–CE*, Bruselas, Université Libre de Bruxelles, 2007, pp. 32–33: Finlandia, Grecia, y Polonia no poseen normas de competencia judicial en materia extracontractual. Austria, la República Checa, Chipre y Malta poseen únicamente normas inadecuadas para tratar la problemática que nos ocupa (basadas en el “lugar del hecho causal”). Ello significaría que las víctimas medioambientales en esos 7 países se verían obligadas a intentar demandar en un Estado tercero, o alternatively, carecerían de acceso a la justicia.

⁸² Sobre este problema en el ámbito del art. 6.3º RR II y el *private enforcement* del Derecho de la Competencia, *vid.* S. Francq y W. Wurmnest, *op. cit.*, pp. 114 ss.

iii) Ejemplo C (Situación meramente internacional producida por un contaminador europeo fuera de la Unión): el tercer ejemplo que se propone es un ejemplo real, la situación de la petrolífera multinacional Shell en Nigeria. Royal Dutch Shell, plc (Shell) comenzó a extraer petróleo en la región del delta del río Niger en 1958. Sus prácticas, según denuncian diversas organizaciones de defensa del medioambiente y de los derechos humanos⁸³, han causado tal devastación medioambiental en la región que el delta del Niger fue calificado en 2006 “*one of the world’s most severely petroleum-impacted ecosystems*”. Además de importantes derrames y fugas de petróleo y sus desastrosas consecuencias, la quema de los gases que se liberan al extraer petróleo –y que en otros países son utilizados para generar energía, o reinyectados en el pozo petrolífero– libera partículas tóxicas en el aire. Entre dichas partículas hay carcinógenos como el benceno que puede provocar convulsiones, daño cromosómico y malformaciones congénitas⁸⁴.

Como se ha explicado *supra*, este tipo de situaciones, pese a producirse fuera del territorio de la UE, puede ser juzgado en un Estado Miembro de la misma: el acceso al foro de competencia judicial internacional del domicilio del demandado está a disposición de demandantes provenientes de terceros estados⁸⁵. De hecho, la prensa se ha hecho eco de la interposición de acciones contra Shell (sociedad matriz) en los Países Bajos respecto a la situación en Nigeria (pese a que su resultado no haya sido el esperado por las ONGs medioambientales involucradas)⁸⁶. Aunque todo parece indicar a que aún no se ha dado ningún caso en este sentido, la totalidad del micro-régimen de DIPr medioambiental de la UE tiene vocación a aplicarse a este tipo de situaciones,

⁸³ Vid. la página dedicada al caso por “Center for Constitutional Rights” (<https://ccrjustice.org/learn-more/faqs/shell%2526%2523039%3Bs-environmental-devastation-nigeria>, consultada por última vez el 13 abril 2004), así como la “*fact sheet*” sobre el caso elaborada por dicha organización y por “*Earth Rights International*” (<https://ccrjustice.org/files/4.6.09%20final%20environmental%20factsheet.pdf>, consultada por última vez el 13 abril 2004).

⁸⁴ *Ibid.*: “*Natural gas is a byproduct of oil drilling. In much of the world, this gas is either used for energy or re-injected into the well. In Nigeria, Shell and other oil companies burn it in a process known as gas flaring [...] The gas burned in flares is not the clean natural gas used for heating or cooking; the gas is contaminated with toxic compounds and the flares send huge toxic plumes into the air. The chemicals, which end up in local waterways and fields through soot and precipitation, include carcinogens such as benzene, a deadly chemical that can cause convulsions, chromosomal damage and birth defects. Many of the flares are located adjacent to Niger Delta communities. According to the World Bank, gas flaring in Nigeria, which generates no useful energy, has contributed more greenhouse gases emissions than all other sources in sub-Saharan Africa combined*”.

⁸⁵ Según interpretación del TJUE en el as. *Josi*, cit.

⁸⁶ Vid. la noticia recogida en el enlace siguiente (consultado por última vez el 14 abril 2014): <http://www.reuters.com/article/2013/01/30/us-shell-nigeria-lawsuit-idUSBRE90S16X20130130>. Se ha admitido la demanda en lo que se refiere a la sociedad filial, pero se ha rechazado en lo que se refiere a la matriz.

dado que el ámbito de aplicación espacial del RR II es universal⁸⁷. Ahora bien, como también se ha explicado supra, la posibilidad de maximizar la reparación al elegir entre dos Derechos potencialmente aplicables (y el consiguiente efecto disuasorio del art. 7 RR II) sólo puede concurrir en situaciones transfronterizas y no en situaciones “meramente internacionales”. Dado que en la situación descrita no hay elección posible y el único Derecho aplicable es el nigeriano ¿podría la intervención de estándares técnicos europeos mejorar la reparación y/o suponer una disuasión respecto a futuros casos? Dicho de otro modo, si las normas del Derecho medioambiental UE fueran normas de aplicación inmediata / necesaria –en virtud de una voluntad de aplicación imperativa bien de origen europeo, bien de origen nacional– independientemente de cuál o cuáles sea(n) el/los Derecho(s) civil(es) aplicable(s) ¿servirían las mismas para mejorar la reparación y protección del medioambiente *lato sensu* y *per se* más allá de las fronteras de la Unión cuando los potenciales responsables sean contaminadores europeos?

Una vez ilustrado el potencial interés práctico de las cuestiones a tratar, procedamos a su estudio. En el marco del mismo nos centraremos en la perspectiva de la protección del medioambiente en hipótesis no exclusivamente intra-Unión, es decir, en situaciones similares a las descritas en los ejemplos B.1, B.2 y C. Esto es debido a que, pese a que en el ejemplo A el elemento de la determinación de la aplicabilidad en el espacio de la norma es sin duda relevante, en el marco del mismo lo verdaderamente fundamental será la existencia –o inexistencia– de un carácter imperativo en los estándares más severos, bien en virtud de una voluntad política nacional, bien en virtud de una voluntad política europea, y este extremo requiere para su comprobación un análisis de tipo jurisprudencial, que desborda el marco de la presente contribución. Esto no significa que, a la inversa, dicho elemento imperativo no sea relevante en el marco de los ejemplos B.1, B.2 y C, pero sí es cierto que el hecho de que los instrumentos Derecho medioambiental de la UE puedan contener referencias espaciales explícitas que ayuden a determinar su ámbito de aplicación adquiere una significación especial en los mismos, y por eso, nos limitaremos a efectuar el análisis con estos tipos de situaciones en mente.

3. Breve análisis de la aplicación espacial del Derecho medioambiental de la UE

En aras de realizar una primera aproximación a la aplicabilidad espacial del Derecho medioambiental de la Unión Europea, adoptaremos una doble perspectiva. En primer lugar expondremos brevemente las bases teóricas de la reflexión en torno a la cuestión, con el fin de comprender el estado actual de la misma. En

⁸⁷ Vid. el art. 3 del propio Reglamento.

segundo lugar, dicha exposición será completada por un breve estudio de tipo práctico, efectuado sobre una pequeña muestra de 10 instrumentos de Derecho medioambiental de la UE, escogidos en función de los concretos aspectos materiales sobre los que versan.

El punto de partida de la reflexión se encuentra en el propio articulado del TFUE. Como ya se ha referido, el actual art. 191.1º TFUE fija como objetivo de la política medioambiental de la Unión Europea “el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente”. En virtud de ello, en la doctrina medioambientalista es frecuente encontrar referencias a que “[g]eographically, the environment mentioned in the Treaty is not limited to the Community environment”⁸⁸. Históricamente, éste no ha sido siempre el caso. En la época del Acta Única Europea la cuestión de hasta qué punto los objetivos medioambientales de la –entonces– Comunidad estaban limitados territorialmente era objeto de discusión⁸⁹. A día de hoy parece haber un cierto consenso respecto a que la concepción de la protección medioambiental consagrada en los Tratados va más allá del ámbito de la Unión. Este consenso que, obviamente, es coherente con ideas muy comunes como que la mayor parte de los problemas medioambientales son “globales por naturaleza” o que “la contaminación no conoce fronteras” ha dado lugar a nuevos matices en el debate.

En primer lugar, la protección medioambiental de tipo “extraterritorial” puede en ciertas circunstancias chocar con las expectativas de terceros estados, que pueden considerar que se está interfiriendo con sus asuntos internos y su soberanía, y dar lugar a conflictos⁹⁰. Ello pese a que el objetivo de la medida en cuestión no sea necesariamente “regional”, sino de tipo “global”. Un ejemplo reciente en éste sentido, que ilustra perfectamente la dificultad para trazar la frontera entre la defensa del medioambiente a nivel global y la incidencia en terceros estados que pueda resultar excesiva para los mismos es el asunto C-366/10, *Air Transport Association of America y otros*. En el mismo el TJUE afirmó que el hecho de que el régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero de la Unión Europea sea de aplicación a toda compañía aérea –incluidas las de estados terceros– cuyos vuelos despeguen o aterricen en aeropuertos de la misma no contraviene obligaciones internacionales previamente adquiridas por la UE⁹¹. A pesar de la sentencia, sin embargo, el desenlace prác-

⁸⁸ Vid. Krämer, *op. cit.*, p.3. En el mismo sentido, J. H. Jans, *op. cit.*, pp. 29–31.

⁸⁹ J.H. Jans, *op. cit.*, p. 29.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 30. En las pp. 89 a 98 reflexiona ampliamente sobre los problemas a los que, alternativamente, puede dar lugar esto en el ámbito del Derecho de la Organización Mundial del Comercio.

⁹¹ As– C-366/10: *Air Transport Association of America et al*, [2011] ECR I-13755. Vid. *inter alia*, parte dispositiva.

tico de la situación ha sido que la UE se ha visto obligada a “matizar” su postura y entrar en negociaciones debido a las presiones internacionales⁹².

Otro aspecto sujeto a discusión es el de saber si el extracto referido del art. 191.1º incluye medidas de tipo unilateral o no⁹³. En este sentido, cabe señalar que tras esta primera referencia, de carácter abierto, sólo en un segundo término, en el art. 191.4º TFUE, se hace referencia a la cooperación internacional y a “acuerdos”. Y en la doctrina se comenta claramente que, al menos a principios del siglo XXI, una parte importante de la política medioambiental extraterritorial de la UE ha sido articulada a través de medidas unilaterales⁹⁴. Estos datos hacen pensar que es posible, como apuntan voces en el ámbito académico de las ciencias políticas, que estemos ante el reflejo de una voluntad de liderazgo internacional de la Unión Europea en materia medioambiental, cuya manifestación más evidente sería el papel jugado por la misma en las negociaciones internacionales relativas al cambio climático⁹⁵.

De lo expuesto hasta éste punto se puede extraer, preliminarmente, que efectivamente la política medioambiental de la Unión puede extenderse más allá de sus fronteras, y que esto ocurre, frecuentemente, a través de medidas de tipo unilateral (Derecho europeo derivado). Ahora bien, lo que interesa específicamente a la presente contribución es recabar indicios respecto a si existen instrumentos europeos que establezcan estándares medioambientales claros cuyo ámbito de aplicación pueda ser calificado de “extraterritorial” en el sentido de obligar a sujetos europeos más allá del territorio de la Unión o a sujetos no europeos cuya actividad tenga un impacto en la UE ¿podría aclarar en algo la cuestión el análisis de tipo práctico anunciado *supra*?

Como se ha indicado, dicho análisis versa sobre un conjunto compuesto principalmente por directivas, pero que incluye también dos reglamentos y una decisión. Dichos instrumentos han sido elegidos dentro del amplísimo cuerpo de Derecho medioambiental de la UE principalmente en función de los concretos aspectos de protección medioambiental sobre los que versan, y adicionalmente por la existencia de referencias cruzadas entre los mismos. Los 10 instrumentos seleccionados son los siguientes: 1) Directiva 87/217/CEE sobre la prevención y la reducción de la contaminación del medio ambiente producida por el amian-

⁹² Vid. el enlace siguiente: http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/index_en.htm (consultado por última vez el 14 abril 2014)

⁹³ J.H. Jans, *op. cit.*, p. 30

⁹⁴ *Ibid.* En la p. 29, el autor citado ofrece una pequeña lista de instrumentos de Derecho medioambiental derivado que inciden bien en el medioambiente a nivel global, bien en el medioambiente a nivel “regional” más allá de las fronteras de la UE.

⁹⁵ Vid. O. Costa, “La política exterior de la UE en materia ambiental. Interacciones, normas y preferencias”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2012*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 377 ss.

to⁹⁶; 2) Directiva 2008/105/CE relativa a las normas de calidad ambiental en el ámbito de la política de aguas⁹⁷; 3) Reglamento 1107/2009 relativo a la comercialización de productos fitosanitarios⁹⁸; 4) Directiva 1999/31/CE, relativa al vertido de residuos⁹⁹; 5) Directiva 2006/11/CE relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad¹⁰⁰; 6) Directiva 2008/98/CE sobre los residuos¹⁰¹; 7) Directiva 2010/75/UE sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación)¹⁰²; 8) Decisión 2000/532/CE (por la que se establece una lista de residuos y residuos peligrosos)¹⁰³; 9) Reglamento 1013/2006 relativo al traslado de residuos¹⁰⁴; 10) Directiva 2004/35/CE –ya mencionada– sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

Como se puede imaginar dadas las premisas expuestas, el objetivo del análisis respecto a dichos instrumentos ha sido doble. En primer lugar se ha tratado de identificar estándares técnicos –y “de comportamiento” medioambiental en sentido amplio– que hayan sido establecidos de manera suficientemente clara y precisa por la propia legislación europea. Es decir, estándares que independientemente del tipo de instrumento europeo en el que se encuentren, no requieran ninguna precisión o clarificación ulterior por parte de Estados Miembros a través

⁹⁶ Directiva 87/217/CEE del Consejo de 19 marzo 1987 sobre la prevención y la reducción de la contaminación del medio ambiente producida por el amianto, DO L 85/40 de 28.3.1987.

⁹⁷ Directiva 2008/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 diciembre 2008 relativa a las normas de calidad ambiental en el ámbito de la política de aguas, por la que se modifican y derogan ulteriormente las Directivas 82/176/CEE, 83/513/CEE, 84/156/CEE, 84/491/CEE y 86/280/CEE del Consejo, y por la que se modifica la Directiva 2000/60/CE, DO L 348/84 de 24.12.2008.

⁹⁸ Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 octubre 2009, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios y por el que se derogan las Directivas 79/117/CEE y 91/414/CEE del Consejo, DO L 309/1 de 24.11.2009.

⁹⁹ Directiva 1999/31/CE del Consejo de 26 abril 1999 relativa al vertido de residuos, DO L 182/1 de 16.7.1999.

¹⁰⁰ Directiva 2006/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 febrero 2006 relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad, DO L 64/52 de 4.3.2006.

¹⁰¹ Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 noviembre 2008 sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas, DO L 312/3 de 22.11.2008.

¹⁰² Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 noviembre 2010 sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación), DO L 344/17 de 17.12.2010.

¹⁰³ Decisión de la Comisión de 3 mayo 2000 que sustituye a la Decisión 94/3/CE por la que se establece una lista de residuos de conformidad con la letra a) del art. 1 Directiva 75/442/CEE del Consejo relativa a los residuos y a la Decisión 94/904/CE del Consejo por la que se establece una lista de residuos peligrosos en virtud del ap. 4 del art. 1 de la Directiva 91/689/CEE del Consejo relativa a los residuos peligrosos [notificada con el n° C(2000) 1147], DO L 226/3, de 6.9.2000.

¹⁰⁴ Reglamento (CE) n° 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 junio 2006 relativo a los traslados de residuos, DO L 190/1 de 12.7.2006.

de normativa de desarrollo. En segundo lugar se ha intentado esclarecer si los instrumentos que contienen dichos estándares suficientemente claros y precisos establecen su propio ámbito de aplicación espacial de modo explícito, o dan al menos alguna orientación al respecto. Respecto a ambos objetivos se ha preferido optar por una perspectiva cauta y restrictiva a la hora de implementar el análisis, como se explicará a continuación. Obviamente, dado el carácter reducido de la muestra, las indicaciones que se puedan extraer deben de ser tratados con suma cautela, y deben de ser entendidos sin perjuicio de un ulterior desarrollo del análisis con base en una muestra más amplia.

Respecto a la cuestión del establecimiento de estándares técnicos suficientemente claros, 7 de los 10 instrumentos estudiados presentan este tipo de estándares. En este sentido, respecto a la actitud de prudencia mencionada anteriormente, en lo que se refiere a las directivas, se ha optado por entender como estándares suficientemente claros y precisos únicamente aquellos que clara e inequívocamente se establezcan directamente en la misma, dejando fuera, por ejemplo, artículos cuya transposición se intuya que puede dar lugar a un estándar en función de la forma en que sea transpuestos por los Estados. Así, se ha dejado fuera artículos relativos a autorizaciones administrativas que exigen, por ejemplo, la aplicación de “las mejores técnicas disponibles” como requisitos para obtener un permiso, licencia, etc.¹⁰⁵. De igual modo, se ha dejado fuera igualmente toda formulación cuya precisión pueda resultar discutible como, por ejemplo, la obligación de utilizar la “la mejor tecnología disponible que no entrañe costos excesivos”.

Una vez realizadas estas aclaraciones, la forma en la que se presentan los estándares que se pueden considerar precisos varía significativamente. En algunos casos se hace referencia, por ejemplo, a la necesidad de aplicar una serie de “normas de calidad ambiental” que se recogen en un anexo al instrumento principal en cuestión (art. 3 Directiva 2008/105/CE). Un ejemplo de “norma de calidad ambiental” (NCA) puede encontrarse en la Parte A del Anexo I de la referida Directiva, que establece, por ejemplo, que la concentración máxima admisible de Benceno en aguas superficiales continentales es de una media anual de 10 µg/l. En otros casos se prescriben normas que cabría entender como normas de

¹⁰⁵ Un ejemplo de este tipo de formulaciones podría ser el siguiente, extraído de la Directiva 2010/75/UE: “Art. 14. *Condiciones del permiso*

1. Los Estados miembros se cerciorarán de que el permiso incluya todas las disposiciones necesarias para el cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 11 y 18.

Tales medidas incluirán, como mínimo, lo siguiente:

a) los valores límite de emisión para las sustancias contaminantes enumeradas en el anexo II, y para otras sustancias contaminantes que puedan ser emitidas en cantidad significativa por la instalación de que se trate, habida cuenta de su naturaleza y potencial de traslados de contaminación de un medio a otro; [...]”.

seguridad en el sentido más estricto del término. Así, *v.gr.*, el punto 6 “Requisitos específicos aplicables al mercurio metálico”, del Anexo II (“Criterios y procedimientos para la admisión de residuos [...]”) de la Directiva 1999/31/CE relativa al vertido de residuos establece que “[l]os recipientes utilizados para el almacenamiento de mercurio metálico serán resistentes a los golpes y a la corrosión. Deberán evitarse, por tanto, las soldaduras [y] el material del recipiente será acero al carbono (mínimo ASTM A36) o acero inoxidable (AISI 304, 316L)”. En otras ocasiones, sencillamente se establecen simples prohibiciones de vertido, de traslado, etc. Por ejemplo, el art. 34 (1 y 2) del Reglamento 1013/2006 establece que “[q]uedan prohibidas todas las exportaciones de residuos desde la Comunidad con destino a la eliminación” y que “[l]a prohibición del ap. 1 no se aplicará a las exportaciones de residuos destinados a la eliminación en países de la AELC que también sean Parte en el Convenio de Basilea”¹⁰⁶.

Por tanto, se puede concluir que, en general, el Derecho medioambiental de la UE sí parece disponer de estándares de “comportamiento medioambiental” lo suficientemente claros como para que pudieran ser susceptibles de ser considerados normas de aplicación inmediata / necesaria en el seno de los ordenamientos de los Estados Miembros.

Obviamente, como se ha explicado *supra*, para poder afirmar que procede dicha calificación sería necesario que concurrieran varios elementos estrechamente interrelacionados¹⁰⁷: 1) una defensa de un interés público; 2) un carácter imperativo; 3) una determinación de su ámbito de aplicación espacial. Precisamente, esto nos lleva al que ha sido, como se ha anunciado, el segundo aspecto objeto de análisis: la búsqueda de referencias espaciales explícitas en los referidos instrumentos.

En lo que se refiere a éste segundo aspecto, el análisis se ha limitado a localizar referencias espaciales que claramente puedan indicar la existencia de una voluntad de aplicación espacial que vaya más allá de lo obvio: se han descartado, por tanto, referencias espaciales que reflejen el carácter necesariamente territorial de determinados aspectos de la relación Administración–administrado, o del ejercicio de determinadas potestades administrativas¹⁰⁸. En este sentido al

¹⁰⁶ Otro ejemplo: Los arts. 3 y 4 de la Directiva 2006/11 relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad establecen la prohibición de verter sustancias incluidas en la lista I del Anexo I a la propia directiva (salvo autorización en contrario), con el objetivo de erradicar la contaminación por dichas sustancias.

¹⁰⁷ Recuérdese que, siguiendo a S. Francq y W. Wurmnest (*op. cit.*, pp. 114–115) los requisitos para considerar que las disposiciones del Derecho de la Competencia son “overriding mandatory rules” son las siguientes: “[...] *they defend the public interest, fix their own scope of application and require their application in a mandatory way*”.

¹⁰⁸ Por ejemplo, la referencia a clasificación de determinadas zonas como zonas de mezclado de aguas que se puede encontrar en el art. 4 Directiva 2008/105/CE (relativa a las normas de calidad am-

menos 6 de los 7 instrumentos que contenían estándares suficientemente claros contienen también marcadores espaciales explícitos que pueden resultar de interés:

i) La Directiva 2008/105/CE relativa a las normas de calidad ambiental en el ámbito de la política de aguas, contiene repetidas referencias en sus considerandos a medias, clasificaciones, regulación, etc. “a escala comunitaria”¹⁰⁹. Dichas referencias pueden ser explicadas como respuesta a la necesidad de justificar que se está respetando el principio de subsidiariedad. Ahora bien, el considerando nº 26 establece que “[v]arios Estados miembros se ven afectados por contaminación procedente de fuentes situadas fuera de su jurisdicción nacional. Así pues es conveniente aclarar que, un Estado miembro no incumpliría las obligaciones derivadas de esta Directiva si se diera el caso de superar una NCA debido a dicha contaminación transfronteriza, siempre que se hayan respetado determinadas condiciones y que se haya aprovechado adecuadamente las disposiciones pertinentes de la Directiva 2000/60/CE”. En este sentido, el art. 6 de la Directiva, titulado “Contaminación transfronteriza”, en su párrafo segundo continúa en la misma línea: “Los Estados miembros emplearán el mecanismo establecido en el art. 12 Directiva 2000/60/CE a fin de facilitar a la Comisión la información necesaria en las circunstancias establecidas en el ap. 1 del presente artículo y un resumen de las medidas adoptadas en relación con la contaminación transfronteriza en el plan hidrológico de cuenca pertinente, de conformidad con los requisitos de información establecidos en el art. 15, ap. 1, de la mencionada Direc-

biental en el ámbito de la política de aguas) puede tomarse como ejemplo de disposición que *per se* debe de tener carácter eminentemente territorial por su naturaleza: “Zonas de mezcla: 1. Los Estados miembros podrán designar zonas de mezcla adyacentes a los puntos de vertido. Las concentraciones de una o más sustancias enumeradas en el anexo I, parte A, podrán superar las NCA pertinentes dentro de dichas zonas de mezcla siempre que el resto de la masa de agua superficial siga cumpliendo dichas normas [...]”. Igualmente, pueden considerarse ejemplos de los aspectos a los que se está haciendo referencia los considerandos 27, 28 y 29 Reglamento 1107/2009: “(27) [...] Por razones de eficiencia, debe preverse un procedimiento armonizado a escala comunitaria para valorar dichas diferencias. (28) La buena cooperación administrativa entre los Estados miembros se debe intensificar durante todas las fases del procedimiento de autorización. (29) [...] Para evitar la duplicación de trabajo, reducir la carga administrativa de la industria y de los Estados miembros y establecer una disponibilidad más armonizada de productos fitosanitarios, un Estado miembro debe aceptar las autorizaciones concedidas por otro Estado miembro si las condiciones agrícolas, fitosanitarias y medioambientales (incluidas las condiciones climáticas) son comparables. Por consiguiente, conviene dividir la Comunidad en zonas con tales condiciones comparables a fin de facilitar dicho reconocimiento mutuo”.

¹⁰⁹ Vid. considerandos nº 10 y 11. Considerando nº 10: “La Decisión nº 2455/2001/CE establece la primera lista de 33 sustancias o grupos de sustancias clasificadas en orden prioritario que van a ser objeto de medidas a escala comunitaria [...]”; considerando nº 11: “En interés de la Comunidad y para una más efectiva regulación de protección de las aguas superficiales, conviene que se establezcan NCA para los contaminantes clasificados como sustancias prioritarias a escala comunitaria [...] No obstante, las normas comunes establecidas para esos contaminantes demostraron ser útiles y conviene, por tanto, mantener su regulación a escala comunitaria”.

tiva”. La referida Directiva 2000/60/CE¹¹⁰, establece, por su parte, en su art. 3.5º que

“... [c]uando una demarcación hidrográfica se extienda más allá del territorio de la Comunidad, el Estado miembro o los Estados miembros interesados se esforzarán por establecer una coordinación adecuada con los Estados no miembros concernidos, con el fin de lograr los objetivos de la presente Directiva en toda la demarcación hidrográfica. Los Estados miembros velarán por la aplicación en su territorio de las normas de la presente Directiva”.

En este sentido, parece que los referidos instrumentos, pese a concebir una eventual “coordinación” pujan fuertemente por la materialización de sus objetivos más allá de lo que cabría definir estrictamente como territorio de la Unión.

ii) La Directiva 1999/31/EC, relativa al vertido de residuos, contiene algunas referencias espaciales relativas a la Unión en sus considerandos: considerando ° 2: “[...] sólo deberán realizarse en la Comunidad actividades de vertido seguras y controladas [...]”; cdo. n° 11: “[...] proteger, preservar y mejorar la calidad del medio ambiente de la Comunidad [...]”. Sin embargo, en virtud de su art. 1.1º hace referencia claramente a la protección medioambiental a escala global: “[...] el objetivo de la presente Directiva es establecer, mediante rigurosos requisitos técnicos y operativos sobre residuos y vertidos, medidas, procedimientos y orientaciones para impedir o reducir, en la medida de lo posible, los efectos negativos en el medio ambiente del vertido de residuos, en particular la contaminación de las aguas superficiales, las aguas subterráneas, el suelo y el aire, y del medio ambiente mundial, incluido el efecto invernadero, así como cualquier riesgo derivado para la salud humana, durante todo el ciclo de vida del vertedero”.

iii) La Directiva 2006/11 relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad, contiene marcadores espaciales explícitos tanto en su propio título como en su considerando segundo que se refieren únicamente al medioambiente intra-Unión. Pero su considerando tercero da a entender que dicha especificidad se debe a la existencia de convenios internacionales en la materia (“Varios convenios tienen por finalidad proteger los cursos de agua internacionales y el medio marino contra la contaminación. Debe garantizarse la aplicación armónica de estos convenios”).

¹¹⁰ Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 octubre 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, DO L 327/1 de 22.12.2000.

iv) La Directiva 2008/98/CE sobre los residuos, en su considerando nº 28, hace referencia al hecho de que la misma “debe contribuir a ir transformando la UE en una ‘sociedad del reciclado’, que trate de evitar la generación de residuos y que utilice los residuos como un recurso”.

v) La Directiva 2010/75/UE sobre las emisiones industriales, contiene en su considerando tercero una referencia espacial, pero que podría responder únicamente a una constatación de necesidad de armonización en favor de la realización de los objetivos del Mercado Interior (“Dicho tratamiento contribuirá también a establecer en la Unión la igualdad de condiciones mediante la armonización de los requisitos que deben cumplir las instalaciones industriales con respecto al comportamiento medioambiental”).

vi) Por último, el Reglamento 1013/2006 relativo los traslados de residuos refleja claramente, tanto en sus considerandos como en su articulado una preocupación medioambiental que va claramente más allá de lo que sería estrictamente el medioambiente de la Unión (considerando nº 26: “Es necesario, con el fin de proteger el medio ambiente de los países afectados, aclarar el alcance de la prohibición, establecida de acuerdo con el Convenio de Basilea, de las exportaciones de la Comunidad de residuos destinados a su eliminación en un tercer país que no sea miembro de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)”¹¹¹). Ahora bien, es cierto que esta preocupación no resulta sorprendente en la medida en que este Reglamento supone la “prolongación” en el ámbito de la UE del Convenio sobre el control de los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos y su eliminación, adoptado en Basilea el 22 marzo 1989.

Vistos los datos expuestos, cabe concluir el análisis propuesto indicando que, potencialmente, 3 de los 6 instrumentos que contienen estándares técnicos suficientemente claros y referencias espaciales explícitas podrían tener vocación a ser aplicados “extraterritorialmente” en la medida en que hacen referencia –de

¹¹¹ Los considerandos del Reglamento 259/1993, que precedió al Reglamento 1013/2006, eran incluso más claros en este sentido: “[...] Considerando que las exportaciones de residuos destinados a la eliminación, dirigidos a países terceros deben prohibirse con objeto de proteger el medio ambiente de dichos países, que deberán establecerse excepciones a las exportaciones destinadas a los países de la AELC que también sean Parte del Convenio de Basilea; Considerando que las exportaciones de residuos destinados a la valorización, dirigidos a países en que no sea aplicable la Decisión de la OCDE deben estar sujetos a condiciones que establezcan una gestión ambientalmente racional de los residuos; Considerando que la Comisión también debe someter los acuerdos o arreglos sobre exportaciones de residuos destinados a la valorización con países en los que no sea aplicable la Decisión de la OCDE, a una revisión periódica que, en su caso, conduzca a una propuesta de la Comisión para reconsiderar las condiciones en que dichas exportaciones se llevan a cabo, incluyendo la posibilidad de prohibición”.

modo más o menos explícito— al medioambiente más allá de los límites de la Unión.

Si se trasladaran estas ideas al terreno práctico darían lugar a lo siguiente: supongamos que la empresa “A”, domiciliada en “1” Estado de la UE, envía a “2”, Estado no miembro de la UE, un cargamento de Mercurio líquido con vistas a su eliminación. Como se ha indicado en virtud del art. 34 (1 y 2) del Reglamento 1013/2006 están prohibidas las exportaciones de residuos con vistas a su eliminación a todo país que no forme parte de la AELC y del Convenio de Basilea. Igualmente, en virtud del punto 6 del Anexo II de la Directiva 1999/31/CE “[l]os recipientes utilizados para el almacenamiento de mercurio metálico serán resistentes a los golpes y a la corrosión”. Supongamos que no sólo se viola la prohibición de exportación clandestinamente, sino que además los recipientes no son resistentes ni a los golpes ni a la corrosión. Supongamos por ello se produce una fuga y que el mercurio líquido termina alcanzando un naciente de agua del que se abastece la población de la zona, provocando gravísimos problemas de salud. Si dicha población decidiera demandar a “A” ante los tribunales de “1” por el daño medioambiental *lato sensu* sufrido, existen argumentos (referencias espaciales explícitas a la protección del medioambiente más allá de las fronteras de la UE) que, sin perjuicio de la necesidad de analizar otros elementos, apuntan a la posibilidad de considerar los estándares mencionados como normas de aplicación necesaria / inmediata.

VI. Conclusiones

¿Qué conclusiones se podrían extraer preliminarmente de lo expuesto? Todo parece indicar que los instrumentos europeos de Derecho medioambiental pueden contener referencias espaciales que ayuden a determinar su ámbito de aplicación en el espacio, y que en muchas ocasiones dichas referencias señalan al medio ambiente más allá de las fronteras de la Unión, lo cual se corresponde con la voluntad de liderazgo internacional y a la preocupación internacional —“global” y “regional”— que parece caracterizar a la política medioambiental de la UE.

En virtud de dichos datos, la concepción expuesta respecto a las normas de Derecho de la competencia como normas de aplicación inmediata / necesaria que, en el ámbito del ejercicio de acciones de Derecho privado a nivel internacional, determinan su ámbito de aplicación independientemente de toda norma de conflicto parecería *a priori* trasladable al ámbito medioambiental.

Ahora bien, debe de tenerse en cuenta que el hecho de que el Derecho medioambiental de la UE pueda tener una voluntad de aplicación extraterritorial en términos estrictamente administrativos (o de *public enforcement*) no significa

necesariamente que dicha voluntad de aplicación extraterritorial pueda bien dar lugar o bien sustentar acciones de responsabilidad extracontractual entre sujetos privados a nivel internacional. Para que eso pueda ocurrir y que, siguiendo las líneas de la teoría expuesta, los estándares que contiene puedan ser considerados normas de aplicación necesaria /inmediata hará falta además que requieran su aplicación de modo imperativo (“*require their application in a mandatory way*”), dado que responder a un interés público, en principio, lo hacen. La existencia o inexistencia de dicho carácter imperativo, y en definitiva, la eventual puesta en práctica de la construcción referida –especialmente en situaciones no intra-Unión– dependerá de dos factores de carácter político, no jurídico. El primer factor sería la eventual amenaza de la deslocalización de las empresas europeas si llegaran a considerar que dicho marco jurídico les resulta inaceptable. A la hora de medir el peso de dicho argumento será necesario tener en cuenta, sin embargo, que según los indicadores estadísticos de Eurostat, las normas jurídicas aplicables no se encuentran entre los principales factores considerados por las empresas de la UE a la hora de considerar una eventual deslocalización¹¹². El segundo factor de carácter político será la sensibilidad a nivel diplomático de la “extraterritorialidad” en lo que respecta a terceros estados. Ahora bien, dicha sensibilidad debe de ser matizada: si bien se puede entender que, diplomáticamente, pueda resultar delicado aplicar un estándar medioambiental de la UE a un contaminador transfronterizo situado en un Estado no miembro (Ejemplo B.1), no parece que deba de resultar sensible en igual medida que se le aplique un estándar medioambiental europeo a un contaminador europeo, aun cuando el impacto de sus acciones tenga lugar en un Estado no miembro (Ejemplos B.2 y C).

En cualquier caso, obviamente, todos los apuntes realizados en las páginas precedentes poseen una naturaleza preliminar, y para poder ir más allá, resultaría necesario, además de ampliar la muestra de instrumentos medioambientales de la UE considerados, completar el ejercicio con un análisis de tipo jurisprudencial, entre otros elementos. Pese a ello, dichos apuntes no están exentos de interés: el mismo reside en que sirven de primera aproximación a una cuestión jurídicamente compleja y apuntan en una línea en la que probablemente resulte provechoso profundizar.

¹¹² Según análisis estadísticos realizados por Eurostat entre 2007 y 2011, para las empresas europeas el factor “*less regulation affecting the enterprise, e.g. less environmental regulation*” está entre los factores con menor peso a la hora de considerar una eventual deslocalización. Dichos análisis estadísticos forman parte de un set de 4 estudios publicados por Eurostat en septiembre de 2013. En concreto, el Estudio cuyos datos se refieren puede ser encontrado en el siguiente enlace: http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=iss_11sbmot&lang=en. Adicionalmente, los meta-datos para el conjunto de las estadísticas eurostat relativas a la categoría “*international sourcing – all activities*” puede ser encontrado en el enlace siguiente: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_SDDS/EN/iss_esms.htm (enlaces comprobados por última vez el 14 abril 2014).

Bibliografía

- Bogdan, M.: "Some Reflections Regarding Environmental Damage and the Rome II Regulation", en G. Venturini y S. Bariatti (eds.), *Nouvi Instrumenti del Diritto Internazionale Privato – Liber Fausto Pocar*, Milán Giuffrè, 2009, p. 100.
- Coscuella Montaner, L.: *Manual de Derecho administrativo. Parte general*, 23ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 565–566.
- Costa, O.: "La política exterior de la UE en materia ambiental. Interacciones, normas y preferencias", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria–Gasteiz 2012*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 377 ss.
- De Sadeleer, N.: "Droits fondamentaux et protection de l'environnement dans l'ordre juridique de l'UE et dans la CEDH", *Revue européenne de droit de la consommation*, 2011, nº 1, pp. 28–29.
- Díez–Picazo, L.: *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.
- Fawcett J. y J.M. Carruthers: *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, 14ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Fernández Rozas, J.C. y S. Sánchez Lorenzo: *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- Francq, S. y W. Wurmnest: "International Antitrust Claims under the Rome II Regulation", en J. Basedow, S. Francq y L. Idot (eds.), *International Antitrust Litigation – Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart, 2012.
- Hartley, T.: *The Foundations of European Union Law*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Jans, J.H.: *European Environmental Law*, 2ª ed., Groningen, Europa Law Publishing, 2000.
- Jaquenod de Zsögön, S.: "Derecho ambiental: entre la interdisciplinariedad y lo transversal", en M. Castañón del Valle (coord.), *Derecho ambiental: Introducción a su normativa*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2002, pp. 23 ss.
- Klein, F.–E. (ed.): *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé (20 et 21 mars 1986) – Rapports et procès-verbaux des débats*, Bâle, Francfort–sur–le–Main, Helbing & Lichtenhahn, 1991.
- Krämer, L.: *EC Environmental Law*, 6ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2007.
- Markesinis, B.S. y S.F. Deakin, *Tort Law*, 4ª ed., Oxford, OUP, 1999, pp. 36–41.
- Martín Mateo, R.: *Manual de Derecho ambiental*, 3ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2003, pp. 55–56.
- Mayer P. y V. Heuzé: *Droit international privé*, 8ª ed., París, Montchrestien, 2004.
- Munari, F. y L. Schiano di Pepe: "Liability for Environmental Torts in Europe: Choice of Forum, Choice of Law, and the Case for Pursuing Effective Legal Uniformity", en A. Malatesta (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and other Non-contractual Obligations in Europe. The "Rome II" proposal*, Pádua, Cedam, 2006, pp. 190 ss.
- Nuyts, A. y K. Szychowska: *Study on residual jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations) – General report – JLS/C4/2005/07–30–CE*, Bruselas, Université Libre de Bruxelles, 2007.
- Rigaux F. y M. Fallon: *Droit international privé*, 3ª ed., Bruselas, Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 2005.
- Rigaux, F.: *Droit public et droit Privé dans les relations internationales*, París, Editions A .Pedone, 1977.
- Rodríguez Pineau, E.: "Conflict of Laws Comes to the Rescue of Competition Law: The New Rome II Regulation", *J. Pr. Int'l L.*, 2009, pp. 311 ss.

- Symeonides, S.: "Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity", *Am. J. Comp. L.*, vol. 56, 2008, pp. 209–210.
- Tunc, A. (ed.): *International Encyclopedia of Comparative Law. 11. Torts*, Tubinga, Mohr–Siebeck, 1969–1977, pp. 87–107.
- Van Gerven, W., J. Lever y P. Larouche: *Cases, materials and text on National, Supranational and International Tort Law. Ius Commune casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart, 2000.
- Vinaixa Miquel, M.: *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, (De conflictu legum – Estudios de Derecho Internacional Privado 8), Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, p. 67–73.
- Von Bar, C. (ed.): *Non-contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.)*, *Principles of European law*, 7, Múnich, Sellier, 2009, p. 229.
- Von Bar, C. & U. Drobniig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe :A Comparative Study*, Múnich, Sellier, 2004

LAS OPERACIONES DE COMPRAVENTA EN LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL *

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ **

SUMARIO: I. Introducción. II. Ley aplicable a las ventas entre proveedor y distribuidor: 1. Modalidades de elección de ley: A) Cláusulas genéricas. B) Cláusulas específicas. 2. Conexiones objetivas: A) Ley del distribuidor versus ley del proveedor. B) La búsqueda de otras leyes más estrechamente vinculadas. 3. Impacto del Derecho uniforme. III. Arreglo de controversias por ventas entre distribuidor y proveedor: 1. Arreglos pactados: A) Sumisión a tribunales; B) Arbitraje. 2. Arreglos no pactados: A) Normas generales de competencia judicial internacional. B) Lugar de cumplimiento de la obligación controvertida. C) La *vis attractiva* del lugar de entrega de las mercancías. IV. Conclusiones.

RESUMEN: La distribución internacional implica la colaboración comercial entre una parte, el proveedor, que vende productos y mercancías a otra parte, el distribuidor, para que este, a su vez, los revenda a terceros. Las partes, en el propio acuerdo marco de distribución internacional, pueden diseñar el régimen normativo de las futuras operaciones de compraventa entre proveedor y distribuidor. Por esta razón, cualquier pacto sobre ley aplicable o sometimiento a Arbitraje o a unos tribunales concretos debe delimitar clara y precisamente si se aplica solo a las cuestiones relativas a la colaboración comercial entre las partes o si también se extiende a las futuras operaciones de compraventa. En defecto de pacto de las partes, las ventas del proveedor al distribuidor tienen una autonomía propia y, por ello, deben someterse al régimen general de la compraventa internacional. Ello implica la aplicación, salvo que exista otra más vinculada, de la ley de residencia habitual del proveedor, que contrasta con la aplicación de la ley de residencia habitual del distribuidor respecto de la colaboración comercial. Implica, igualmente, el juego de la presunción, a efectos de la competencia judicial internacional y salvo pacto en contra, de que la obligación que sirve de base a la demanda y relacionada con la venta se ejecuta donde se tienen que entregar las mercancías, en contraste con la presunción de que la obligación relacionada con la colaboración comercial se ejecuta donde se tienen que prestar los servicios de distribución. No obstante lo expuesto, debe destacarse la especialidad de una concreta obligación contractual, la de recompra del stock sobrante por parte del proveedor, convertido en comprador.

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto de la Fundación Ramón Areces (2013–2015) “Régimen jurídico de la comercialización y distribución internacional”.

** Profesor titular de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo.

PALABRAS CLAVE: COMPRAVENTA INTERNACIONAL — DISTRIBUCIÓN INTERNACIONAL — COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL — ARBITRAJE INTERNACIONAL — LEY APLICABLE.

ABSTRACT: *International distribution implies the commercial collaboration between a party, the supplier, who sells products and goods to other party, the distributor, who resells in turn to third parties. In the proper framework agreement of international distribution, the parties may agree the rules of the future sales between supplier and distributor. For this reason, the choice of law or courts and the arbitration agreement shall clearly and precisely determine if it is applied only to the issues of the commercial collaboration of the parties or also to the future sales. In absence of agreement of the parties, the sales of the supplier to the distributor have their autonomy and, therefore, they shall be submitted to the general rules of the international sales. Thus, the law of the habitual residence of the supplier shall be applied, unless another law is more closely connected and in contrast with the application of the law of the habitual residence of the distributor in relation with the commercial collaboration. Concerning international jurisdiction and unless otherwise agreed, the presumption in favor of the court of the place where the goods have to be delivered, as place of performance of the obligation in question, shall be applied, in contrast with the presumption in favor of the court of the place where the commercial services have to be provided. Nevertheless, a specific contractual obligation shall be highlighted: the repurchase of stock by the supplier, become purchaser.*

KEY WORDS: *INTERNATIONAL SALE.— INTERNATIONAL DISTRIBUTORSHIP.— INTERNATIONAL JURISDICTION.— INTERNATIONAL ARBITRATION.— APPLICABLE LAW.*

I. Introducción

1. La distribución internacional implica la colaboración comercial entre una parte, el proveedor, que vende productos y mercancías a otra parte, el distribuidor, para que este, a su vez, los revenda a terceros, ya sean usuarios finales (distribuidor minorista) u otros intermediarios en la cadena de comercialización (distribuidor mayorista)¹. Tradicionalmente, su régimen jurídico internacional se ha determinado en función de si predomina su carácter de prestación de servicios comerciales por el distribuidor o de compraventa de mercaderías². Sin embargo,

¹ Se ha optado por un concepto operativo mínimo, derivado de la práctica contractual y perfectamente delimitado por la Cámara de Comercio Internacional. *Vid.* en el ámbito internacional, P. Lagarde, “La loi applicable au contrat de distribution commerciale”, en N. Lacasse, L. Perret y J. E. Denis (dirs.), *Les contrats internationaux de distribution*, W & L, 1992, pp. 87–105, pp. 91 ss; C. M. Schmitthoff, “Agency in International Trade”, *Recueil des Cours*, t. 129, 1970–I, pp. 107–203; C. Ferry, “Contrat international d’agent commercial et lois de police”, *Journ. dr. int.*, t. 120, 1993, pp. 299–307. En el ámbito estrictamente europeo, *vid.* M.W. Hesselink y otros (ed.), *Principles of European Law. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Múnich, Sellier/Bruylant/Staempfli, 2006, pp. 257 ss.

² *Vid.* F.J. Garcimartín Alférez, “Contratos de distribución internacional: competencia judicial y ley aplicable”, en A. Alonso Ureba y otros (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 221–240, esp. pp. 230–231, refiriéndose al “centro de gravedad” del contrato para determinar si se trata de una cuestión relativa a la compraventa o la prestación de servicios de distribución. *Vid.* igualmente, M.A. Cebrián Salvat, “Competencia judicial internacional en defecto de pacto en los contratos de distribución europeos: el contrato de distribución como contrato de prestación de servicios en el Reglamento

desde una perspectiva funcional, resulta más adecuado partir de que esta relación de distribución se compone de dos tipos contractuales diferenciados: la colaboración comercial entre las partes, la tradicionalmente denominada “concesión”³, y la celebración de compraventas en ejecución de dicha colaboración⁴. Por esta línea, aunque de forma no muy detenida, parece decantarse el TJUE⁵: este ha calificado a los contratos de “distribución o concesión” como de prestación de servicios, pero también se ha referido a los “contratos de venta ulteriores”⁶ entre las partes, dando a entender que estos son un tipo contractual separado.

2. Procede, pues, delimitar las cuestiones que quedarían bajo el régimen jurídico de los servicios de distribución y las que se someterían al régimen de la compraventa. Al respecto, en ocasiones, la identificación de los servicios de distribución se ha reservado al contenido mismo del acuerdo marco de colaboración comercial (stricto sensu el contrato de distribución). La práctica ha demostrado, no obstante, que tal criterio es ambiguo, no solo por la falta de definición de tal contrato en el Derecho de la UE⁷, sino también porque en el propio acuerdo marco de distribución se pueden regular muchas cuestiones relativas a las futuras operaciones de compraventa, cuando no incorporar un pedido inicial⁸.

Más preciso resulta entender que el régimen de la compraventa se aplicará a toda cuestión común a un contrato de compraventa: oferta, aceptación o contraoferta⁹; la obligación, lugar y momento de entrega de las mercancías, las obliga-

44”, CDT, vol. 5, 2013, pp. 125–138, esp. pp. 133 ss, sobre la calificación del contrato en función de su finalidad económica.

³ Sobre el origen del término, vid. C. Champaud, “La concession commerciale”, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, pp. 451–504, esp. pp. 453–454.

⁴ Vid. en el Derecho comparado, J. M. Mousseron y otros, *Droit de la distribution*, París, Bibliothèque de Droit de l’Entreprise, 1975, pp. 153 ss; en el ámbito internacional, J. Maseda Rodríguez, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum, 2000, pp. 115 ss.

⁵ STJ 19 diciembre 2013, as. C–9/12: *Corman–Collins SA c. La Maison du Whisky SA*, disponible en <http://curia.europa.eu>.

⁶ Ap. 28 de la citada Sentencia de 19 diciembre 2013 en el Asunto *Corman–Collins*. Al respecto, vid. A.M. López Rodríguez, “El contrato de distribución exclusiva o concesión comercial como contrato de prestación de servicios a efectos de la aplicación de la aplicación del foro conflictual del RB I”, *La Ley UE*, n° 13, 2014, pp. 37–44, esp. p. 41.

⁷ Cf. F.J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, p. 231. El autor llama la atención sobre la mención expresa a la distribución en el Reglamento “Roma I”, acompañada de su calificación como “prestación de servicios” (cdo. 17).

⁸ En el modelo de contrato de distribución internacional de la CCI existen, entre otras, alusiones a la aplicación de la Convención de Viena de 11 abril 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. Vid. de forma más general, T.F. Clasen, *International Agency and Distribution Agreements (Analysis and Forms)*, vol. I, Butterworth, 1990, ap. 11.7.

⁹ Por último, la ley rectora de las operaciones de compraventa determina el régimen de las circunstancias sobrevenidas a la tramitación del pedido. Así establecerá si es posible, y en qué condiciones,

ciones instrumentales de transporte, puesta a disposición de toda la información necesaria, conformidad de la mercancía (recursos, subsanación, plazos...), la recepción o rechazo de la mercancía; la obligación, lugar y momento del pago del precio, y la propia nulidad, anulación o rescisión de la operación de compraventa¹⁰. Y ello independientemente de que en el acuerdo marco de distribución se hagan menciones al respecto, tales como cláusulas de tramitación de pedidos (idiomas, órdenes de compra, plazos...) o de “fabricación contra pedido”, de modo que el distribuidor puede especificar la forma, las dimensiones o las características de los productos.

Por exclusión, el régimen de las operaciones de compraventa no se ocupa de aquellas cuestiones pertenecientes al servicio de distribución o de la colaboración comercial¹¹, tales como cesiones de uso de signos distintivos, objetivos comerciales, estándares de organización empresarial del distribuidor, cláusulas de no competencia, etc. Tampoco regula la concesión en exclusiva que implica la obligación del proveedor de no vender a otros distribuidores¹² ni, en último término, la terminación de la distribución y la indemnización por clientela que pueda corresponder¹³.

Entremedias de estas cuestiones incluidas o excluidas del régimen jurídico de las compraventas, aparecen otras cláusulas contractuales más controvertidas, ya que las ventas, precisamente por traer su causa de una colaboración comercial¹⁴,

revocar la oferta de venta del proveedor. Determinará, asimismo, cómo se produce la aceptación del distribuidor o sus contraofertas, qué ocurre cuando se realiza una aceptación tardía por el distribuidor, si es posible la anulación de pedidos o si cabe que el distribuidor no acepte el pedido por resultar excesivo.

¹⁰ La ley aplicable a cada operación de compraventa determinará cómo afecta la nulidad o anulación del acuerdo marco del contrato de distribución, *vid.* G. Cassoni, “I contratti collegati nel diritto internazionale privato”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XV, 1979, pp. 23–43, esp. pp. 27 ss.

¹¹ *Vid.* J. Thieffry, “La distribution des produits à l'étranger”, *Rev. trim. dr. comm. et dr. econ.*, t. XXXVIII, 1985, pp. 725–736, esp. pp. 731–732.

¹² Obsérvese que, en este caso, no se ven afectadas las compraventas del distribuidor sino una obligación de no hacer respecto de otros distribuidores, lo que en sí mismo es una forma de colaboración comercial.

¹³ *Vid.* J. Fontcuberta Llanes, *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, M. Pons, 2009, pp. 159 ss; y, en el Derecho comparado, R. Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, Nápoles, Napoli, 1979, esp. pp. 351 ss. También quedan fuera del alcance de la ley rectora, cuestiones próximas a la competencia desleal como puede ser la intromisión en la clientela ajena, *vid.* J.I. Ruiz Peris, *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución (Encroachment)*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2007, esp. pp. 175 ss.

¹⁴ Lo que J. Maseda Rodríguez ha denominado como “autonomía dependiente”, *cf. op. cit.*, p. 59. *Vid.* igualmente, A. Ronzano, “Essai de synthèse”, en A. Sayag (dir.), *Le contrat-cadre. 2 La distribution*, París, Litec, 1995, pp. 411–504, esp. pp. 470 ss. Esta dependencia ha originado reticencias en el Derecho comparado, especialmente en el *common law*, sobre el tratamiento como simples operaciones de compraventa, *cf.* A. Ronzano, “La distribution en Europe: les exemples français, allemand, anglais et italien”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 47, n° 2, 1995, pp. 413–419, esp. p. 415. Sobre estos contratos en otras áreas geográficas, *vid.* M.S.A. Saleh, “Les lois de six pays arabes relatives aux agences commerciales et

no son compraventas estándar. Una de esas cláusulas es aquella por la que el proveedor se obliga a enviar catálogos y ofertas de productos, incluyendo especificaciones técnicas y comerciales y las recomendaciones de venta a terceros. El deber de enviar catálogos y ofertas pertenece estrictamente al régimen de la colaboración comercial; sin embargo, la eficacia de la oferta y su aceptación ya entra dentro del ámbito de aplicación del perfeccionamiento de la compraventa o pedido.

Otra cláusula especialmente problemática alude al deber del proveedor de tener una partida mínima disponible para entregas inmediatas o al deber del distribuidor de realizar un pedido mínimo o de mantener un contingente o stock mínimo para la distribución. Aunque la ejecución de estas obligaciones dependa de la ley rectora de la operación de compraventa, la existencia de estos deberes es previa y dependiente de la ley rectora de la colaboración comercial, de la que estas obligaciones traen su causa.

3. La constatación de este doble régimen, uno para la colaboración comercial y otro para la operación de la compraventa propiamente dicha, afecta incluso a la propia calificación del contrato como internacional. Puede ocurrir que la colaboración comercial sea transfronteriza pero las compraventas sean puramente locales.

Tal sería el supuesto en el que los establecimientos principales de ambas partes se encuentra en Estados distintos pero el fabricante tiene una planta en el Estado donde está establecido el distribuidor y donde se entregarán las mercancías para ser distribuidas. Incluso en estos casos puede defenderse la internacionalidad de la operación de compraventa y, con ello, la posibilidad de elegir ley sin límites derivados de las normas no derogables por acuerdo. La presencia de un establecimiento del proveedor, sin personalidad jurídica propia y diferenciada, en el Estado donde se realizará la distribución no resta relevancia al elemento internacional.

En otras ocasiones sucede que las operaciones de compraventas son transfronterizas pero la colaboración comercial tiene un carácter marcadamente local. Tal sería el caso en el que las partes tienen sus establecimientos principales en el Estado donde se va a realizar la distribución, pero las mercancías se entregan en un Estado distinto. A este respecto, la distinción que realiza el Reglamento

aux contrats de distribution", *Rev. dr. int. dr. comp.*, t. 66, 1989, pp. 7-23; y D. Campbell y L. Lafili (ed.), *Distributorships, Agency and Franchising in an International Area: Europe, United States, Japan and Latin American*, Deventer, Kluwer, 1990, *passim*; G. Bogaert y U. Lohmann (eds.), *Commercial Agency and Distribution Agreements*, 2ª ed., Londres/Norwell, AIJA, 1993, esp. pp. 43 ss.

“Roma I” (RR I)¹⁵ entre contrato de distribución y contrato de compraventa, y que se tratará más adelante, quizá sea un indicio de que el primero podría considerarse local, pese a la internacionalidad del segundo¹⁶.

II. Ley aplicable a las ventas entre proveedor y distribuidor

1. Modalidades de elección de ley

A) Cláusulas genéricas

4. En el momento de celebrar el acuerdo marco de distribución, resulta muy recomendable que las partes elijan la ley rectora del contrato¹⁷. Podría pensarse, por ejemplo, en la ley del Estado donde se halla el establecimiento del distribuidor si allí se va a ejecutar el contrato; también podría elegirse la ley del Estado donde se halla el establecimiento del proveedor, para que este someta a un único ordenamiento las distribuciones de su producto que se realicen en cualquier parte del Mundo y favorezca una red integrada de distribuidores. Sea como fuere, es importante una redacción amplia y clara de las cuestiones incluidas en la cláusula de elección de ley¹⁸, destacando, en particular, si la elección se refiere tanto a las obligaciones derivadas del contrato como a las operaciones de compraventa que se van a ejecutar durante la vigencia del contrato¹⁹. No importa que estas

¹⁵ Reglamento (CE) n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”), DO n° L 177 4.7.2008.

¹⁶ Piénsese, *v.gr.*, en el siguiente caso patológico de internacionalización del contrato: el proveedor, domiciliado en España, contrata con un distribuidor, también domiciliado en España, para la distribución de productos en territorio español. Los productos son fabricados en Taiwán e importados por el propio distribuidor a territorio español, eligiéndose la ley taiwanesa. En este caso, la elección de la ley taiwanesa debería respetar la aplicación de las normas imperativas del ordenamiento español (= autonomía de la voluntad material) en lo que atañe al servicio de distribución. No obstante, sería conveniente un pronunciamiento del TJUE al respecto, porque también podría entenderse que la internacionalidad de la compraventa tiene una significación jurídica y económica tan relevante que convierte en internacional el propio contrato de distribución. Es verdad que se trata de un contrato autónomo y distinto del contrato marco de distribución, pero no es menos cierto que es un contrato nace para la ejecución de dicha distribución y, por tanto, es dependiente de esta.

¹⁷ Vid. F.J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, pp. 224–225.

¹⁸ Vid. en términos generales, P. de Miguel Asensio, “Cláusulas de elección del Derecho aplicable”, en S.A. Sánchez Lorenzo (coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 243–266. En concreto, respecto del contrato de distribución, *vid.* J. Maseda Rodríguez, *op. cit.*, pp. 61 ss.

¹⁹ Vid. la siguiente cláusula tipo de elección de ley en el contrato de distribución: “El presente contrato y todas las operaciones de compraventa efectuadas en ejecución del mismo se rigen por las leyes de [Estado elegido o unidad territorial de un Estado con normativa contractual propia], con exclusión de sus normas de Derecho internacional privado”. Como se observa, el supuesto de hecho abarca las obligaciones derivadas del contrato y las operaciones de compraventa que se van a ejecutar durante la

operaciones de compraventa sean futuras, ya que el RR I no exige que la elección deba hacerse en el momento de celebración de cada contrato, *in casu*, cada compraventa²⁰.

5. No obstante, la existencia de estas dos partes diferenciadas en el contrato, una de las cuales, la de realización de operaciones de compraventa, puede, además, diferirse en el tiempo, origina problemas a la hora de interpretar las cláusulas de elección redactadas de forma genérica²¹. No tienen por qué ser cláusulas en sí mismas patológicas, pero sí son merecedoras de este calificativo cuando se aplican a un contrato dual como el de distribución. La duda que presenta este tipo de cláusulas genéricas es si, al elegirse ley para el contrato de distribución, también se ha elegido ley para las operaciones de compraventa futuras. A este respecto, cabe sostener que, en caso de cláusulas genéricas introducidas en el contrato marco, solo ha existido elección de ley para la colaboración comercial. En el contrato marco, se establece la colaboración comercial y los compromisos de vender y comprar durante la vigencia de la colaboración, pero no se perfeccionan efectivamente las operaciones de compraventa. Esta interpretación encajaría, también, en la sistemática del Reglamento Roma I, pues, como se verá más adelante, distingue entre contrato de compraventa y contrato de distribución. Aunque es cierto que lo hace en referencia a las normas aplicables en defecto de elección de ley, se encuentra un criterio sistemático para entender que el Reglamento parte de dos relaciones autónomas y distintas.

La interpretación de que las cláusulas genéricas introducidas en el contrato marco solo se refieren a dicho contrato marco y no a las operaciones de compraventa tiene, sin embargo, tres inconvenientes importantes en la práctica contractual.

i) Confusión por el contenido del contrato: en el mismo contrato marco puede pactarse un pedido inicial para la puesta en marcha de la distribución, en cuyo caso, y en función de cómo se haya redactado la cláusula de elección, esta ley podría regir dicho pedido inicial. Ello puede generar una expectativa equívoca

vigencia del contrato. La ley elegida puede referirse a un Estado pero, de existir varias unidades territoriales con legislación contractual propia, es recomendable referirse directamente a una unidad territorial. La exclusión de las normas de Derecho internacional privado del Estado o unidad territorial elegidos pretende evitar que sus ordenamientos consideren competente otra legislación (= exclusión del reenvío).

²⁰ Vid. Informe de P. Lagarde y M. Giuliano al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma, el 19 junio 1980, DO n° C 282 de 31.10.1980, n° 3.3.

²¹ Piénsese, v.gr., en una cláusula redactada de forma excesivamente genérica como la siguiente: “El presente contrato se regirá por las leyes de [Estado elegido o unidad territorial de un Estado con normativa contractual propia]”. Vid. al respecto, P. de Miguel Asensio, “Cláusulas de elección del Derecho aplicable”, *loc. cit.*, pp. 244 ss.

sobre que todas las operaciones sucesivas a lo largo de la vigencia del contrato quedan regidas por dicha cláusula.

ii) Conflictividad por la redacción de la cláusula: también se puede generar una expectativa equívoca si las partes han redactado una cláusula de elección de ley que se extienda a “toda reclamación, controversia o litigio derivado de o relacionado con el contrato”. Estas cláusulas se incluyen muchas veces para someter a la ley elegida reclamaciones que sean de carácter extracontractual. No tienen, en puridad, un ánimo de extender la ley elegida a operaciones contractuales autónomas pero relacionadas con el contrato, como ocurre con las operaciones de compraventa en el marco de la ejecución de la distribución. Sin embargo, la amplitud con la que haya sido redactada la cláusula y la alusión, por ejemplo, a reclamaciones “relacionadas de cualquier forma con el contrato”, serían motivos suficientes como para fundamentar que ha existido una elección de ley para las futuras operaciones de compraventa, desde el momento en el que están relacionadas con la ejecución del contrato de distribución.

iii) Incertidumbre por el alcance de la elección tácita: puede ocurrir, además, que las expectativas equívocas de las partes se conviertan en un argumento a favor de la elección tácita de esa misma ley para las operaciones de compraventa. Ciertamente, el RR I no prohíbe que la elección tácita de ley pueda derivarse de una expectativa equivocada de las partes. Si, con base en esa expectativa equivocada, se han ejecutado las operaciones de compraventa conforme a la ley elegida al acuerdo marco, habría una elección tácita de la ley. Probablemente, en caso de controversia, exista un problema de prueba, por lo que sería muy útil cualquier mención, en la tramitación de los pedidos, a algún precepto del ordenamiento elegido.

Esta situación genera un alto grado de inseguridad jurídica y de riesgo de que, a pesar de la elección de ley en el contrato marco, las operaciones de compraventa no se rijan por dicha elección. Puede darse, incluso, cierto “efecto sorpresa” y aplicarse finalmente las normas de ley aplicable en defecto de elección, agravado con la posibilidad de que un juez entienda que exista otra ley más estrechamente vinculada, incluso la propia ley rectora del propio acuerdo marco de distribución.

B) Cláusulas específicas

6. Uno de los aspectos más destacados del contrato marco de distribución comercial internacional es la posibilidad de que se elijan varias leyes para las dos

relaciones contractuales diferenciadas y autónomas²². Así, por una parte, cabría elegir una ley para los derechos y obligaciones vinculados a la colaboración comercial de las partes; por otra, podría elegirse una ley distinta y específica para las operaciones de compraventa²³. Incluso, podría resultar recomendable establecer esta distinción. En el marco de la colaboración comercial, el distribuidor puede tener un interés especial en que se aplique la ley del lugar donde se va a llevar a cabo la distribución. Por el contrario, respecto de las operaciones de compraventa, el proveedor puede tener un especial interés en que se aplique la ley del Estado donde está establecido, sometiendo todas las operaciones de compraventa a una misma ley, dondequiera y con quien quiera que se celebren. En este sentido, que las operaciones de compraventa se vayan a celebrar con posterioridad a la firma del contrato marco de distribución no impide que, desde el mismo momento de celebración del acuerdo marco, ya quede determinada la elección de ley.

No obstante, es posible que, en cada posterior operación de compraventa, se incluya una elección de ley, que será válida como pacto posterior que modifica la ley inicialmente fijada en el acuerdo marco de distribución. La elección que se haga en este pedido concreto solo vinculará a dicha operación, salvo mención en contra de las partes²⁴, sin que suponga una modificación de la ley rectora ini-

²² Vid. C. Pellisé de Urquiza, *Los contratos de distribución comercial*, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 188 ss; J. Maseda Rodríguez, *op. cit.*, pp. 60 ss; J. Hernández Martí, "Contratos de cooperación y de distribución", en C. Esplugues Mota (dir.), *Contratación internacional*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 889-997, esp. p. 969; y, en contraste con otros contratos de colaboración comercial, D. Ferrier, "La franchise internationale", *Journ. dr. int.*, t. 115, 1988, pp. 619-662, esp. p. 648. En términos generales sobre el *depeçage*, vid. P. Lagarde, "Le dépeçage dans le droit international privé des contrats", *Riv. dir. int. pr. proc.*, t. XI, 1975, pp. 649-677, esp. pp. 652 ss; y, en España, J. Carrascosa González, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, *passim*.

²³ Como ejemplo de cláusula tipo de elección de dos leyes para el contrato de distribución puede citarse la siguiente cláusula: "El presente contrato se rige por las leyes de [Estado elegido o unidad territorial de un Estado con normativa contractual propia], con exclusión de sus normas de Derecho internacional privado. Sin embargo, las operaciones de compraventa realizadas en virtud del presente contrato se regirán por las leyes de [Estado elegido o unidad territorial de un Estado con normativa contractual propia], con exclusión de sus normas de Derecho internacional privado". Como se observa, aunque la inclusión de frases adversativas no es muy recomendable en los contratos, en este caso recalca la existencia de dos partes diferenciadas, cada una de las cuales tiene su propia ley. Vid. en términos generales, P.A. de Miguel Asensio, "Cláusulas de elección del Derecho aplicable", *loc. cit.*, pp. 251 ss.

²⁴ Ilustra la modificación de la ley elegida inicialmente el siguiente ejemplo: en el contrato marco de distribución se establece que las operaciones de compraventa se regirán por la ley del Estado A, donde está establecido el distribuidor. Sin embargo, en un pedido concreto celebrado tres años después, se pacta la elección de la ley del Estado B, donde está establecido el proveedor. La ley de B regirá la operación de compraventa concreta, en la medida en que se haya elegido durante la tramitación de dicho pedido. Tanto los pedidos anteriores, como los pedidos posteriores continuarán rigiéndose por la ley del Estado A, salvo acuerdo en contra de las partes.

cialmente pactada en el contrato de distribución, ni afecte a los pedidos posteriores²⁵.

7. Estas cláusulas específicas plantean problemas para un supuesto particular: aquel en el que el proveedor se obliga a recomprar los productos entregados al distribuidor y no colocados a clientes (recompras de stocks)²⁶.

Esta obligación puede estar legalmente prevista o nacer del pacto de las partes²⁷, ya porque el distribuidor tuvo que realizar un pedido mínimo en función de los objetivos comerciales, ya porque el distribuidor ha acumulado durante un determinado periodo de tiempo más stock o contingente de mercancías que el mínimo exigido²⁸. A este respecto, será posible la elección de una ley distinta y específica para esta obligación concreta, dado que constituye una operación contractual autónoma. No se vincula directamente con la colaboración comercial, por lo que se puede apartar de la ley rectora de la distribución. Tampoco guarda una relación directa con las operaciones de suministro de productos en las que el proveedor vende al distribuidor-comprador los productos para su comercialización. Repárese en que la recompra de stock implica un cambio en la posición jurídica de las partes: el distribuidor es el revendedor y el proveedor es el re-comprador.

Lo expuesto no obsta a reconocer que algunas cláusulas de elección de varias leyes resultan patológicas en su aplicación a la recompra de stocks. Es verdad que no existe problema si la cláusula se refiere a “cualquier compraventa” ejecutada en el marco del contrato de distribución, porque efectivamente existirá una elección de ley a la obligación de recompra²⁹. Por el contrario, si la cláusula se refiere a las “operaciones de venta del proveedor”, la ley elegida no alcanza a

²⁵ Vid. J. Maseda Rodríguez, *op. cit.*, pp. 62 ss.

²⁶ Vid. M.A. Domínguez García, “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 177, 1985, pp. 419–485, esp. pp. 468 ss; J. Hernández Martí, *loc. cit.*, p. 990.

²⁷ Tal es el caso de la Disposición adicional I, ap. 5, de la Ley española 12/1992, de 27 de mayo, sobre contratos de agencia (añadida por la Disposición adicional XVI de la Ley 2/11, de 4 de marzo, de economía sostenible), que prevé la obligación del proveedor de recomprar los productos suministrados y no pedidos por clientes, una vez transcurran sesenta días desde su adquisición. Ténganse en cuenta, no obstante, las disposiciones transitorias aplicables hasta la entrada en vigor de una hipotética ley de contratos de distribución comercial, de conformidad con la Disposición final IV de la Ley 7/2011, de 11 de abril que remite a la Disposición adicional XI de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de comercio minorista.

²⁸ Considérese, *v.gr.*, la siguiente cláusula sobre excedentes: “A partir de los sesenta días de la fecha de aceptación por el proveedor de la orden de compra del distribuidor, el distribuidor podrá exigir por escrito al proveedor que recompre los productos entregados y no adquiridos por los clientes de dicho distribuidor”.

²⁹ Piénsese, *v.gr.*, en cláusulas del siguiente tenor: “Cualesquiera operaciones de compraventa ejecutadas en virtud de este contrato se regirán por la ley del Estado A”. La ley del Estado A rige tanto las operaciones de venta del proveedor al distribuidor, como sus operaciones de recompra.

las operaciones de recompra de dicho proveedor³⁰. Ello podría derivar en la aplicación de la ley elegida “para cualquier otra obligación” o, incluso, en la aplicación de la ley prevista en defecto de elección³¹.

2. Conexiones objetivas

A) Ley del distribuidor *versus* ley del proveedor

8. En defecto de elección de ley, los tribunales de Estados miembros estarán a la ley determinada por el RR I, que dispone dos reglas aparentemente antitéticas: el contrato de distribución se rige por la ley de residencia habitual del distribuidor [art. 4.1º.f) RR I]³², mientras que el contrato de compraventa se rige por la ley de residencia habitual del proveedor-vendedor [art. 4.1º.a)].

En este sentido, debe considerarse que mientras que la ley de residencia habitual del distribuidor regirá la colaboración comercial³³, incluida la obligación “genérica” de comprar y vender, la ley de residencia habitual del proveedor regirá las concretas operaciones de compraventa en ejecución de dicha colaboración³⁴. Además, obsérvese que la fijación de la “residencia habitual” en el tiem-

³⁰ Ilustra lo expuesto la siguiente cláusula: “Las ventas del proveedor al distribuidor ejecutadas en virtud de este contrato se regirán por la ley del Estado A. Las restantes obligaciones de este contrato se regirán por la ley del Estado B”. La ley del Estado A no rige las operaciones de recompra, en las que el proveedor es el comprador. Habrá que aplicar la ley del Estado B, que tiene un alcance supletorio para las restantes obligaciones del contrato.

³¹ Imaginemos, *v.gr.*, la siguiente cláusula patológica de elección parcial: “Las ventas del proveedor al distribuidor ejecutadas en virtud de este contrato se regirán por la ley del Estado A. Las obligaciones derivadas de la distribución comercial se regirán por la ley del Estado B”. La ley del Estado A no rige las operaciones de recompra, dado que el proveedor es el comprador. La ley del Estado B tampoco rige la obligación de recompra, porque no se vincula al servicio de distribución por parte del distribuidor. En consecuencia, habrá que aplicar la norma de conflicto prevista en defecto de elección de ley.

³² Vid. P.A. de Miguel Asensio, “Contratos de distribución”, en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 4ª ed., Madrid, Iustel, 2013, pp. 507–567, esp. p. 519. Sobre las posibilidades de aplicar esta ley ya en el Convenio de Roma de 1980, *vid.* J. Maseda Rodríguez, *op. cit.*, pp. 75 ss; C. Verbraeken, “La loi applicable aux contrats de concession de vente exclusive comportant un ou plusieurs éléments d’extranéité”, *Hommage à Jacques Heenen*, Bruselas, Bruylant, 1994, pp. 557–570, esp. p. 559.

³³ Vid. con relación al Reglamento “Roma I”, F.J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, pp. 238–239; en referencia al Convenio de Roma de 1980, P. Lagarde, *loc. cit.*, pp. 95 ss; en España, C. Pellisé de Urquiza, *op. cit.*, pp. 206 ss. En el Derecho comparado, *vid.* R. Graupner, “Sole Distributorship Agreements—A Comparative View”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. XVIII, 1969, pp. 879–895, esp. pp. 894–895.

³⁴ Vid. C. Pellisé de Urquiza, *op. cit.*, pp. 46 ss; P. de Miguel Asensio, “Contratos de distribución”, *loc. cit.*, p. 515. Por ejemplo, el distribuidor, establecido en el Estado A, comercializa en este territorio los productos vendidos por el proveedor, establecido en el Estado B, sin que las partes no eligen ley para regir su contrato. En estos casos, la ley del Estado A, donde está establecido el distribuidor, regirá la colaboración comercial de las partes; la ley del Estado B, donde está establecido el proveedor-vendedor, regirá las operaciones de compraventa.

po varía. En relación con la colaboración comercial, se estará a la residencia habitual del distribuidor en el momento de celebrar el acuerdo marco de distribución. Respecto de las operaciones de compraventa, se estará a la residencia habitual del proveedor en el momento de realizar cada operación de compraventa, que se pueden prolongar a lo largo del tiempo³⁵.

Esta interpretación favorable a la aplicación de la ley de residencia habitual del proveedor respecto de las compraventas hace descartar otras opciones. En particular, no procede aplicar la previsión del RR I, que establece que, si un mismo contrato puede subsumirse en dos normas de conflicto, no se aplicará ninguna de ellas y se acudirá a la ley de la residencia habitual de la parte que realiza la prestación característica (art. 4.2º). Esta previsión no juega aquí porque *stricto sensu* la operación de compra del distribuidor no se subsume en dos normas de conflicto, sino en la propia y específica de la compraventa, presentando con la norma de conflicto sobre distribución una mera relación funcional.

Además, la inaplicación de las dos normas para recurrir a la ley de residencia habitual del prestador característico no solucionaría los problemas del contrato de distribución y se convertiría en una tautología. Resurgiría la cuestión de quién realiza la prestación característica en la operación de compraventa: si el proveedor porque vende sus bienes o el distribuidor porque los comercializa a terceros³⁶.

9. La solución general expuesta a favor de la ley de residencia habitual del vendedor-proveedor encuentra, no obstante, un matiz en el marco de las compras de stock. Existe una venta en sentido estricto en la que el distribuidor revende la mercancía al proveedor, ahora re-comprador. En ese caso, se aplica la ley de residencia habitual del distribuidor-revendedor, salvo que se encuentre otra ley más estrechamente vinculada. Esta aplicación tiene como base legal la norma de conflicto sobre contratos de compraventa y no la de contratos de distribución. Pero, en la práctica, ambas leyes coincidirán porque la norma de con-

³⁵ Así, *v.gr.*, si se traslada el establecimiento del proveedor durante el transcurso de la distribución comercial, habrá un cambio en la ley aplicable a las operaciones de compraventa a partir de tal cambio.

³⁶ Repárese en el caso anterior en el que el distribuidor, establecido en el Estado B, comercializa en este territorio los bienes del proveedor establecido en el Estado A. El distribuidor reclama un incumplimiento en uno de los pedidos de compra con base en la ley del Estado B, como ley más estrechamente vinculada. Argumenta que no puede aplicarse la norma de conflicto sobre la compraventa, porque el supuesto también se subsume en la norma de conflicto sobre distribución. En este contexto, la reclamación basada en la ley del Estado B no debe prosperar, ya que la operación de compraventa no se subsume en dos normas de conflicto, sino solo en la específica de compraventa, que remitiría a la ley del Estado A (ley del vendedor-proveedor). Con la norma de conflicto sobre contrato de distribución solo presenta una relación funcional, pues la operación de compraventa se ejecuta en el marco de la colaboración entre proveedor y distribuidor.

flicto sobre la distribución también remite a la ley de residencia habitual del distribuidor. De hecho, no se aplica la ley de residencia habitual del proveedor: aunque en la primera operación de suministro era el vendedor, en la operación de recompra de stock se presenta como el comprador³⁷.

B) La búsqueda de otras leyes más estrechamente vinculadas

10. La aplicación de la ley del distribuidor para la colaboración comercial y de la ley del proveedor para las operaciones de compraventa puede quedar exceptuada si, en función de las circunstancias concretas del caso, se encuentran otras leyes más estrechamente vinculadas³⁸. En este sentido, la autonomía jurídica de la colaboración comercial, por un lado, y de las operaciones de compraventa, por otro, hace que la búsqueda de otra ley más estrechamente vinculada pueda jugar individualmente para cada una de estas relaciones³⁹.

No obstante, en la práctica, la cuestión de mayor interés es si, a través de la búsqueda de una ley más estrechamente vinculada, podría aplicarse la misma ley tanto a la compraventa como a la distribución. Básicamente se trataría de entender que la ley del distribuidor está más estrechamente vinculada que la ley del proveedor, precisamente por enmarcarse la compraventa en un contrato de distribución. A este respecto, y aunque la búsqueda de una ley única a ambas partes contractuales no es un fin en sí mismo⁴⁰, cuando concurren determinadas cir-

³⁷ Baste pensar en el siguiente caso: el proveedor, establecido en el Estado A, recompra al distribuidor, establecido en el Estado B, un excedente de stock de 500 unidades valoradas en 60.000 euros. La operación de recompra, incluida la obligación misma de llevarse a cabo, se regirá por la ley del Estado B, donde está establecido el distribuidor revendedor.

³⁸ Vid. las interesantes reflexiones de la Sentencia de la Corte de Casación francesa de 22 julio 1986 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 77, 1988, pp. 56–58), sobre si el lugar de la ejecución de distribución puede entenderse un vínculo estrecho y, al respecto, la nota de H. Battifol, *ibíd.*, pp. 58–60. En cualquier caso, interesa especialmente destacar que la búsqueda de una ley más estrechamente vinculada genera un elemento de inseguridad jurídica, que conviene eliminar mediante la elección de ley. Es difícil que las partes puedan calcular la presencia de una ley más estrechamente vinculada con el contrato en el momento de celebrarse de este. Por ello, no es recomendable que las partes, en el momento de celebrar el contrato, “fien” la ejecución del contrato a la expectativa de la que puede ser una ley más estrechamente vinculada, expectativa que, además, ha de ser posteriormente confirmada por parte de un tribunal, cuando ya se ha desencadenado la controversia.

³⁹ En el marco de los contratos de agencia, vid. R. Rueda Valdivia, “El contrato internacional de agencia comercial: un análisis desde la perspectiva del Derecho aplicable”, *Derecho de los negocios*, nº 86, 1997, pp. 17–40, esp. pp. 19–21.

⁴⁰ De hecho, tal búsqueda también puede servir para diferenciar entre operaciones de compraventa y colaboración comercial internacional. Por ejemplo: el proveedor, establecido en el Estado A, celebra un contrato de distribución con el distribuidor para comercializar sus bienes en el Estado B. El distribuidor tiene su residencia habitual en el Estado A, donde se entregan las mercancías, realizando la distribución en el Estado B a través de personal desplazado. En puridad debería aplicarse la ley del Estado A tanto a la colaboración comercial como a las operaciones de compraventa, donde se halla la administración principal del proveedor y del distribuidor. Sin embargo, podría considerarse más estrechamente vincula-

cunstancias en el caso podría aplicarse un mismo ordenamiento a todas las relaciones. Piénsese en aquellos contratos en los que todos los elementos de la colaboración comercial y gran parte de los elementos de las operaciones de compraventa, salvo el establecimiento del proveedor, se localizan en ese mismo Estado (entrega de las mercancías y pago del precio, fundamentalmente)⁴¹.

3. Impacto del Derecho uniforme

11. La celebración de operaciones de compra por parte del distribuidor en el marco de la distribución internacional hace que la normativa sobre compraventa transfronteriza tenga especial incidencia en este contrato. Tal es el caso de la Convención de Viena de 11 abril 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías⁴². Pese a tener mínimas alusiones a las ventas al distribuidor, siendo quizá el ejemplo más destacado su alusión a los derechos de propiedad industrial e intelectual⁴³, resulta plenamente aplicable a estas ventas⁴⁴. De hecho, es habitual que en el contrato marco de distribución las partes puedan decidir sobre la aplicación de la Convención de Viena. Es cierto que, en este contrato marco, no

da la ley del Estado B respecto de la colaboración comercial, donde se realiza la distribución. En este caso, la alegación de una ley más estrechamente vinculada serviría para diferenciar entre operaciones de compraventa (= ley del Estado A) y colaboración comercial internacional (= ley del Estado B).

⁴¹ Piénsese en el siguiente caso-tipo: el proveedor, establecido en el Estado A, acuerda que sus productos sean distribuidos en el Estado B por un distribuidor, establecido en dicho territorio. Las mercancías se entregan en el establecimiento del distribuidor y el pago del precio se efectúa en una sucursal bancaria de dicho Estado B. Aunque en puridad la ley del Estado A regiría las operaciones de compraventa, no es descartable la consideración por las partes de que la ley del Estado B está más estrechamente vinculada.

⁴² Además de la Convención de Viena, en la Unión Europea puede plantear especial interés la Normativa común sobre compraventa europea. *Vid.* con detalle, S. Sánchez Lorenzo, “La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 35–61. A día de hoy se trata de una Propuesta de Reglamento, que, en caso de que prospere, requiere la elección por las partes, pudiendo producirse varias situaciones. Primera, si las partes eligen esta normativa (art. 3) y una de ellas, proveedor o distribuidor, tiene su establecimiento (= administración central o sucursal vinculada al contrato *ex arts.* 4.7 y 4.8) en un Estado miembro, la normativa produciría plenos efectos ante cualquier tribunal de un Estado miembro. Ninguna norma imperativa de ningún ordenamiento tendría aplicación preferente. Segunda, si las partes eligen esta Normativa y ninguna de ellas tiene su establecimiento en un Estado miembro (art. 4.2º), la elección juega como incorporación por referencia, es decir, recibirán la consideración de cláusulas contractuales que deben respetar las normas imperativas del ordenamiento que rige el contrato. Tercera, lo mismo ocurrirá si las partes eligen esta normativa y tienen su establecimiento en un mismo Estado; deberán respetarse las normas imperativas del ordenamiento de este Estado.

⁴³ Según el art. 42 de la Convención, el vendedor ha de entregar las mercancías libres de derechos o pretensiones de terceros basadas en el régimen de propiedad industrial o intelectual aplicable en el Estado donde hayan de revenderse dichas mercancías [art. 42.1º.a)].

⁴⁴ *Vid.* A. Ronzano, “La distribution en Europe...”, *loc. cit.*, p. 416; J. Maseda Rodríguez, *op. cit.*, pp. 118 ss. En la práctica, *vid.* el Laudo CCI nº 8611/1997, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978611i1.html>.

existe una operación de compraventa, salvo que se incluya un pedido inicial. Pero ello no impide que las partes ya dejen diseñadas cuál será el marco jurídico rector de sus futuras operaciones de compraventa.

Así, en el marco de la autonomía de la voluntad material, las partes podrían incorporar el Convenio como cláusula contractual del acuerdo marco de distribución o derogar su aplicación⁴⁵. En el marco de la autonomía de la voluntad conflictual, las partes pueden elegir para las operaciones de compraventa la ley de un Estado parte en la Convención⁴⁶ o la ley de un Estado no parte. En este último caso, dejarían entrever una voluntad tácita de no regirse por la Convención⁴⁷, salvo mención en contra de las propias partes. A cualquiera de estos efectos será irrelevante la ley elegida para los servicios de distribución si es distinta a la elegida para las operaciones de compraventa⁴⁸.

⁴⁵ Vid. J. Maseda Rodríguez, *op. cit.*, pp. 65 ss. Tal es el caso de la cláusula modelo de la CCI en el contrato de distribución: “Salvo acuerdo por escrito, los contratos de ventas celebrados entre el proveedor y el distribuidor en el marco de este contrato de distribución se regirán por la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena de 1980, de aquí en adelante denominada CISG) y, en la medida en que tales cuestiones no estén reguladas por la CISG, por referencia a las reglas y principios del Derecho reconocidos en el comercio internacional aplicables a los contratos internacional de compraventa”. Como ejemplo de cláusula de derogación de la aplicación de la Convención, piénsese en el siguiente tenor: “El presente contrato y todas las operaciones de compraventa efectuadas en ejecución del mismo se rigen por las leyes de España, con exclusión de sus normas de Derecho internacional privado y de la Convención de Viena de 11 abril 1980”. Vid. sobre este tipo de cláusulas, P. de Miguel Asensio, “Cláusulas de elección del Derecho aplicable”, *loc. cit.*, pp. 255 ss.

⁴⁶ Vid. la siguiente cláusula tipo: “El presente contrato y todas las operaciones de compraventa efectuadas en ejecución del mismo se rigen por la ley española, con exclusión de sus normas de Derecho internacional privado”. Al elegir las leyes de España y ser esta parte en la Convención, se aplica dicha Convención para las operaciones de compraventa [art. 1.1º.b) Convenio Viena = norma material dependiente].

⁴⁷ Cf. A.L. Calvo Caravaca, “Art. 6”, en L. Díez-Picazo y Ponce de León (dirs.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 1997 (reimp. 2006), pp. 92–101, esp. p. 96. Piénsese, por ejemplo, en una cláusula del siguiente tenor: “El presente contrato y todas las operaciones de compraventa efectuadas en ejecución del mismo se rigen por las leyes inglesas, con exclusión de sus normas de Derecho internacional privado”. Al elegir las leyes de Inglaterra y no ser el Reino Unido parte en la Convención, no se aplica dicha Convención para las operaciones de compraventa. Esta derogación puede jugar incluso aunque los establecimientos de proveedor y distribuidor estén en Estados miembros y, por tanto, *a priori* la Convención reclame su aplicación [art. 1.1º.a) Convenio de Viena = norma material independiente].

⁴⁸ Vid. J. Maseda Rodríguez, *op. cit.*, p. 63 ss. Vid. las siguientes dos cláusulas: “El presente contrato se rige por la ley inglesa, con exclusión de sus normas de Derecho internacional privado. Sin embargo, las operaciones de compraventa realizadas en virtud del presente contrato se regirán por la ley española, con exclusión de sus normas de Derecho internacional privado”. En este caso, se aplica la Convención de Viena porque las operaciones de compraventa se rigen por la ley de un Estado parte, España, independientemente de que la colaboración comercial se rija por las leyes de un Estado no parte. A la conclusión contraria se llegaría con la siguiente cláusula: “El presente contrato se rige por la ley española, con exclusión de sus normas de Derecho internacional privado. Sin embargo, las operaciones de compraventa realizadas en virtud del presente contrato se regirán por las leyes inglesas, con exclusión de sus

En defecto de alguno de los pactos mencionados, la Convención resultará aplicable si el proveedor y el distribuidor tienen sus establecimientos más vinculados con las operaciones de compraventa en Estados parte [art. 1.1º.a)]⁴⁹. Normalmente estos establecimientos serán los más vinculados también con la distribución comercial, pero podría darse el caso de que el distribuidor gestionara los pedidos a través de una sucursal que no es la misma ni está en el mismo Estado que el establecimiento encargado de la distribución. Igualmente, la Convención será aplicable cuando las normas de conflicto previstas en defecto de pacto remitan a la ley de un Estado parte [art. 1.1º.b)]⁵⁰.

Así, si la ley de la residencia habitual del proveedor, u otra más estrechamente vinculada (art. 4 RR I), es la de un Estado parte, se aplicará la Convención de Viena, y ello con independencia de que la ley del establecimiento del distribuidor, que rige la colaboración comercial, no sea la de un Estado parte⁵¹. A la inversa, no se aplicará la Convención de Viena si la ley de la residencia del proveedor no es la de un Estado parte⁵².

Además, debe repararse en que la residencia habitual del proveedor, a efectos de las operaciones de compraventa que se prolongan en el tiempo, tiene un carácter dinámico y se fijará en el momento en el que se realiza cada uno de los pedidos, a diferencia de lo que ocurre con la residencia habitual del distribuidor en el RR I, que se determina en el momento de celebrar el acuerdo marco sobre los servicios de distribución.

normas de Derecho internacional privado.” En este caso no se aplica la Convención, porque las operaciones de compraventa se rigen por la ley de un Estado no parte, Reino Unido. Será irrelevante que la colaboración comercial se rija por la ley de un Estado parte, España.

⁴⁹ Vid. B. Campuzano Díaz, “El Convenio de Viena de 11 abril 1980 como núcleo en la regulación de la compraventa internacional de mercaderías (comentario a propósito de la Sentencia arbitral de la CCI nº 8611/HV/JK de 23 enero 1997”, *Derecho de los negocios*, vol. 99, 1998, pp. 15–28, esp. p. 19.

⁵⁰ Esta previsión tendrá una mayor incidencia en el ámbito judicial que en el arbitral, dado que los árbitros carecen de un sistema conflictual propio, cf. J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, esp. pp. 832–833.

⁵¹ V.gr., el proveedor, establecido en España (Estado parte), celebra un contrato de distribución con el distribuidor para comercializar sus bienes en el Reino Unido (Estado no parte), sin elegir la ley rectora del contrato. De conformidad con el RR I, la compraventa se rige por la ley española, al ser la del establecimiento del proveedor–vendedor. Comoquiera que España es Estado parte de la Convención, se aplica esta, independientemente de que la colaboración comercial se rija por las leyes inglesas, al tener allí su establecimiento el distribuidor.

⁵² Piénsese en el supuesto inverso al anterior, de forma que el proveedor, establecido en el Reino Unido (Estado no parte), celebra un contrato de distribución con el distribuidor para comercializar sus bienes en España (Estado parte) y no se elige ley rectora del contrato. De conformidad con el RR I, la compraventa se rige por la ley inglesa, al ser la del establecimiento del proveedor–vendedor. Dado que el Reino Unido no es Estado parte de la Convención, esta no se aplica, con independencia de que la colaboración comercial se rija por la ley del establecimiento del distribuidor, a saber: la ley española.

III. Arreglo de controversias por ventas entre distribuidor y proveedor

1. Arreglos pactados

A) Sumisión a tribunales

12. La mejor fórmula para el arreglo de controversias es el pactado por las partes de forma exclusiva y excluyente, en el momento mismo de celebración del contrato. Desde entonces, ya podrán ejecutar el contrato de conformidad con unas normas de Derecho internacional privado de referencia, las del tribunal elegido⁵³. A estos efectos, es conveniente que la cláusula de sumisión esté redactada de forma amplia y clara, para que abarque toda controversia relacionada con el contrato de colaboración comercial, pero también con las operaciones de compraventa que se celebren durante toda la vigencia del contrato⁵⁴. Una redacción confusa de la cláusula de sumisión puede derivar de cláusulas excesivamente genéricas, que, si bien en otros contratos funcionarían perfectamente, son conflictivas en el contrato de distribución y, en particular, a la hora de determinar si afectan a las operaciones de compraventa⁵⁵. Habrá que analizar el tenor literal de la cláusula, la inclusión de expresiones amplias como “controversias relacionadas de cualquier forma con el contrato” o el tratamiento en el contrato marco de las futuras operaciones de compraventa para concluir si la sumisión abarca o no a estas operaciones.

13. El funcionamiento dual del contrato de distribución comercial, que incluye una colaboración comercial junto con operaciones de compraventa, hace que se puedan incluir cláusulas diferenciadas de sumisión a tribunales. Al igual que ocurría con la ley aplicable, podría interesar que las partes se sometieran a los tribunales del domicilio del proveedor-vendedor en lo que atañe a las operaciones de compraventa, y a los tribunales del domicilio del distribuidor en lo que

⁵³ Vid. J.D. González Campos, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 156, 1977–III, pp. 227–376. Se evita, así, tener varias normas de Derecho internacional privado de referencia, que puedan generar inseguridad jurídica a la hora de ejecutar el contrato.

⁵⁴ *V.gr.*, si la cláusula se refiere a “cualquier controversia relativa a, o relacionada de cualquier forma con, el presente contrato o con alguna de las operaciones de compraventa efectuadas en ejecución del mismo”.

⁵⁵ *V.gr.*, si la cláusula se limita a señalar que “para cualquier controversia relacionada con el contrato, las partes se someten a los tribunales del Estado A”. En función del contenido del contrato y, en particular, si se refiere a las futuras operaciones de compraventa, podrían generarse dudas sobre si las operaciones de compraventa quedan afectadas por dicha sumisión. Vid., en términos generales, R. Arenas García y C. Oró Martínez, “Cláusulas de elección de fuero”, en S.A. Sánchez Lorenzo (coord.), *op. cit.*, pp. 108–140.

respecta a la ejecución de los servicios de distribución⁵⁶. Las sumisiones parciales no solo pueden hacerse en el momento de celebración del contrato marco de distribución, sino que puede producirse al celebrar cada una de las compraventas a lo largo de la vigencia del contrato. Se modificaría el pacto inicial de sumisión para la operación de compraventa concreta, lo cual resulta legal porque se trata de un acuerdo posterior que prevalece sobre el anterior⁵⁷.

Pese al mencionado interés que pueden tener las partes en sumisiones parciales a tribunales, estas comportan varios riesgos. En primer lugar, a la hora de ejecutar el contrato, las partes tienen que tener en cuenta, salvo que estén unificados, dos sistemas de Derecho internacional privado: uno para la colaboración comercial, otro para las operaciones de compraventa, en función de los tribunales elegidos para ambas cuestiones. En segundo lugar, las sumisiones parciales imposibilitan que las partes puedan acumular en una misma demanda varios *petita* si no se fundamentan en el mismo supuesto de hecho. Así, por ejemplo, dificulta demandar conjuntamente por incumplimiento de la colaboración comercial del proveedor y por entrega de mercancías que no reúnen los requisitos de calidad exigibles, salvo que exista una sumisión tácita posterior en el tiempo. Téngase en cuenta que una controversia relativa a la compraventa denota una pérdida de confianza entre las partes por lo que es frecuente que afecte a la propia colaboración comercial. En tercer lugar, pueden generarse ciertas dudas en torno a las demandas de nulidad o terminación temprana del contrato marco de distribución. En principio, habrá que estar a los tribunales elegidos para este contrato, aunque ello pueda tener consecuencias jurídicas en las operaciones de compraventa pasadas, presentes o futuras. También habrá que estar a dichos tribunales si se pretende resolver el contrato, y ello aunque el incumplimiento esencial haya podido derivar de una o varias operaciones de compraventa sometidas a la competencia de otro tribunal. En cuarto lugar, una redacción deficiente de la cláusula de sumisión origina problemas en relación con la recompra de stocks por parte del proveedor (ahora comprador) al distribuidor (ahora vende-

⁵⁶ *V.gr.*, “Para cualquier controversia relativa a, o relacionada de cualquier forma con, el presente contrato las partes se someten a los tribunales de [indicar la sede]. Sin embargo, esta sumisión no afectará a cualquier controversia relativa a, o relacionada de cualquier forma con, las operaciones de compraventa realizadas en ejecución del presente contrato. Respecto de estas controversias, las partes se someten a los tribunales de [indicar la sede]. Los tribunales designados en esta cláusula tendrán competencia exclusiva, derogándose la competencia de cualquier otro tribunal, sea cual sea su base legal”. *Vid.* en general, R. Arenas García y C. Oró Martínez, *loc. cit.*, pp. 111 ss.

⁵⁷ Piénsese en el caso en el que proveedor y distribuidor han elegido en el contrato marco de distribución los tribunales del Estado A; sin embargo, a la hora de hacer un pedido concreto, se incluye una sumisión a los tribunales del Estado B. El distribuidor comprador no paga el precio. Los tribunales del Estado B son competentes en relación con la reclamación, ya que la cláusula elección de tribunal pactada en la operación de compraventa prevalece como acuerdo posterior sobre la cláusula pactada en el contrato marco.

dor). Así sucedería si los supuestos de elección de tribunal se refieren, por un lado, a las “ventas del proveedor”, y, por otro, a los “servicios de distribución”. Quedaría una laguna respecto de la recompra de stock, a la que habría que aplicar las normas de competencia en defecto de pacto⁵⁸. Surgen menos problemas cuando la cláusula de elección contempla unos tribunales para las ventas del proveedor y otros para las “restantes obligaciones”, que conocerían de forma residual a la recompra de stocks⁵⁹.

B) Arbitraje

14. El segundo mecanismo pactado para el arreglo de controversias es el arbitraje, muy recomendable para el contrato de distribución comercial internacional, por su carácter complejo y transversal (operaciones de compraventa, colaboración comercial, derechos de propiedad industrial, normas de libre competencia, control societario...) ⁶⁰. Esta recomendación es todavía mayor en el caso de España, pues los juzgados de lo mercantil, a pesar de su especialización en materia comercial, no tienen atribuida la competencia para conocer de los contratos comerciales internacionales, más allá de determinadas cuestiones sobre condiciones generales de contratación (art. 86.ter LOPJ). En este sentido, el arbitraje en el ámbito del contrato de distribución comercial plantea principalmente tres problemas: la distinción entre reclamaciones sobre colaboración comercial y operaciones de compraventa; la redacción deficiente del acuerdo del arbitraje; y la inclusión en las operaciones de compraventa de cláusulas incompatibles con el acuerdo marco de arbitraje.

De entrada, no resulta habitual pactar acuerdos de arbitraje distintos, en función de si la reclamación se refiere a la colaboración comercial o a las operacio-

⁵⁸ Una cláusula patológica podría ser la siguiente: “toda controversia sobre las ventas del proveedor al distribuidor ejecutadas en virtud de este contrato se sustanciará ante los tribunales del Estado A. Toda controversia sobre los servicios de distribución se someterá a los tribunales del Estado B”. Los tribunales del Estado A no tienen competencia para conocer de las disputas sobre las operaciones de recompra, dado que el proveedor es el comprador. Los tribunales del Estado B tampoco tienen competencia para conocer de tales disputas, porque estas no se vinculan al servicio de distribución por parte del distribuidor. En consecuencia, habrá que aplicar las normas de competencia previstas en defecto de pacto de las partes.

⁵⁹ Tal sería el caso de la siguiente cláusula: “las controversias sobre las ventas del proveedor al distribuidor ejecutadas en virtud de este contrato se someterán a los tribunales del Estado A. Las controversias relativas a las restantes obligaciones de este contrato se someterán a los tribunales del Estado B”. Los tribunales del Estado A no pueden conocer de las operaciones de recompra, en las que el proveedor es el comprador. Habrá que estar a los tribunales del Estado B, para las restantes obligaciones.

⁶⁰ Vid. P. Crahay, *Les contrats internationaux d'agence et de concession de vente*, París, LGDJ, 1991, pp. 30 ss.

nes de compraventa⁶¹. A lo sumo, puede plantearse distintas sedes arbitrales en función de cuál sea el origen de la controversia: por ejemplo, una sede en el Estado del proveedor cuando se discuta sobre las operaciones de compraventa y una sede en el Estado del distribuidor, cuando se discuta la colaboración comercial. Más frecuentes son los problemas relativos a la redacción del acuerdo de arbitraje en el acuerdo marco. La cuestión más dudosa, al igual que ocurría con la sumisión a tribunales, es si dicho acuerdo abarca a las operaciones de compraventa futuras⁶². Habrá que analizar la amplitud del supuesto de hecho del acuerdo de arbitraje⁶³, la utilización de expresiones que indique una relación “de cualquier forma” entre la controversia y el contrato y las propias referencias que se contengan en el contrato marco a las futuras operaciones de compraventa⁶⁴. Efectuado este análisis, ya se podrá concluir si el arbitraje es aplicable a las compraventas del distribuidor y proveedor, al ser operaciones ejecutadas en el marco del contrato de distribución⁶⁵. Como ejemplo de lo expuesto puede recurrirse a la cláusula de arbitraje incluida en el modelo de contrato de distribución de la CCI y dispone que: “todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”⁶⁶. La amplia redacción del supuesto de hecho da a entender que el acuerdo de arbitraje afecta a cualquier controversia relacionada con las futuras operaciones de compraventa, en la medida en que se ejecutan en cumplimiento del contrato de distribución y, por tanto, “guardan relación” con este⁶⁷. No obstante, sería recomendable una mayor precisión y una alusión expresa a dichas operaciones de compraventa.

El tercer problema adelantado tiene que ver con la posibilidad de que, en el momento de celebración de cada operación de compraventa, se incluya una cláusula incompatible con el acuerdo de arbitraje recogido en el acuerdo marco de

⁶¹ Vid. con carácter general, A. Nuyts, *La concession de vente exclusive: l'agence commerciale et l'arbitrage*, Bruselas, ULB, 1996, pp. 8 ss.

⁶² A la inversa, el acuerdo de arbitraje pactado en cada orden de compra no será oponible a cuestiones relativas a la colaboración comercial, Vid. a este respecto, SAP Madrid 31 enero 2007, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 896–898.

⁶³ Vid. sobre la imprecisión en la redacción de cláusulas de arbitraje, J.C. Fernández Rozas, *op. cit.*, pp. 615 ss.

⁶⁴ Vid. en el Derecho comparado, R. Christou, *International Agency, Distribution and Licensing Agreements*, 4ª ed., Londres, Thomson / Sweet & Maxwell, 2003, pp. 32–33.

⁶⁵ Vid. J.C. Fernández Rozas, *op. cit.*, p. 619, sobre las cláusulas de arbitraje incluidas en acuerdos marco y no en los contratos de ejecución de dichos acuerdos marco.

⁶⁶ Sobre la importancia del modelo de contrato de distribución elaborado por la CCI, vid. P. de Miguel Asensio, *loc. cit.*, p. 516.

⁶⁷ Vid. Laudo CCI nº 8817/1997, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978817i1.html> ; y el Laudo CCI nº 11849/2003 en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031849i1.html>.

distribución. Esta incompatibilidad no debe llevar a concluir que existen cláusulas patológicas⁶⁸, sino que el acuerdo de arbitraje del contrato marco de distribución no se entiende aplicable a la concreta operación de compraventa, o lo es en la medida que sea compatible con el acuerdo singular. Esta interpretación conciliadora⁶⁹ se manifiesta ante cualquier grado de incompatibilidad entre las cláusulas, ya sea absoluta o relativa.

Existe una incompatibilidad absoluta entre acuerdos de arbitraje cuando la cláusula de arreglo de controversias de la operación de compraventa es totalmente irreconciliable con el acuerdo de arbitraje del contrato marco de distribución. Así sucederá si en un acuerdo se incluye un arbitraje institucional y en el otro, un arbitraje *ad hoc*; o, cuando se recurre a distintas instituciones de arbitraje, con distintos idiomas, sede y número de árbitros. En estos casos, el acuerdo de arbitraje del contrato marco se aplicará a la colaboración comercial y a todas las operaciones de compraventa sin cláusula específica, sin afectar al contrato de compraventa en el que se haya incluido este acuerdo específico. Este se entenderá eficaz para la relación contractual concreta, entendiendo que se trata de un acuerdo posterior, que prima sobre el anterior, y especial, para un caso concreto⁷⁰.

A pesar de lo expuesto, en ocasiones se observa una incompatibilidad relativa si el acuerdo de arbitraje de la operación de compraventa es parcialmente irreconciliable con el acuerdo de arbitraje del contrato marco de distribución. Así ocurre si en aquella se hace una mención específica sobre algún aspecto del arbitraje, guardando silencio sobre otros que han podido ser regulados en el contrato marco. Este regirá, pues, con carácter supletorio y siempre que las operaciones de compraventa también queden subsumidas en el supuesto del acuerdo de arbitraje del contrato marco de distribución⁷¹.

⁶⁸ Vid. J.C. Fernández Rozas, *op. cit.*, pp. 642 ss.

⁶⁹ La denominada por J.C. Fernández Rozas “acción integradora”, *cf. ibíd.*, p. 647.

⁷⁰ Imagínese que en el acuerdo de arbitraje del contrato marco se pacta un sometimiento al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, mientras que, para una operación concreta, se recurre a la sumisión a los tribunales de un Estado. Ambas cláusulas son válidas y eficaces. La sumisión a tribunales será eficaz para la operación concreta; el acuerdo de arbitraje, para las restantes obligaciones.

⁷¹ En estos casos, existirá “una suerte de vinculación” entre cláusulas, *cf. J.C. Fernández Rozas*, “Cláusulas compromisorias y acuerdos de arbitraje”, en S. Sánchez Lorenzo (coord.), *op. cit.*, pp. 140–187, esp. p. 167. Piénsese en el siguiente caso tipo: en el acuerdo de Arbitraje del contrato marco se pacta un sometimiento al Reglamento de Arbitraje de la CCI, para cualquier controversia relacionada de cualquier forma con el contrato y su ejecución, incluidas las compraventas ulteriores. Se estipula, además, que el tribunal estará compuesto por tres miembros, el lugar de arbitraje será Madrid y el idioma del procedimiento será el castellano. Posteriormente, en una compra de un pedido importante, se pacta que el lugar de arbitraje será Miami. Para la operación de compraventa, la sede de arbitraje será Miami, pero los restantes aspectos se regirán por el acuerdo de arbitraje del contrato marco de distribución, dado

En cualquier caso, y aunque estas incompatibilidades son salvables, dificultan que se acumulen en un mismo Arbitraje reclamaciones relacionadas. En efecto, para que se puedan agrupar varias demandas nacidas de distintos acuerdos de arbitraje incluidos en contratos vinculados (arbitraje multicontrato), es necesaria una compatibilidad absoluta en lo que respecta a lugar de arbitraje, idioma, reglas arbitrales e institución arbitral⁷². Solo son admisibles diferencias mínimas y de matiz entre los acuerdos de arbitraje para no entorpecer la acumulación en un arbitraje de todas las reclamaciones. Tales serían los casos de acumulaciones de reclamaciones cuando en unos casos los acuerdos de arbitraje figuren como cláusulas contractuales y en otros como compromisos arbitrales independientes. Del mismo modo, las acumulaciones podrían jugar con independencia de que se hubiera elegido una ley distinta para la colaboración comercial y para concretas operaciones de compraventa.

La imposibilidad de acumulación de demandas arbitrales dificulta que el tribunal arbitral analice la interconexión de los contratos y, en particular, que las operaciones de compraventa traen su causa del contrato marco de distribución. Puede ocurrir que, al decidir sobre la conformidad de una operación de compraventa con su propio acuerdo de arbitraje, haya que analizar alguna de las cláusulas del contrato marco de distribución, sometidas a su propio acuerdo de arbitraje y sobre las que el tribunal arbitral no tiene competencia. Cabe referirse, en este caso, a una competencia incidental para analizar cómo incide ese contrato marco de distribución en la operación de compraventa discutida. A la inversa, puede plantearse si el incumplimiento de una o varias operaciones de compraventa, sometidas a sus propios acuerdos de arbitraje, puede convertirse en una causa para la resolución del contrato de distribución, sometida a su propio acuerdo de Arbitraje. Se produce, en este sentido, un fraccionamiento de la causa, de difícil solución por los reglamentos de los centros de Arbitraje.

2. Arreglos no pactados

A) Normas generales de competencia judicial internacional

15. En defecto de un acuerdo de arbitraje o de una sumisión, expresa o tácita, a un tribunal, existen varias reglas de competencia que conviene distinguir entre

que las operaciones de compraventa quedan subsumidas en su supuesto de hecho. Así, el arbitraje se regirá por el Reglamento de Arbitraje de la CCI, con un tribunal compuesto por tres miembros y con el castellano como idioma del procedimiento.

⁷² Cf. J.C. Fernández Rozas, *loc. cit.*, p. 167. En la práctica arbitral, *vid.* el art. 9 del Reglamento de Arbitraje de la CCI cuando permite que se formulen en un mismo Arbitraje las demandas relacionadas con más de un contrato, independientemente de que se basen en varios acuerdos de arbitraje, siempre que estos se fundamenten en dicho Reglamento.

generales y dependientes de la *causa petendi*. En términos generales, la demanda se podrá presentar en España si aquí se halla el domicilio del demandado (RB I *bis*⁷³), sea el proveedor o el distribuidor. Del mismo modo, la demanda se podrá presentar ante los tribunales españoles si la sucursal o establecimiento a cuya explotación se vincula el litigio se encuentra en territorio español⁷⁴. A tales efectos, cuando se discuten aspectos sobre las operaciones de compraventa, el establecimiento de referencia será el del proveedor. Cuando se discuten aspectos relativos a la distribución, el establecimiento de referencia será el del distribuidor, al igual que si se tratan cuestiones generales sobre nulidad, validez o terminación del contrato marco de distribución, siempre que toda la actividad de colaboración comercial se desarrolle a través de un único establecimiento.

En la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)⁷⁵, y respecto de demandados domiciliados en terceros Estados no miembros de la UE ni de la AELC, los foros generales del domicilio del demandado o de la sucursal a la que se vincula el litigio conviven con otros foros también independientes de la *causa petendi*. Cabe referirse a la competencia basada en el lugar de celebración del contrato, entendido como lugar de celebración de cada operación de compraventa y no como lugar donde se ha celebrado el acuerdo marco de colaboración comercial. Igualmente se prevé la competencia de los tribunales españoles cuando el contrato se ejecute en España. A este respecto, es recomendable realizar una interpretación restrictiva, sosteniendo la incompetencia de los tribunales españoles cuando la controversia verse sobre una compraventa ejecutada en el extranjero, aunque la distribución se realice en España. Incluso, sería oportuno que la obligación controvertida relacionada con la compraventa se tuviera que ejecutar en territorio español⁷⁶.

⁷³ Reglamento (UE) n° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento “Bruselas I.bis”), DO L 352 de 20.12.2012.

⁷⁴ Vid. R. Baldi, *Il diritto della distribuzione commerciale nell’Europa Comunitaria*, Pádúa, Cedam, 1984, esp. pp. 169–170. En estos casos, solo cambiará la base legal: se aplicará el Reglamento “Bruselas I.bis” si el titular de la sucursal tiene su domicilio en otro Estado de la Unión Europea (art. 7.5°); el Convenio de Lugano si el titular está domiciliado en Suiza, Islandia o Noruega (art. 5.5°); el Convenio hispano-salvadoreño de 7 noviembre 2000, si el titular está domiciliado en El Salvador (art. 4.5°); y la Ley Orgánica del Poder Judicial, si el titular está domiciliado en cualquier otro Estado (art. 22.4°).

⁷⁵ BOE, 2–VII–1985.

⁷⁶ Vid. M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed, Cizur Menor, Civitas, 2007, pp. 158–159. Ilustra lo expuesto el siguiente caso: el proveedor, establecido en el Estado A, entrega las mercancías en España. El distribuidor, establecido en el Estado B, distribuye las mercancías en dicho Estado B, donde, además, recibe los catálogos y ofertas. Después de varios años de colaboración comercial, el distribuidor plantea una demanda por entender que los catálogos enviados no incluyen ciertos productos que el proveedor está reservando a

A diferencia de lo expuesto respecto de la LOPJ, en el RB I *bis* y en el Convenio de Lugano⁷⁷, respecto de demandados domiciliados en la UE o en Suiza, Islandia o Noruega, los foros generales del domicilio del demandado y de la sucursal se completan con una serie de foros relacionados con la *causa petendi* y, en particular, con la atribución de competencia al tribunal del lugar donde se tiene que ejecutar la obligación que sirve de base a la demandada⁷⁸. Como se verá a continuación, estos foros son especialmente útiles respecto de cuestiones de cumplimiento o incumplimiento de las operaciones de compraventa. Sin embargo, son de más difícil encaje cuando se discutan aspectos generales desvinculados de un incumplimiento, como la nulidad contractual.

B) Lugar de cumplimiento de la obligación controvertida

16. Si las partes eligen en el acuerdo marco o en el concreto contrato de compraventa un lugar de cumplimiento de las respectivas obligaciones, los tribunales de tal lugar tendrán competencia para conocer del litigio relativo a la obligación controvertida⁷⁹. Será irrelevante, pues, donde se ejecutan otras obligaciones, ya sean relacionadas con la operación de compraventa, ya con el propio servicio de distribución. No obstante, de acuerdo con una ambigua jurisprudencia del TJUE⁸⁰, parece necesario, a estos efectos, que las partes hayan mostrado su voluntad de que tal lugar de cumplimiento sea considerado foro de competencia⁸¹.

otros distribuidores. De acuerdo con una interpretación amplia, los tribunales españoles serían competentes porque una parte relevante del contrato, la entrega de las mercancías, se ejecuta en España (art. 22.3º LOPJ). De acuerdo con la interpretación más restrictiva aquí sostenida, los tribunales españoles no serían competentes, porque la obligación incumplida se tenía que ejecutar en otro país que no es España.

⁷⁷ Convenio relativo a la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho en Lugano, el 30 octubre 2007 (DO L 339 de 21.12.2007).

⁷⁸ En el mismo sentido, cabría referirse al Convenio con El Salvador, respecto de demandados domiciliados en el país iberoamericano (art. 4).

⁷⁹ Vid. M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 157; F.F. Garau Sobrino, *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Madrid, Colex, 2008, esp. p. 144; C. Oró Martínez, "El art. 5.1º.b) RB I: examen crítico de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia", *InDret*, nº 2, 2013, pp. 1-24, esp. p. 17, nota 62.

⁸⁰ STJ 25 febrero 2010, as. C-381/08, *Car Trim*, Rec. 2010, pp. I-1255 ss. Vid. críticamente, J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2013, pp. 549-550.

⁸¹ "Las partes podrán pactar qué debe entenderse por lugar de cumplimiento a efectos de la aplicación de dicha disposición", según el ap. 46 de la citada STJ 25 febrero 2010, en el Asunto *Car Trim*. Esta expresión parece venir a avalar la interpretación doctrinal de I. Heredia Cervantes sobre que las partes tienen que referirse expresamente a la derogación del art. 7.1º.b) RB I *bis* o del art. 5.1º.b) Convenio de Lugano, cf. "El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 9, 2004, pp. 55-84.

Así, el tribunal del lugar pactado para proceder a cada pago concreto será competente para cualquier reclamación por impago⁸². Del mismo modo, el tribunal del lugar donde el distribuidor tenía que haber realizado el pedido suficiente para mantener el stock mínimo es competente para cualquier reclamación del proveedor al distribuidor por falta de stock mínimo⁸³. Dicho lugar es jurídicamente más relevante y de más fácil identificación para el proveedor⁸⁴ que el lugar donde efectivamente el distribuidor almacena el stock⁸⁵. Por último, el tribunal del lugar donde se tenían que materializar las obligaciones de recompra de la mercancía es competente para estas reclamaciones: el propio incumplimiento de la obligación de recomprar, el impago del proveedor–recomprador, la falta de entrega o la entrega defectuosa por parte del distribuidor–revendedor.

C) La *vis attractiva* del lugar de entrega de las mercancías

17. Cuando se reclame la falta de entrega de las mercancías o la entrega de unas mercancías que no reúnen las condiciones apropiadas será competente el tribunal del lugar donde tenían que ser entregadas⁸⁶. Si en España solo se desa-

⁸² Téngase en cuenta que la competencia judicial, la reclamación puede sustanciarse por un proceso monitorio nacional o europeo (Reglamento 1896/2006). En este último, el proveedor–acreedor, ante la falta de una referencia expresa en el formulario al contrato de distribución, hará constar la causa de pedir, entendiéndose por tal el impago del precio (código nº 2–30 del apartado 6 del formulario I) de un contrato de compraventa (código nº 1–01 del apartado 6 del formulario I) y no de “otros contratos de servicios” (código nº 1–12 del apartado 6 del formulario I). Es verdad que la distribución como tal es un servicio del distribuidor al proveedor, pero la reclamación por impago se deriva de una compraventa y no de tal prestación del servicio. El proveedor puede presentar los medios de prueba que estime oportunos, siendo los más habituales documentos, tales como facturas o albaranes de entrega o documentos con firma, impronta o marca del distribuidor (código nº 01 del ap. 10 del formulario I). También podrían ser útiles emails, telegramas, o telefaxes del proveedor, pues, aunque hayan sido elaborados unilateralmente por el proveedor, pueden dar prueba de los créditos en los usos habituales de las partes contratantes.

⁸³ En relación con el stock mínimo obligatorio, el proveedor puede exigir una obligación de hacer al distribuidor –la compra de productos hasta llegar al stock mínimo–, el pago de una indemnización por incumplimiento contractual por no tener este stock mínimo o, incluso, acumule ambas pretensiones.

⁸⁴ No obstante, cabría *de lege ferenda* buscar otras soluciones, como considerar que en el lugar donde se desarrolla la distribución se manifiestan territorialmente las consecuencias del incumplimiento contractual del distribuidor. Será allí donde se observe la falta de abastecimiento del mercado, imputable al distribuidor. Este planteamiento, muy consolidado en el ámbito extracontractual, no ha sido acogido en el ámbito contractual, cuando, muchas veces, la manifestación de los resultados perjudiciales es una cuestión de Derecho de daños, sean estos contractuales o no, y no una cuestión de una relación contractual o extracontractual.

⁸⁵ El lugar donde el distribuidor tiene sus almacenes es efectivamente donde va a encontrarse ese stock mínimo. Pero ese lugar pertenece a la esfera interna del distribuidor y no es jurídicamente relevante para el contrato ni para la contraparte, el proveedor, el cual puede desconocer su ubicación.

⁸⁶ En este último caso, la base legal varía en función de dónde tenga el domicilio el proveedor. Por un lado, la competencia de los tribunales españoles se fundamenta en que dicho lugar es donde se tiene que cumplir la obligación que sirve de base a la demanda, si el proveedor tiene su domicilio en la Unión

rollan los servicios de distribución pero no se entregan las mercancías por el proveedor, los tribunales españoles carecerán de competencia para estas reclamaciones⁸⁷.

Pero, además, en el RB I *bis* y en el Convenio de Lugano, el lugar de entrega de las mercancías tiene cierta *vis attractiva* y juega como foro de competencia para otras obligaciones distintas, respecto de las cuales no se haya pactado un lugar distinto de cumplimiento “con efectos de atribución de competencia” [art. 7.1º.b) y art. 5.1º.b) respectivamente]⁸⁸. El hecho de que, según el Tribunal de Justicia, expresamente haya de mencionarse la voluntad de que el lugar pactado juegue a efectos de la competencia⁸⁹ da a entender que la designación tácita de un lugar de cumplimiento distinto al de entrega no servirá como foro de competencia. Sería conveniente que el Tribunal matizara esta interpretación para entender que sí existe determinación del lugar de cumplimiento de la obligación cuando, sin pactar expresamente en el contrato el lugar de cumplimiento distinto al de entrega, se incorpora al contrato como texto del mismo, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, una normativa que sí determina tal lugar⁹⁰. Lo

(art. 7.1º RB I *bis*), en Suiza, Islandia o Noruega (art. 5.1º CL) o en El Salvador (art. 4.1º Convenio con El Salvador). Por otro lado, la competencia de los tribunales españoles se fundamenta en que en España se ejecuta la parte del contrato relativa a la entrega de las mercancías, si el demandado tiene su domicilio en otro Estado distinto a los mencionados (art. 22.3º LOPJ).

⁸⁷ Ello es claro en aquellos instrumentos que atribuyen competencia al tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda (RB I *bis*, CL, Convenio con El Salvador). Sería recomendable mantener esta interpretación en la LOPJ, aunque se refiera genéricamente a la ejecución del contrato en España. Piénsese en el siguiente caso patológico: el proveedor, domiciliado en el Estado A, entrega unas mercancías en el Estado B, para su posterior distribución en España, donde está establecido el distribuidor. El distribuidor alega falta de conformidad de las mercancías. Los tribunales españoles no son competentes para conocer de la acción porque en España no se ejecuta la obligación que sirve de base a la demanda (RB I *bis*, Convenio de Lugano, Convenio con El Salvador) ni ninguna obligación relacionada con la entrega de las mercancías (LOPJ). En términos generales, *vid.* M. Virgós Soriano, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 61 ss.

⁸⁸ Imagínese que el proveedor, domiciliado en el Estado A, reclama el pago al distribuidor, domiciliado en el Estado B, por unas mercancías que se entregaron en el Estado C. Ni en el contrato de distribución ni en el pedido concreto se establecen el lugar y la forma de pago. En este caso, el tribunal del lugar donde se entregó la mercancía en el Estado C tiene competencia para conocer de la reclamación por impago. Se presume que el pago del precio, obligación que sirve de base a la demanda, se ha de efectuar en el lugar donde se entregaron las mercancías.

⁸⁹ *Vid. supra* III.2.B).

⁹⁰ Imagínese que el proveedor, domiciliado en el Estado A, reclama el pago al distribuidor, domiciliado en el Estado B, por unas mercancías que se entregaron en el Estado C. Las partes han establecido que su contrato se regirá por la Convención de Viena de 1980 en todo lo no dispuesto en el contrato. Ni en este ni en el pedido concreto se establecen el lugar o la forma de pago. De conformidad con el art. 7.1º RB I *bis*, el tribunal del lugar donde se tiene que entregar la mercancía en el Estado C tiene competencia para la reclamación por impago, por falta de determinación del lugar de pago. La interpretación del TJUE obviaría que, al incorporar la Convención de Viena de 1980, las partes han considerado como cláusula contractual su art. 57.1º.a) que establece que el pago ha de hacerse en el establecimiento del vendedor (*mutatis mutandi* proveedor), salvo pago contra entrega. En función de dicha incorporación,

mismo puede decirse en relación con los usos contractuales establecidos por las partes⁹¹, por ejemplo, si se observa una práctica constante de pago de todos y cada uno de los pedidos en un determinado lugar⁹².

18. En cualquier caso, esta presunción a favor del tribunal del lugar de entrega de las mercancías, aunque prevista para el contrato de compraventa internacional, es aplicable a los contratos de distribución en la parte atinente a las ventas. Ello se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que parece distinguir entre cuestiones relativas al “acuerdo marco de distribución”⁹³ y cuestiones relativas a las operaciones de compraventa⁹⁴. Las primeras se someterían a la presunción a favor de los tribunales del lugar donde se tiene que prestar el servicio [segundo guión del art. 7.1º.b)]⁹⁵; las segundas, a la presunción favorable a los tribunales del lugar donde se tienen que entregar las mercancías [primer guión del art. 7.1º.b)]⁹⁶. Así pues, no parece oportuno desactivar la presunción a favor del tribunal del lugar de entrega en relación con las ventas del proveedor,

los tribunales del Estado A, donde se halla el establecimiento del proveedor, tendrían competencia para conocer del impago. Sería, además, un foro muy útil proveedor pues le daría derecho a reclamar en su propio domicilio.

⁹¹ Lo dispuesto por el TJUE sobre la determinación del lugar de entrega (STJ 9 junio 2011, as. 87/10: *Electrosteel Europe*), podría haberse aplicado a la determinación del lugar de pago.

⁹² Piénsese en el supuesto en el que el proveedor, domiciliado en el Estado A, reclama el pago al distribuidor, domiciliado en el Estado B, por unas mercancías que se entregaron en el Estado C. Todos los pedidos, desde el inicio de la ejecución del contrato de distribución, han sido pagados en el domicilio del proveedor en el Estado A. De conformidad con el art. 7.1º RB I bis, el tribunal del lugar donde se tiene que entregar la mercancía en el Estado C tiene competencia para la reclamación por impago. La interpretación del Reglamento efectuada por el TJUE desconoce ese uso de las partes, por el mero hecho de no haberse pactado en el contrato, y niega competencia a los tribunales del Estado A.

⁹³ Al respecto, *vid.* C. Pellisé de Urquiza, *op. cit.*, pp. 81 ss; T. M. Ramos Ibós, “El marco legislativo comunitario de los contratos de colaboración comercial: agencia, distribución y franquicia”, en J.M. Fernández Seijo (dir.), *Contratos de agencia, distribución y franquicia*, Madrid, CGPJ, 2006, pp. 15–52, esp. pp. 45–46, esta última en referencia a si la entrega de mercancías debería ser o no la prestación característica del contrato de distribución. *Vid.* otro planteamiento en la Sentencia de la Corte de Casación italiana de 4 mayo 2006, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XLIII, 2007, pp. 194–198.

⁹⁴ *Vid.* STJUE 19 diciembre 2013, as. C–9/12: *Corman–Collins SA c. La Maison du Whisky SA*, *cit.* *Vid.* en términos generales, F.J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, pp. 230–231.

⁹⁵ *Vid.* F. J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, pp. 230–231; C. Oró Martínez, *loc. cit.*, p. 9; M.A. Cebrián Salvat, *loc. cit.*, pp. 134 ss.

⁹⁶ *Vid.* el ap. 28 STJ 19 diciembre 2013, as. C–9/12: *Corman–Collins SA*, *cit.*, que dispone que “el contrato de concesión se presenta en forma de un acuerdo marco que establece las reglas generales aplicables en el futuro a las relaciones entre el concedente y el concesionario en lo que atañe a sus obligaciones de suministro y/o de abastecimiento, y prepara los contratos de venta ulteriores”. *Vid.* A.M. López Rodríguez, *loc. cit.*, p. 41. La referencia a “contratos de venta ulteriores” parece garantizar la autonomía de la operación contractual. Otra posible interpretación sería aplicar el art. 7.1º.a), es decir, la competencia del tribunal donde se tiene que cumplir la obligación que sirve de base a la demanda, *vid.* F. J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, pp. 233–234.

argumentando una doble calificación como prestación de servicios y como compraventa⁹⁷.

19. Un caso especialmente problemático para el que la distinta normativa no ha previsto una solución expresa es aquel en el que el proveedor realiza entregas al distribuidor en distintos lugares. Si cada pedido litigioso implica una orden de compra del distribuidor autónoma, no cabe centralizar todas las demandas ante un mismo tribunal⁹⁸. Si en un mismo pedido u orden de compra se pactan varios lugares de entrega, el tribunal del lugar donde se produce la entrega principal tendrá competencia para la reclamación, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE⁹⁹. Habrá que estar al lugar de entrega principal de mercancías con las que no existe la conformidad, ya que es necesario que la entrega principal también sea considerada defectuosa¹⁰⁰.

El Tribunal de Justicia ofrece una solución útil y práctica, si bien se aparta de la ofrecida con anterioridad respecto del cumplimiento de distintas obligaciones en varios Estados¹⁰¹. Además, la solución tampoco presta mayor atención a la expresión “salvo pacto en contrario” [art. 7.1º.b) RB I *bis*], mediante la cual, si se determinan varios lugares de entrega, cabría entender que hay un pacto sobre cada uno de los lugares en los que se va a cumplir la obligación que sirve de base a la demanda¹⁰². Igualmente, la solución del Tribunal de Justicia plantea

⁹⁷ Y ello a pesar del oscuro art. 7.1º.c) RB I *bis* y 5.1º.c) del Convenio de Lugano, que, con una técnica legislativa bastante criticable, dispone que “cuando la letra b) no sea aplicable, se aplicará la letra a)”. Sobre las peculiaridades de los contratos mixtos, *vid.* C. Oró Martínez, *loc. cit.*, p. 10.

⁹⁸ *Vid.* P. Mankowski, “Mehrere Lieferorte beim Erfüllungsortgerichtsstand unter Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO”, *IPRax*, vol. 27, 2007, pp. 404–414, esp. p. 405. *Vid.* el siguiente ejemplo: en enero, el proveedor, domiciliado en el Estado miembro A, entrega al distribuidor unos productos en A, por valor de 300.000 euros y, en julio, entrega un segundo pedido en el Estado B, por valor de 100.000 euros. Según el distribuidor, los productos de ambos pedidos tienen un defecto de fabricación. Los tribunales del Estado A serán competentes para conocer del primer pedido mientras que los tribunales del Estado B serán competentes para conocer del segundo pedido.

⁹⁹ STJCE de 3 mayo 2007, as. C–386/05: *Color Drack c. Lexx International*, *Rec* 2007, pp. I–3699; y, al respecto, R. Arenas García, “Observaciones a la Sentencia del TJCE de 3 mayo 2007”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 919–929. El hecho de que existan varios lugares de entrega no debe desactivar la presunción a favor del tribunal del lugar de entrega. Sería paradójico que a más internacionalización de la operación (= más lugares de entrega), le siguieran menos tribunales competentes ante los que presentar la demanda.

¹⁰⁰ Piénsese en el siguiente caso: el proveedor, domiciliado en el Estado miembro A, entrega al distribuidor: 1) en el Estado A, mercancías por valor de 100.000 euros estando el distribuidor conforme; 2) en el Estado miembro B, mercancías por valor de 50.000 euros estando el distribuidor disconforme; 3) en el Estado C, mercancías por valor de 25.000 euros consideradas también defectuosas. Ante esta situación, los tribunales del Estado miembro B son competentes para las reclamaciones de las entregas defectuosas de B y C. Los tribunales del Estado A no tienen competencia porque existe conformidad con la mercancía entregada en ese país.

¹⁰¹ *Vid.* STJCE de 9 octubre 1999, as. C–420/97: *Leathertex c. Bodetex*, *Rec.* 1999, pp. I–6747 ss. En la doctrina, *vid.* C. Oró Martínez, *loc. cit.*, p. 13.

¹⁰² *Ibíd.*

algunos problemas porque la “entrega principal” no es fácil de determinar en los contratos de distribución.

Pueden destacarse principalmente los relativos a: A) Precios a tanto alzado: no queda claro qué ocurre cuando existe un precio a tanto alzado, sin especificación para cada entrega parcial. En este caso, habrá que estar al lugar donde se entregue el mayor número de productos¹⁰³. B) Entrega de distintos productos por el proveedor: igualmente, es problemático el supuesto en el que se han servido distintos tipos de productos. Cabrá entender que habrá que estar a la entrega económicamente más importante, aunque no lo sea en número de unidades¹⁰⁴. C) Entregas idénticas: también puede ocurrir que no exista un lugar de entrega principal, sino que todas las entregas tengan un valor cualitativo y cuantitativo equivalente. En este sentido, el Tribunal de Justicia considera que el demandante puede elegir cualquiera de los tribunales del lugar de entrega¹⁰⁵. D) Entrega en varias plazas en un mismo Estado: el lugar de “entrega principal” no es de fácil determinación cuando se entregan al distribuidor mercancías en varios Estados y en varios lugares dentro de ese Estado. Habrá que estar al lugar de “entrega principal” aunque en otro Estado la suma de todas las entregas en distintas plazas tenga un valor económicamente superior. Así se desprende de la lógica del RB I *bis*, que, en este punto, establece un criterio de competencia no solo internacional sino también territorial¹⁰⁶. E) Entrega en varios Estados, no todos miembros de la UE: la jurisprudencia del Tribunal deja abierta la cuestión de qué sucede si la entrega principal se realiza en un tercer Estado, produciéndose en Estados miembros entregas de menor significación económica. Es dudoso si los tribunales de los Estados miembros conocerán o derogarán su competencia y, si en el primer caso, conocerán respecto de las controversias sobre las entregas producidas en terceros Estados.

¹⁰³ V.gr., el proveedor entrega 100 unidades de un producto en el Estado miembro A y 50 unidades en el Estado miembro B. Se acuerda el pago de 80.000 euros por las 150 unidades. Al respecto, los tribunales del Estado miembro A son competentes para las 150 unidades defectuosas, al entregarse allí el mayor número de productos de la misma calidad y especie por un precio alzado.

¹⁰⁴ V.gr., el proveedor, domiciliado en el Estado miembro A, entrega al distribuidor: 1) en A, 100 unidades de un producto por valor de 100.000 euros; 2) en B, 50 unidades de un producto de mayor calidad, por un valor de 150.000 euros. Los tribunales del Estado B serán competentes para conocer de todas las entregas defectuosas: cualitativamente es la entrega más importante aunque no cuantitativamente.

¹⁰⁵ V.gr., el distribuidor entrega dos pedidos de 100 unidades del producto, por valor de 20.000 euros cada uno, en el Estado miembro A y en el Estado miembro B. El demandante podrá presentar la demanda en A o en B, a su conveniencia, para conocer de la disconformidad de los dos pedidos.

¹⁰⁶ V.gr., el proveedor, domiciliado en el Estado miembro A, entrega al distribuidor: 1) en el Estado A, 10 unidades en la plaza A1 y 100 unidades en la plaza A2; 2) en el Estado B, 75 unidades en la plaza B1 y 70 unidades en la plaza B2. El tribunal de A2 es competente para todas las reclamaciones, aunque la suma de todas las entregas realizadas en B sea superior.

IV. Conclusiones

1ª. Las partes pueden diseñar el régimen normativo de las futuras operaciones de compraventa en el propio acuerdo marco de distribución. Por esta razón, cualquier pacto sobre ley aplicable o sometimiento a Arbitraje o a unos tribunales concretos debe delimitar si se aplica únicamente a las cuestiones relativas a la colaboración comercial entre las partes o si también se extiende a las futuras operaciones de compraventa.

2ª. Ya sea en el propio acuerdo marco de distribución, ya en el momento de celebrarse cada una de las operaciones de compraventa, las partes pueden hacer pactos parciales específicamente dirigidos a dichas operaciones. Pueden, en particular, acordar una ley, un Arbitraje o unos tribunales distintos a los previstos para la colaboración comercial.

3ª. En defecto de pacto de las partes, las ventas del proveedor al distribuidor tienen una autonomía propia y, por ello, deben someterse al régimen general de la compraventa internacional. Ello implica la aplicación, salvo que exista otra más vinculada, de la ley de residencia habitual del proveedor, que contrasta con la aplicación de la ley de residencia habitual del distribuidor respecto de la colaboración comercial. Conlleva, igualmente, el juego de la presunción, a efectos de la competencia judicial internacional y salvo pacto en contra, de que la obligación que sirve de base a la demanda y relacionada con la venta se ejecuta donde se tienen que entregar las mercancías, en contraste con la presunción de que la obligación relacionada con la colaboración comercial se ejecuta donde se prestan los servicios de distribución.

4ª. El alcance de la competencia y de la ley aplicable respecto de las operaciones de compraventa se restringe a las cuestiones propias de este contrato, principalmente, la entrega y conformidad de las mercancías, la transmisión del riesgo y el pago del precio. El deber de enviar catálogos y ofertas por parte del proveedor se adscribe estrictamente al régimen jurídico de la colaboración comercial, sin perjuicio de que la eficacia de la oferta y su aceptación ya entra dentro del ámbito de aplicación del régimen de compraventa. Igualmente, el deber del proveedor de tener una partida mínima disponible para entregas inmediatas o el deber del distribuidor de realizar un pedido mínimo o de mantener un contingente o stock mínimo también dependen del régimen jurídico de la colaboración comercial, sin perjuicio de que la ejecución de estas obligaciones dependa del régimen jurídico de la compraventa. Por el contrario, el cumplimiento o incumplimiento en torno a los pedidos queda sometido al régimen de las compra-

ventas, pese a que tales incumplimientos puedan provocar la terminación del contrato de distribución, sometido a su propio régimen.

5ª. No obstante lo expuesto, debe destacarse la especialidad de una concreta obligación contractual, la de recompra del stock sobrante. En estos casos, las soluciones expuestas deben ajustarse teniendo en cuenta que el proveedor, antes vendedor, actúa en estos casos como comprador, y que el distribuidor, antes comprador, actúa ahora como vendedor.

Bibliografía

- Arenas García, R.: “Observaciones a la Sentencia del TJCE de 3 mayo 2007”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 919–929.
- Baldi, R.: *Il diritto della distribuzione commercial nell’Europa Comunitaria*, Pádua, Cedam, 1984.
- Bogaert, G. y U. Lohmann (eds.): *Commercial Agency and Distribution Agreements*, 2ª ed., Londres/Norwell, AIJA, 1993.
- Calvo Caravaca, A.L.: “Art. 6”, en L. Díez-Picazo y Ponce de León (dirs.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 1997 (reimp. 2006), pp. 92–101.
- Campbell D. y L. Lafili (eds.): *Distributorships, Agency and Franchising in an International Area: Europe, United States, Japan and Latin American*, Deventer, Kluwer, 1990;
- Carrascosa González, J.: *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, Civitas, 1992.
- Cassoni, G.: “I contratti collegati nel diritto internazionale privato”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XV, 1979, pp. 23–43.
- Cebrián Salvat, M.A.: “Competencia judicial internacional en defecto de pacto en los contratos de distribución europeos: el contrato de distribución como contrato de prestación de servicios en el Reglamento 44”, *CDT*, vol. 5, 2013, pp. 125–138.
- Champaud, C.: “La concession commerciale”, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, pp. 451–504.
- Christou, R.: *International Agency, Distribution and Licensing Agreements*, 4ª ed., Londres, Thomson / Sweet & Maxwell, 2003.
- Clasen, T.F.: *International Agency and Distribution Agreements (Analysis and Forms)*, vol. I, Butterworth, 1990.
- Crahay, P.: *Les contrats internationaux d’agence et de concession de vente*, París, LGDJ, 1991.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Cláusulas de elección del Derecho aplicable”, en S.A. Sánchez Lorenzo (coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 243–266.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Contratos de distribución”, en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 4ª ed., Madrid, Iustel, 2013, pp. 507–567.
- Domínguez García, M.A.: “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 177, 1985, pp. 419–485.
- Fernández Rozas, J.C. y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2013.

- Fernández Rozas, J.C.: *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008.
- Fernández Rozas, J.C.: “Cláusulas compromisorias y acuerdos de arbitraje”, en S.A. Sánchez Lorenzo (coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 140–187.
- Ferrier, D.: “La franchise internationale”, *Journ. dr. int.*, t. 115, 1988, pp. 619–662.
- Ferry, C.: “Contrat international d’agent commercial et lois de police”, *Journ. dr. int.*, t. 120, 1993, pp. 299–307.
- Fontcuberta Llanes, J.: *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, M. Pons, 2009.
- Garau Sobrino, F.F.: *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Madrid, Colex, 2008.
- Garcimartín Alférez, F.J.: “Contratos de distribución internacional: competencia judicial y ley aplicable”, en A. Alonso Ureba y otros (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 221–240.
- González Campos, J.D.: “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 156, 1977–III, pp. 227–376.
- Graupner, R.: “Sole Distributorship Agreements— A Comparative View”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. XVIII, 1969, pp. 879–895.
- Heredia Cervantes, I.: “El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 9, 2004, pp. 55–84.
- Hernández Martí, J.: “Contratos de cooperación y de distribución”, en C. Esplugues Mota (dir.), *Contratación internacional*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 889–997.
- Hesselink, H.W. y otros (ed.): *Principles of European Law. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Múnich, Sellier/Bruylant/Staempfli, 2006.
- Lagarde, P.: “La loi applicable au contrat de distribution commerciale”, en N. Lacasse, L. Perret y J. E. Denis (dirs.), *Les contrats internationaux de distribution*, W & L, 1992, pp. 87–105.
- Lagarde, P.: “Le dépeçage dans le droit international privé des contrats”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, t. XI, 1975, pp. 649–677.
- López Rodríguez, A.M.: “El contrato de distribución exclusiva o concesión comercial como contrato de prestación de servicios a efectos de la aplicación de la aplicación del foro conflictual del RB I”, *La Ley UE*, nº 13, 2014, pp. 37–44.
- Mankowski, P.: “Mehrere Lieferorte beim Erfüllungsortgerichtsstand unter Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO”, *IPRax*, vol. 27, 2007, pp. 404–414.
- Maseda Rodríguez, J.: *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum, 2000.
- Mousseron, J.M. y otros: *Droit de la distribution*, París, Bibliothèque de Droit de l’Entreprise, 1975.
- Nuyts, A.: *La concession de vente exclusive, l’agence commerciale et l’arbitrage*, Bruselas, ULB, 1996.
- Oró Martínez, C.: “El art. 5.1º.b) RB I: examen crítico de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia”, *InDret*, nº 2, 2013, pp. 1–24.
- Pardolesi, R.: *I contratti di distribuzione*, Nápoles, Napoles, 1979.
- Pellisé de Urquiza, C.: *Los contratos de distribución comercial*, Barcelona, Bosch, 1999.
- Ramos Ibós, T.M.: “El marco legislativo comunitario de los contratos de colaboración comercial: agencia, distribución y franquicia”, en J.M. Fernández Seijo (dir.), *Contratos de agencia, distribución y franquicia*, Madrid, CGPJ, 2006, pp. 15–52.
- Ronzano, A.: “Essai de synthèse”, en A. Sayag (dir.), *Le contrat-cadre. 2 La distribution*, París, Litec, 1995, pp. 411–504.
- Ronzano, A.: “La distribution en Europe: les exemples français, allemand, anglais et italien”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 47, nº 2, 1995, pp. 413–419.

- Rueda Valdivia, R.: “El contrato internacional de agencia comercial: un análisis desde la perspectiva del Derecho aplicable”, *Derecho de los negocios*, nº 86, 1997, pp. 17–40.
- Ruiz Peris, J.I.: *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución (Encroachment)*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2007.
- Saleh, M.S.A.: “Les lois de six pays arabes relatives aux agences commerciales et aux contrats de distribution”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, t. 66, 1989, pp. 7–23.
- Sánchez Lorenzo, S.: “La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 35–61.
- Schmitthoff, C.M.: “Agency in International Trade”, *Recuel des Cours*, t. 129, 1970–I, pp. 107–203.
- Thieffry, J.: “La distribution des produits à l’étranger”, *Rev. trim. dr. comm. et dr. econ.*, t. XXXVIII, 1985, pp. 725–736.
- Verbraeken, C.: “La loi applicable aux contrats de concession de vente exclusive comportant un ou plusieurs éléments d’extranéité”, *Hommage à Jacques Heenen*, Bruselas, Bruylant, 1994, pp. 557–570.
- Virgós Soriano, M. y F. J. Garcimartín Alférez: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed, Cizur Menor, Civitas, 2007, pp. 158–159.
- Virgós Soriano, M.: *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL SOBRE VIOLACIONES DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN INTERNET *

Ivana KUNDA **

SUMARIO: I. Introducción. II. Nociones generales sobre la jurisprudencia del TJUE relativa a la competencia en materia de ilícitos. III. Jurisprudencia reciente del TJUE sobre el foro especial en supuestos de infracción a través de Internet de derechos de autor y derechos conexos: 1. Asunto *Pickney*. 2. Asunto *Hi Hotel*. IV. Cuestiones específicas: 1. Principio de territorialidad e interpretación del lugar del “hecho dañoso”: A) Unitarios frente a dualistas; B) Evaluación de los argumentos del TJUE. 2. Accesibilidad o direccionamiento. V. Conclusión.

RESUMEN: Este artículo se centra en el foro especial de competencia judicial internacional de la UE aplicable a los casos de violación de derechos de autor y derechos conexos que se cometen a través de Internet. En el análisis del art. 5.3º Reglamento Bruselas I, es inevitable atender a la jurisprudencia del TJUE. Así, se estudian con detalle las sentencias más recientes, especialmente en los asuntos *Pinckney* y *Hi Hotel*, pero también en otros asuntos relacionados con otros derechos de propiedad intelectual. En particular, se analizan estas resoluciones en relación con el principio de territorialidad de los derechos de propiedad intelectual. La parte final del artículo se dedica a la cuestión de si estas sentencias del TJUE adoptan el criterio de la accesibilidad o el criterio del direccionamiento para establecer la competencia en los asuntos relacionados con Internet.

PALABRAS CLAVE: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – INTERNET – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DERECHOS DE AUTOR – DERECHOS CONEXOS.

ABSTRACT: This article is focused on the European Union provision on special international jurisdictional applicable in cases of infringement of author's right and neighbouring rights committed over the internet. In the analysis of Article 5(3) of the Brussels I Regulation, it is inevitable to rely on the CJEU case law. The recent judgments, especially in the cases *Pinckney* and *Hi Hotel*, as well as some other cases related to other intellectual property rights, are discussed in detail. Particularly, they are assessed as against the principle of territoriality of intellectual property rights. The final part of the article is dedicated to the question of whether these CJEU judgments

* Traducción del inglés a cargo de P. Orejudo Prieto de los Mozos (Universidad Complutense de Madrid).

** Catedrática de Derecho internacional y europeo privado. Universidad de Rijeka (Croacia).

ments adopt accessibility or targeting as the criterion for establishing jurisdiction for the internet-related disputes.

KEY WORDS: PRIVATE INTERNATIONAL LAW – INTERNET – JURISDICTION – AUTHOR’S RIGHTS – NEIGHBORING RIGHTS.

I. Introducción

El aumento del uso de Internet ha generado diversas cuestiones de índole jurídica. Siendo un fenómeno intrínsecamente transfronterizo, Internet ha sido objeto de intenso estudio por la doctrina del Derecho internacional privado (DIPr) desde sus primeras etapas, y este interés se ha mantenido desde entonces¹. Entre las cuestiones de DIPr, la competencia es, probablemente, la que la mayor preocupación suscita en la mayor parte de los sujetos que operan o están presentes de alguna forma en Internet². Las discusiones sobre si y cómo debería regularse la competencia en los casos relacionados con Internet han sido una constante a ambos lados del Atlántico³. Aunque en este artículo se harán algunas referencias a los planteamientos y opiniones de América del Norte en esta materia, la atención se centrará en las normas de la Unión Europea.

Ciertamente, las cuestiones de competencia judicial internacional en casos de Internet han estado en el centro de la atención no sólo de la doctrina europea, sino también de los jueces nacionales y supranacionales, así como de los profesionales, durante tiempo. Debido a la naturaleza de Internet, por lo general este tipo de cuestiones se refieren a objetos inmateriales. Hace ya una década se afirmó que los candidatos principales para plantear demandas relacionadas con

¹ Vid. alguna de las primeras obras, como, v.gr., K. Boele-Woelki y C. Kessedjian (eds.), *Internet: Which Court Decides? Which Law Applies?/Quel tribunal décide? Quel droit s’applique?*, The Hague, Kluwer Law International, 1998; P.A. de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, Madrid, Civitas, 2000; H. Spang-Hansen, *Cyberspace Jurisdiction in the US – The International Dimension of Due Process*, Oslo, Norwegian Research Centre for Computers and Law, 2001; D.J.B. Svantesson, *Private International Law and the Internet*, Alphen and den Rijn, Kluwer Law International, 2007.

² Vid. “Key Finding C in the Global Internet Jurisdiction: The ABA/ICC Survey”, American Bar Association, Business Law Section, Cyberspace Law Committee, Internet Jurisdiction Subcommittee, 2004, <http://apps.americanbar.org/buslaw/newsletter/0023/materials/js.pdf>, p. 2.

³ Vid., v.gr., D.L. Burk, “Jurisdiction in a World Without Borders”, *Virginia J. L. Tech.*, vol. 1, 1997–3, pp. 1522–1687; H. Schack, “Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet – Internationales Zivilprozessrecht”, *Multimedia und Recht: Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht*, 2000–3, pp. 135–140; M. Traynor y L. Pirri, “Personal Jurisdiction and the Internet: Emerging Trends and Future Directions”, *Practising Law Institute, Sixth Annual Internet Law Institute*, 712, 2002–93, pp. 135–147; N. Rosner, “International Jurisdiction in European Union E–Commerce Contracts”, en N.S. Kinsella y A.F. Simpson (eds.), *Online Contract Formation*, New York, NY, Oceana Publications, Inc., 2004, p. 481; T. Schultz, “Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law”, *Eur. J. Int’l L.*, vol. 19, 2008–4, pp. 799–839.

Internet que comportasen cuestiones de DIPr eran los casos de difamación y los casos relacionados con la violación de los derechos de propiedad intelectual⁴. Y esto se aproxima bastante al estado actual de las cosas, al menos en el ámbito de las obligaciones extracontractuales. Tal y como sugieren casos recientes, los derechos de autor y los derechos conexos cada vez se vulneran más en Internet, de forma que se precisa, *inter alia*, una evaluación de las normas de competencia judicial internacional aplicables en estos casos. Con ello no se quiere decir que otras cuestiones de DIPr en los casos de Internet, tales como las relacionadas con la violación de los derechos de la personalidad, o la infracción de marcas⁵, no necesiten ser revisadas. Centrarse en los casos relacionados con la violación de los derechos de autor y los derechos conexos no se debe sino a la evolución en esta materia de la jurisprudencia del TJUE en el último año. Los criterios y argumentos que el TJUE maneja en sus sentencias deben ser evaluados desde la perspectiva tanto de la normativa de propiedad intelectual como del DIPr. Este trabajo tiene por objeto realizar dicho análisis y ofrecer conclusiones sobre la idoneidad de la solución del TJUE en cada caso en concreto.

II. Nociones generales sobre la jurisprudencia del TJUE relativa a la competencia en materia de ilícitos

La cuestión de la competencia en materia civil y mercantil está regulada por el Reglamento (CE) n° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RR I)⁶, que, el 10 enero 2015 será sustituido por el Reglamento (UE) n°1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo RB I *bis*)⁷. Como excepción al principio fundamental enunciado en el art. 2.1° RB I, que atribuye competencia a los órganos jurisdiccionales del EM en cuyo territorio esté domiciliado el demandado, el capítulo II, sección 2, de dicho Reglamento establece foros de competencias especiales, entre los que figura el previsto en el art. 5.3° RB I (*vid.*, en el RB I *bis*, los arts. 4.1° y 7.2°, respectivamente)⁸. De acuerdo con esta disposición, una persona domiciliada en un EM podrá ser demandada en otro EM, en materia de responsabilidad delictual o cuasidelictual, ante el tribunal

⁴ P.P. Swire, "Elephants and Mice Revisited: Law and Choice of Law on the Internet", *University of Pennsylvania L. Rev.*, vol.153, 2005, pp. 1975–2001, esp. p. 1999.

⁵ *Vid. infra* ap. III.1.

⁶ DO L 12, 16.1.2001; DO L 363, 20.12.2006; DO L 304, 14.11.2008.

⁷ DO. L 351, 20.12.2012.

⁸ Para mayor simplicidad, en las siguientes páginas se hará referencia únicamente al art. 5.3° RB I, que es el que actualmente se encuentra en vigor.

“del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”. Puesto que la competencia de los órganos jurisdiccionales del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso es una regla de competencia especial, debe interpretarse de modo estricto, sin que quepa una interpretación que vaya más allá de los supuestos explícitamente contemplados en el Reglamento. A este respecto, según reiterada jurisprudencia, la regla de competencia establecida en el art. 5.3º RB I se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido o puede producirse el hecho dañoso, que justifica la atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional por razones de buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso.

Dicho esto, en el asunto *Minas de Potasa* el TJUE declaró que la expresión “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso” (*locus delicti commissi*) que figura en el art. 5.3º RB I se refiere tanto al lugar de la materialización del daño (*locus damni*) como al lugar del hecho causal que originó ese daño (*locus actus*), de modo que la acción puede ejercitarse, a elección del demandante, ante los tribunales de cualquiera de esos dos lugares⁹. Un ilícito en el que ambos lugares están separados es un ilícito a distancia (*Distanzdelikt*). En cuanto a la competencia basada en el *locus actus*, el TJUE dictaminó en *Meltzer* que tal competencia no puede establecerse sobre la base del lugar del hecho causante (*locus actus*) con respecto a uno de los supuestos autores de los daños que no ha actuado dentro de la jurisdicción del tribunal que conoce¹⁰. No es del todo claro si la referencia al *locus actus* implica el lugar donde el infractor ha actuado físicamente¹¹ o el lugar en que esté establecido el infractor¹², pero esta última interpretación parece prevalecer cuando el ilícito se relaciona con la actividad profesional.

En cuanto a la competencia basada en *locus damni*, el TJUE ha aclarado, además, que este último lugar sólo puede corresponderse con el lugar donde se produjo el daño directo (*locus damni directi*), y no las consecuencias indirectas del hecho dañoso¹³. En las situaciones de violación de los derechos de la personalidad

⁹ STJCE 30 noviembre 1976, as. C-21/76: *Handelskewekery GJ Bier et Fondation Reinwater c. Mines de Potase d'Alsace*, Rec. 1976, 1735 (en adelante, asunto *Minas de Potasa*).

¹⁰ STJCE 16 mayo 2013, as. C-228/11, *Melzer v MF Global UK Ltd*, ap. 41.

¹¹ Vid. as. *Minas de Potasa*, aps. 20 y 21.

¹² Vid. as. *Shevill*, citado *infra*, ap. 24; STJCE 5 febrero 2004, as. C-18/02: *Danmarks Rederiforening, acting on behalf of DFDS Torline A/S v LO Landsorganisationen i Sverige, acting on behalf of SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation*, Rec. 2004, I-01417, ap. 37; y el as. *Wintersteiger*, al que se hace referencia *infra*.

¹³ STJCE de 19 septiembre 1995, as. C-364/93, *Antonio Marinari v Lloyds Bank Plc and Zubaidi Trading Company*, Rec. 1995 I-02719 (en adelante, Asunto *Marinari*); STJCE de 11 de enero de 1990, C-220/88, *Dumez France SA and Tracoba SARL v Hessische Landesbank and Others*, Rec 1990 I-

por medio de publicaciones y en las que el daño se produce en múltiples EM, como en *Shevill*, la expresión “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse” significa tanto “el lugar donde se origina el daño”, es decir, el lugar donde reside el editor, en cuyo caso la competencia abarca los daños y perjuicios por la totalidad del daño causado por la violación; como “el lugar donde surge el daño”, es decir, en cualquier EM en el que la publicación haya sido difundida y la víctima alegue haber sufrido un perjuicio a su reputación, en cuyo caso la competencia se limita a los daños que pudieran haberse causado en ese EM en particular¹⁴. A los efectos de violación *on line* de los derechos de la personalidad, que ocurre en *eDate Advertising*, el TJUE consideró que la regla *Shevill* debía ser adaptada para que una víctima pueda interponer una demanda en un único foro respecto a todos los daños causados, según el lugar donde se haya causado el daño en la UE, y que ese foro es el lugar donde una persona tiene el “centro de sus intereses”. El concepto de centro de intereses se corresponde en general con la residencia habitual de la persona, pero también puede estar ubicado en un EM distinto, si factores tales como la actividad profesional, apuntan a la existencia de una relación especialmente estrecha con ese EM¹⁵.

Por el momento resulta indiscutido que el art. 5.3º RB I cubre los casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, incluyendo los derechos de autor y los derechos conexos. A juzgar por el número de peticiones de decisión prejudicial de los últimos años, la aplicación del art. 5.3º en casos de infracción de la propiedad intelectual parece ser una preocupación creciente entre los jueces nacionales. Y más aún cuando estos casos están relacionados con Internet. Así, en *Wintersteiger*¹⁶, el TJUE tuvo la oportunidad de declarar que es preciso diferenciar entre los derechos de la personalidad y los derechos de propiedad intelectual debido a la territorialidad de los segundos. Una acción relativa a la violación de una marca registrada en un EM, causada por la utilización, por un anunciante, de una palabra clave idéntica a la marca en un sitio web de motores de búsqueda que opera bajo un dominio de primer nivel correspondiente a otro EM, se podrá

00049; y STJCE 10 junio 2004, as. C-168/02: *Rudolf Kronhofer v Mariane Maier, Christian Möller, Wirich Hofius, Zeki Karan*, Rec. 2004 I-06009.

¹⁴ STJCE 7 de marzo de 1995, as. C-68/03: *Fiona Shevill Ixora Trading Inc; Chequepoint SARL, Chequepoint International Ld. C Press Alliance SA*, Rec. I-0415 (en lo sucesivo, Asunto *Shevill*).

¹⁵ STJ (Gran Sala) 25 octubre 2011, Asuntos acumulados C-509/09 y 161/10, *eDate Advertising GMBH y X y Olivier Martínez, Robert Martínez y MGN Limited*, Rec., 2011, I-10269. Vid. el comentario de C. Heinze, “Surf Global, sue local! Der europäische Klägergerichtsstand bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2011-24, pp. 947-951.

¹⁶ Vid. STJUE 19 abril 2012, as. C-523/10, *Wintersteiger AG v Products 4U Sondermaschinenbau GmbH* (aún no publicada en Rec., disponible en www.curia.eu). Vid. el comentario de P. Picht, “Von eDate zu Wintersteiger – Die Ausformung des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO für Internetdelikte durch die Rechtsprechung des EuGH”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, 2013-1, pp. 19-27.

interponer ante cualquiera de los tribunales de los EM en los que esté registrada la marca, siendo el *locus damni*, o ante los tribunales del EM del lugar de establecimiento del anunciante, siendo el *locus actus*.

III. Jurisprudencia reciente del TJUE sobre el foro especial en supuestos de infracción a través de Internet de derechos de autor y derechos conexos

Como se indicó anteriormente, hay varias sentencias recientes del TJUE que se ocupan de la determinación de la competencia en casos de violación a través de Internet de derechos de autor y derechos conexos. Se presentan a continuación, para servir como base para el análisis de sus características principales.

1. Asunto Pinckney

En el asunto decidido por Sentencia de 3 octubre 2013¹⁷, al TJUE se le había consultado sobre la interpretación del foro del art. 5.3º RB I, por un tribunal francés que dudaba si resultaba competente para conocer del recurso interpuesto por el Sr. Pinckney, residente en Francia, en contra de Mediatech, una empresa establecida en Austria. El procedimiento se refería a una reclamación por los daños y perjuicios resultantes de la infracción del derecho de autor del Sr. Pinckney (sobre letras y música) y del derecho del artista intérprete o ejecutante de canciones grabadas por el grupo Aubrey Small en un disco de vinilo. Esas canciones fueron reproducidas sin su autorización en un CD grabado en Austria por Mediatech y comercializado por las sociedades del Reino Unido Crusoe y Elegía, a través de diversos sitios de Internet, que eran accesibles desde su residencia en Toulouse. Mediatech impugnó sin éxito la competencia del tribunal francés, que se consideró competente con base en que el Sr. Pinckney había sido capaz de comprar la grabación en cuestión desde su residencia en Francia, a través de un sitio de Internet accesible al público francés. La excepción fue de nuevo ejercitada en la segunda instancia, donde Mediatech argumentó que los CDs se habían grabado en Austria, donde está situada su sede, a petición de una empresa del Reino Unido que los comercializa a través de un sitio de Internet. Por lo tanto, afirmó, los únicos tribunales competentes eran los tribunales del lugar de domicilio del demandado, que está en Austria, o los tribunales del lugar donde se produjo el daño, que es el lugar donde se cometió la presunta infracción, el Reino Unido. El tribunal de apelación francés sostuvo que los tribunales franceses no eran competentes porque el demandado estaba domiciliado en Austria y el lugar donde se produjo el daño no podía estar situado en Francia; y que no había

¹⁷ STJUE 3 octubre 2013, as. C-170/12: *Peter Pinckney v KDG Mediatech AG* (aún no publicada en Rec., disponible en www.curia.eu).

necesidad de examinar la responsabilidad de Mediatech, en ausencia de cualquier acuerdo entre éste y Crusoe o Elegy. El Sr. Pinckney interpuso recurso de casación contra dicha sentencia y la *Cour de Cassation* planteó las siguientes cuestiones al TJUE:

1) ¿El art. 5, punto 3, del [Reglamento] debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una vulneración de los derechos patrimoniales de autor cometida mediante el contenido ofrecido en línea en un sitio de Internet,

– la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio sea o haya sido accesible el contenido ofrecido en línea en Internet, para obtener reparación únicamente del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya ejercitado dicha acción,

– es preciso, además, que esos contenidos estén o hayan estado destinados al público situado en el territorio de dicho Estado miembro, o que se ponga de manifiesto otro punto de conexión?

2) ¿Debe darse la misma respuesta cuando la presunta vulneración de los derechos patrimoniales de autor no resulta de la oferta en línea de un contenido desmaterializado, sino, como en el caso de autos, de la oferta en línea de un soporte material que reproduce dicho contenido?

Estas preguntas, tal y como son reformuladas por el TJUE, lo que pretenden que se dilucide, esencialmente, es si el art. 5.3º RB I debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una vulneración de los derechos patrimoniales de autor garantizados por el EM del órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda, éste es competente para conocer de una acción de responsabilidad ejercitada por el autor de una obra contra una sociedad domiciliada en otro EM y que ha reproducido en él dicha obra en un soporte material que, a continuación, ha sido vendido por sociedades domiciliadas en un tercer EM a través de un sitio de Internet accesible también desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda. En definitiva, lo que se plantea es la cuestión de si el órgano jurisdiccional francés tiene competencia sobre la base de que es el tribunal del lugar del *locus damni*, esto es, del criterio de la materialización del daño alegado.

En su razonamiento, el TJUE reiteró que para identificar el lugar donde se produjo el daño supuestamente causado a través de Internet, es preciso diferenciar entre las infracciones de derechos de la personalidad y la vulneración de los derechos de propiedad intelectual e industrial¹⁸. Pero el TJUE no se detuvo allí; trazó otra distinción entre los derechos registrados, como las marcas, por un lado, y los derechos de autor, por otro. En opinión del TJUE, esta distinción se debe al hecho de que “los derechos de autor deben ser protegidos de forma automática, en particular, en virtud de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 mayo 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de au-

¹⁸ Vid. as. *Pinckney*, ap. 37; as. *Wintersteiger*, aps. 25 y 28.

tor en la sociedad de la información (en adelante Directiva Infosoc)¹⁹ en todos los EM, para que puedan ser objeto de infracción en cada uno de acuerdo con el Derecho sustantivo aplicable²⁰. En base a esto y haciendo referencia de nuevo a su fallo en *Wintersteiger*²¹, el TJUE concluye que

“... las cuestiones de, por una parte, en qué condiciones puede considerarse vulnerado un derecho protegido en el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya ejercitado la acción y, por otra, si dicha vulneración es imputable al demandado, corresponden al examen de fondo del órgano jurisdiccional competente”²².

El TJUE añade, además que, en lo que respecta a la supuesta violación del derecho patrimonial de autor, la competencia para conocer de una acción en materia delictual o cuasidelictual ya está establecida en favor del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda cuando el EM en cuyo territorio se encuentra dicho órgano jurisdiccional protege los derechos patrimoniales que invoca el demandante y el daño alegado puede materializarse en la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ejercite la acción derecho de autor (y el derecho de intérprete)²³. El TJUE considera que surge tal riesgo, en particular, cuando cabe la posibilidad de obtener una reproducción (o ejecución) de la obra a la que están vinculados los derechos que invoca el demandante en un sitio de Internet accesible desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda²⁴. Por último, la parte dispositiva de la sentencia establece que

“El art. 5.3º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una vulneración de los derechos patrimoniales de autor presentado la demanda, éste es competente para conocer de una acción de responsabilidad ejercitada por el autor de una obra contra una sociedad domiciliada en otro Estado miembro y que ha reproducido en éste la referida obra en un soporte material que, a continuación, ha sido vendido por sociedades domiciliadas en un tercer Estado miembro a través de un sitio de Internet accesible también desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda. Dicho órgano jurisdiccional únicamente es competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenece”, garantizados por el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya.

2. Asunto Hi Hotel

¹⁹ DO L 167 de 22.6.2001.

²⁰ *Vid. as. Pinckney*, ap. 39.

²¹ *Vid. as. Wintersteiger*, ap. 26.

²² *Vid. as. Pinckney*, ap. 40.

²³ *Ibíd.*, ap. 43.

²⁴ *Ibíd.* ap. 44.

En su Sentencia de 3 abril 2014²⁵, recaída en el asunto *Hi Hotel*, el TJUE reiteró la argumentación que había desarrollado anteriormente en *Pinckney*. Este caso fue resultado del procedimiento judicial entre Hi Hotel HCF SARL, con domicilio en Niza (Francia), y el Sr. Spoering, un fotógrafo residente en Colonia (Alemania). Por encargo de Hi Hotel, el Sr. Spoering tomó 25 diapositivas de vistas interiores de varias habitaciones del hotel, y concedió a Hi Hotel el derecho de utilizar las fotografías en folletos publicitarios y en su sitio web, pero no se estableció ningún acuerdo escrito sobre los derechos de uso. Hi Hotel pagó la factura de las fotografías, que ascendía a 2.500 euros y contenía la mención “*include the rights – only for the Hotel Hi*”. Más tarde, el Sr. Spoering encontró un libro, *Innenarchitektur weltweit (Arquitectura de Interiores en el mundo)*, publicado por Phaidon–Verlag, sociedad establecida en Berlín (Alemania), que contenía reproducciones de nueve de las fotografías en cuestión. El Sr. Spoering consideró que Hi Hotel había infringido su derecho de autor sobre las fotografías al transmitir las a Phaidon–Verlag, por lo que presentó una demanda ante un tribunal de Colonia. En particular, pretendía que se condenase al demandado a cesar en la reproducción, difusión y exposición de las fotografías en territorio alemán, por sí misma o por medio de terceros, sin su consentimiento previo, y a indemnizar por todos los daños resultantes de la conducta de Hi Hotel. La impugnación de la competencia que realizó el hotel no tuvo éxito ni en la primera ni en la segunda instancia, pero el *Bundesgerichtshof* duda en lo que respecta a la posibilidad de determinar la competencia internacional de los tribunales alemanes sobre la base del art. 5.3° RB I. Hi Hotel afirmó que Phaidon–Verlag también disponía de un establecimiento en París (Francia) y que, a su entender, el director de Hi Hotel podía ceder las fotografías controvertidas a dicha editorial. Hi Hotel manifestó que desconocía si dicha editorial había cedido posteriormente las fotografías a su sociedad hermana alemana. Como ninguno de estos extremos fue contradicho por el Sr. Spoering, el *Bundesgerichtshof* señala que la competencia internacional en el asunto debía ser examinada sobre la base de la suposición de que Phaidon–Verlag de Berlín difundió en Alemania las fotografías controvertidas vulnerando así el derecho de autor y que Hi Hotel contribuyó a dicha infracción al ceder las referidas fotografías a la editorial Phaidon de París.

En consecuencia, el *Bundesgerichtshof* plantea la siguiente cuestión:

¿Debe interpretarse el artículo 5, punto 3, del Reglamento [...] n° 44/2001 en el sentido de que el hecho dañoso se ha producido en un Estado miembro (Estado miembro A), cuando el acto ilícito

²⁵ STJ 3 abril 2014, as. C 387/12, *Hi Hotel HCF SARL v Uwe Spoering* (aún no publicada en Rec., disponible en www.curia.eu).

objeto del procedimiento o en el que se basa la demanda se ha cometido en otro Estado miembro (Estado miembro B) y consiste en la participación en un acto ilícito (acto principal) cometido en el primer Estado miembro (Estado miembro A)?”.

La cuestión, tal y como se reformula por el TJUE, pregunta si el art. 5.3º RB I debe interpretarse en el sentido de que, en caso de pluralidad de presuntos autores del daño alegado a los derechos patrimoniales de autor protegidos en el EM del órgano jurisdiccional que conoce del asunto, esta disposición permite asumir la competencia en relación con uno de los autores que no actuó en la circunscripción territorial de ese órgano jurisdiccional.

Distinguiendo este caso de *Meltzer*, ya que el foro de competencia probablemente sea el *locus damni*, antes que el *locus actus*, el TJUE vio la oportunidad de ampliar los argumentos que había avanzado en *Pinckney*. Basándose en el hecho de que el Sr. Spoering estaba alegando una violación de varios derechos de autor, incluidos los derechos de reproducción, difusión y exposición de las fotografías en cuestión, que están protegidos en Alemania de conformidad con la Directiva InfoScoc, el TJUE concluyó que el daño podía ocurrir en Alemania debido a la posibilidad de adquirir una reproducción de la obra con derechos de autor en cuestión en una librería ubicada en este Estado; y que la reproducción y distribución de las fotografías fue una consecuencia de la entrega de las fotografías en cuestión de Phaidon–Verlag de París, por lo que existía una relación de causalidad entre el *actus* en París y posible *damnum* en Alemania²⁶.

El TJUE finalmente declara:

El art. 5.3º Reglamento (CE) n.º 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que, cuando hay varios supuestos autores de los daños supuestamente causados a los derechos de autor protegidos en el Estado miembro del órgano jurisdiccional que conoce del asunto, dicha disposición no permite competencia para establecer, a partir del hecho causante del daño, de un tribunal en cuya jurisdicción el supuesto perpetrador que está siendo demandado no actuó, pero no permita que la jurisdicción de ese tribunal que se establezca sobre la base del lugar donde se produce el daño alegado, a condición de que se puede producir el daño dentro de la jurisdicción del tribunal que conoce del asunto. Si ese es el caso, el tribunal tendrá competencia únicamente para pronunciarse sobre los daños causados en el territorio del Estado miembro al que pertenece.

IV. Cuestiones específicas

De la anterior jurisprudencia del TJUE, interesa traer al primer plano al menos dos cuestiones, merecedoras de un análisis más profundo. Una de ellas es la aplicación del principio de territorialidad de los derechos de propiedad intelectual.

²⁶ Vid. as. *Hi Hotel*, aps. 36 y 37.

tual, incluyendo el derecho de autor y los derechos conexos, especialmente a efectos de determinar la competencia. La otra es el dilema de si la mera accesibilidad de un contenido subido a Internet, que está protegido por derechos de autor o derechos conexos, constituye base suficiente para establecer la competencia internacional en caso de violación; o, si, por el contrario, resulta necesario un elemento más cualificado, tal y como un direccionamiento a los usuarios en un país específico.

1. Principio de territorialidad e interpretación del lugar del “hecho dañoso”

El principio de territorialidad probablemente sea el término más mencionado en todo debate sobre cuestiones de DIPr relativas a la propiedad intelectual. Es importante destacar, en primer lugar, que el principio de territorialidad en relación con los derechos de propiedad intelectual puede entenderse de diferentes maneras. Ulmer intenta captar la esencia de este principio afirmando que comporta que un derecho de propiedad intelectual produzca efectos sólo en el territorio del Estado que ha reconocido el derecho²⁷. Analizando el mismo principio, Cornish, Llevellyn y Aplin mencionan cuatro posibles significados del principio de territorialidad de los derechos de propiedad intelectual. Uno de interés en el contexto de este trabajo es el segundo significado²⁸: “El derecho sólo afecta a las actividades llevadas a cabo por otro dentro del territorio geográfico para el que se haya concedido. Esta zona se suele definir por las fronteras del Estado de que se trate”²⁹. Por ejemplo, una persona que se está produciendo un bien en un país e importándolo y vendiéndolo en otro, si ese bien está protegido por un derecho

²⁷ E. Ulmer, *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws*, Deventer, Kluwer, 1978, p. 9.

²⁸ W. R. Cornish, D. Llevellyn y T. Aplin, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, London, Sweet & Maxwell, 2013, pp. 27–28. Vid. también C. Wadlow, *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law*, London, Sweet & Maxwell, 1998, p. 9; B. Ubertazzi, *Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012, pp. 137 ss.

²⁹ Los otros significados, como el de que los derechos pueden hacerse valer en los tribunales del país para el que se conceden, se han superado en gran medida por la introducción de la posibilidad de que el tribunal de un país pueda conocer de una acción relativa a un derecho de propiedad intelectual protegido en el extranjero. Esto es posible en los Estados miembros de la UE con base en el art. 2 RB II. El principio de territorialidad sigue estando muy arraigado en lo que respecta a las cuestiones de la existencia y validez de los derechos de propiedad intelectual registrados. Vid. STJUE 13 julio 2006, as. C-4/03, *Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG v Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG (GAT v Luk)*, Rec. 2006 I-06509 (en adelante, Asunto GAT c Luk). Vid. los comentarios de A. Kur, “A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions GAT v. LuK and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, 2006–4, pp. 844–855; K. Szychowska, “Quelques observations sous les arrêts de la Cour de justice dans les affaires C-4/03 GAT et C-539/3 Roche”, *Rev. dr. comm. belge*, 2007–5, pp. 498–506; y P. Torremans, “The Widening Reach of Exclusive Jurisdiction: Where Can You Litigate IP Rights after GAT?”, en A. Nuyts (ed.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2008, pp. 61–77.

de propiedad intelectual en uno de los países, pero no en el otro, no puede ser considerado responsable de los actos realizados en el país en el que ese derecho no es protegido. Este principio ha sido reconocido en el Derecho internacional, como el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, así como en instrumentos de la UE, tales como el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (RR II)³⁰. Al parecer, este principio se relaciona esencialmente con los aspectos sustantivos de los derechos de propiedad intelectual. Pero, ¿qué efecto tiene, si los hubiere, sobre la competencia internacional?

A) Unitarios frente dualistas

La cuestión crucial en relación con la aplicación del foro especial previsto en el art. 5.3° RB I a los casos de infracción de la propiedad intelectual se refiere a la interpretación de la noción “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso” (*locus delicti commissi*), así como de sus nociones subordinadas “el lugar donde se produjo el daño” (*locus actus*) y “el lugar del hecho generador del daño” (*locus damni*). Los académicos y profesionales que han analizado la aplicación de estas nociones tienen visiones diametralmente opuestas.

Una corriente doctrinal, a la que cabría llamar de los *unitarios*³¹, entiende que la naturaleza territorial de los derechos de propiedad intelectual impide que el

³⁰ DO L 199 de 31.7.2007.

³¹ Vid., v.gr., T. Bettinger y D. Thumm, “Territoriales Markenrecht im Global Village – Überlegungen zu internationaler Tatortzuständigkeit, Kollisionsrecht und materiellem Recht bei Kennzeichenkonflikten im Internet”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, vol. 48, 1999–8/9, pp. 659–681, esp. p. 663; R. Hausmann, “Infringements of industrial property rights in European international private law and procedural law”, *European Legal Forum*, 2003–5/6, pp. 277–286; E. Jooris, “Infringement of Foreign Copyright and the Jurisdiction of English Courts”, *European Intellectual Property Review*, vol. 19, 1996–3, pp. 127–148, esp. pp. 139–140; E.–M. Kieninger, “Internationale Zuständigkeit bei der Verletzung ausländischer Immaterialgüterrechte: Common Law auf dem Prüfstand des EuGVÜ – Zugleich Anmerkung zu Pearce v. Ove Arup Partnership Ltd. and others (Chancery Division) und Coin Controls Ltd. v. Suzo International (UK) Ltd and others (Chancery Division)”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, vol. 47, 1998–4, pp. 280–290, esp. p. 282; A. Kur, “Territorialität versus Globalität – Kennzeichenkonflikte im Internet”, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2000–9, pp. 935–940, esp. p. 936; D. Stauder, “Die Anwendung des EWG–Gerichtsstands– und Vollstreckungsübereinkommens auf Klagen im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, vol. 25, 1976–11, pp. 465–477, esp. pp. 465–474; V. Tetzner, “Die Verfolgung der Verletzung ausländischer Patente vor deutschen Gerichten unter Berücksichtigung des EWG–Gerichtsstands– und Vollstreckungs–Abkommens”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, vol. 25, 1976–12, pp. 669–672, esp. p. 669.

lugar del hecho causal y el lugar de la consecuencia sean diferentes cuando existe una sola infracción de tales derechos. Para que los lugares sean distintos, como explica Kur, no puede haber una única infracción, sino dos infracciones distintas, una en cada uno de los países. Tal sería el resultado de la (muy) específica naturaleza de los derechos de propiedad intelectual como derechos exclusivos, y, en particular, del contenido de tales derechos. A diferencia de los derechos que se violan en el contexto de otros tipos de responsabilidad civil, los derechos de propiedad intelectual pueden ser infringidos por cualquiera de los actos reservados exclusivamente para el titular del derecho³². En el caso del derecho de autor, éste abarca el derecho de reproducción, el derecho de distribución, el derecho de comunicación al público, así como el derecho, reconocido más recientemente, de puesta a disposición del público (a través de Internet). Por lo tanto, si una persona reproduce sin permiso una obra literaria protegida o una fotografía en un país, y la vende en otro país, habría dos violaciones: la del derecho de reproducción en un país y la del derecho de distribución en el otro país. Aunque los hechos se encuentren conectados, ya que para la distribución es precisa la previa reproducción, en términos legales no se consideran causa y efecto de un único acto de violación. Por el contrario, estos dos actos se producen por separado en cada país en el que el derecho del autor de la obra está protegido y por lo tanto constituyen dos infracciones distintas, sujetas a las leyes de cada uno de los respectivos países³³. Este punto puede ilustrarse comparando situaciones. En un *Distanzdelikt* normal, *v.gr.*, es imposible que un cazador, de pie a un lado de la frontera, sea directamente responsable de herir de bala a alguien que se encuentra al otro lado de la frontera, a menos que el cazador haya disparado la bala con su fusil, o haya realizado algún otro tipo de acción que comporte que la bala alcanzara a la persona herida. Pero es perfectamente viable que una persona sea responsable de la distribución ilegal de una obra por el derecho de autor en un país, incluso si esa misma persona no ha reproducido o participado en la reproducción de la obra en otro país. De acuerdo con los unitarios, la característica descrita de los derechos de propiedad intelectual, que deriva del principio de territorialidad, tiene un efecto sobre la interpretación del art. 5.3° RB I, pues el “hecho dañoso” no puede ocurrir en ningún otro lugar distinto al del EM en el que el derecho esté protegido. En consecuencia, los tribunales de un EM pueden tener competencia para decidir sobre la infracción de un derecho de propiedad intelectual por actos cometidos dentro del EM. Si el autor actuó en varios EM, los tribunales

³² Cf. A. Kur, “Durchsetzung gemeinschaftsweiter Schutzrechte: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, (en prensa, previsa publicación en los n°s 7–8, 2014). La autora quisiera agradecer al Profesor Kur la gentileza de facilitarle el artículo antes de su publicación, así como sus valiosos comentarios a este trabajo a lo largo de su elaboración.

³³ Las normas sobre aplicabilidad de la *lex loci protectionis* se encuentra contenida en el art. 8 RR II.

de cada uno de los EM tendrán competencia sólo en lo referido a la violación del derecho protegido en su EM, y en relación con los hechos cometidos en el territorio de ese EM.

Los defensores del enfoque opuesto, que pueden ser llamados *dualistas*³⁴, afirman que del principio de territorialidad no deriva necesariamente la interpretación unitaria. En esencia, creen que la teoría unitaria confunde los efectos del principio de territorialidad en sede de conflicto de leyes, con sus efectos en el ámbito de la competencia judicial internacional. Parten de la premisa básica de que la territorialidad no peligra por el hecho de que haya tribunales competentes para conocer de infracciones de los derechos protegidos por leyes extranjeras. Esto se debe a que la territorialidad, tal como se define en el comienzo de este epígrafe, rige independientemente de que la cuestión la decida el tribunal del foro o un tribunal extranjero, siempre y cuando se aplique la *lex loci protectionis* al fondo del asunto. Por otra parte, la dualidad de criterios de competencia que establece el art. 5.3º RB I según la práctica del TJUE no puede ser objeto de interpretaciones contradictorias sólo en lo que respecta a los derechos de propiedad intelectual. De lo contrario, las dos opciones del demandante en estos casos se verían mermadas e injustificadamente reducidas a un único lugar del evento causal, que suele coincidir con el domicilio del demandado. Al mismo tiempo, el lugar del daño parece estar estrechamente relacionado con la infracción objeto del litigio³⁵. Además, los dualistas invocan las sentencias del TJUE en que las que se afirma que la determinación de la competencia al amparo del art. 5.3º RB I es independiente de que la acción esté fundamentada o existan daños con arreglo a la ley aplicable³⁶. Por consiguiente, el “hecho dañoso” puede entenderse de manera dual, de forma tal que quepa establecer la competencia tanto en el lugar donde actuó el infractor como en el lugar donde emerge el daño como consecuencia de su acto. Así, Nuyts explica que el hecho causante se encuentra en el territorio desde el que se origina, es emitido o enviado el material infractor, que coincide habitualmente con el lugar donde tiene su establecimiento el responsable. Además, en lo que respecta al derecho de autor, afirma que ese evento causal se encuentra en el lugar “donde la obra se reprodu-

³⁴ W. Neuhaus, “Das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16.9.1988, soweit hiervon Streitigkeiten des gewerblichen Rechtsschutzes betroffen sind”, *Mitteilungen der deutschen Patentanwälte*, vol. 87, 1996–9, pp. 257–269, esp. p. 261; A. Nuyts, “Suing at the Place of Infringement: The Application of Article 5(3) of Regulation 44/2001 to IP Matters and Internet Disputes”, en A. Nuyts (ed.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2008, pp. 105–130, esp. pp. 115 ss; R. Pansch, “The Proper Forum for Illicit Acts in cases of Cross-Border Infringement of Proprietary Commercial Acts: Proposed Interpretations of Article 5, No. 3 of the Brussels Convention”, *European Law Forum*, 2000–200, 15, pp. 353–362, esp. p. 355.

³⁵ Cf. A. Nuyts, *loc. cit.*, pp. 116–117 y 127.

³⁶ *Ibéd.*, p. 122, invocando el as. *Marinari*, antes citado.

ce”, por ejemplo, donde se copia un libro o se graba en un CD o DVD el contenido protegido³⁷. En lo que respecta al *locus damni*, Nuyts indica que el daño directo, en los casos de infracción de derechos de autor, es generalmente la pérdida económica sufrida por el titular del derecho en el lugar donde se comercializa, se anuncia o se utiliza el material infractor, esto es, en el lugar donde “las copias de la material infractor se venden o distribuyen al público”.

B) Evaluación de los argumentos del TJUE

De las sentencias recaídas en los asuntos *Pinckney* y *Hi Hotel* se desprende que el enfoque dualista parece ser el preferido del TJUE para la interpretación de las normas de la UE. Independientemente de si la cuestión se refiere a una marca registrada, a un derecho de autor o a un derecho conexo, el TJUE asume que no hay ninguna razón de peso para interpretar el concepto de “hecho dañoso” de manera unitaria. Varios son los argumentos esgrimidos por el TJUE, con la opinión contraria del Abogado General Jääskinen en lo que respecta a algunos extremos.

Uno de los argumentos más importantes es que la ley sustantiva no incide en las cuestiones de competencia. Por ejemplo, el TJUE en *Pinckney* afirma:

“... en la fase de examen de la competencia de un tribunal para conocer de un daño, la identificación del lugar de la materialización del mismo en el sentido del arts. 5, punto 3, del Reglamento no puede depender de criterios que son propios de dicho examen de fondo y que no figuran en la citada disposición. Ésta prevé, en efecto, como única condición el hecho de que se haya producido o pueda producirse un daño”³⁸.

Y aunque no cabe duda de que las condiciones en que se protege el derecho de autor y la responsabilidad del infractor son cuestiones de fondo que no se deciden en la etapa de determinación de la competencia³⁹, no es menos cierto que algunos aspectos del Derecho sustantivo se encuentran intrínsecamente relacionados con la aplicación del foro especial del art. 5.3º RB I. Precisamente porque el foro especial del art. 5.3º RB I está diseñado para una categoría específica de supuestos – los ilícitos–, utiliza los criterios que se corresponden con los elementos de esos ilícitos: “lugar donde se produjo el hecho dañoso”, “lugar del hecho generador del daño” y “lugar donde se materializa el daño”⁴⁰.

³⁷ *Ibid.*, p. 120.

³⁸ *Vid.* as. *Pinckney*, ap. 41.

³⁹ *Ibid.*, ap. 40.

⁴⁰ Análogicamente, cabe indicar que también el art. 5.1º RB I, al establecer el foro especial en materia contractual emplea el criterio del “lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda”; y que es jurisprudencia asentada del TJUE que es el Derecho sustantivo el que debe resolver

Ya en sus primeras sentencias, el TJUE se refirió a los elementos sustantivos de los ilícitos en el marco de la interpretación del art. 5.3º RB I⁴¹. Y estas referencias se han mantenido en asuntos posteriores⁴². Hace muy poco, y en relación con una cuestión similar a la de los derechos de autor y derechos conexos, el TJUE ha confirmado que la cuestión de la localización de los actos de violación del derecho *sui generis* sobre una base de datos “puede influir en la cuestión de la competencia del órgano jurisdiccional remitente”⁴³. Asimismo, en *Winters-teiger*, a efectos de interpretar el art. 5.3º RB I, el TJUE invocó su propia interpretación de la Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los EM relativas a las marcas, en la que es el anunciante que elige una palabra clave idéntica a la marca, y no el proveedor del servicio de referenciación, quien lo utiliza en el tráfico económico⁴⁴, para concluir que

“... el hecho generador de la eventual vulneración del derecho de marca reside, pues, en la conducta del anunciante que recurre al servicio de referenciación para su propia comunicación comercial”⁴⁵.

En sus conclusiones en el asunto *Pinckney*, el Abogado General fue aún más lejos, al afirmar:

la cuestión de si un tribunal es competente, o no, en aplicación de esta norma: Vid. STJCE 6 octubre 1976, as. 12–76, *Industrie Tessili Italiana Como v Dunlop AG*, Rec. (español) 1976/00495.

⁴¹ Vid. as. *Minas de Potasa*: “*In favour of the place where the act was done (place of the act, Handlungsort), it may be argued from the legal point of view that the concept of acting or of failing to act is an essential ingredient of the tortious or delictual act, and the damage is only a mere consequence of the performance or non-performance of the act. [...] The solution that adopts the place where the damage occurred (place of the damage, Erfolgsort) refers to the last link in the chain of elements which as a whole constitute a tortious or delictual act. From the legal point of view, the existence of a tortious or delictual act requires not only the performance or non-performance of an action, but also the fact that it gives rise to damage*”. No existe traducción oficial al español de esta sentencia, salvo en una versión reducida (N. de la T.).

⁴² Vid., v.gr., as. *Shevill*, aps. 29 y 30: “En el caso de una difamación internacional a través de la prensa, el ataque de una publicación difamatoria al honor, a la reputación y a la consideración de una persona física o jurídica se manifiesta en los lugares en que la publicación ha sido difundida, cuando la víctima es allí conocida. De ello se desprende que los órganos jurisdiccionales de cada Estado contratante en que se haya difundido la publicación difamatoria y en que la víctima alegue haber sufrido un ataque a su fama, son competentes para conocer de los daños causados en dicho Estado a la reputación de la víctima”.

⁴³ STJUE 18 octubre 2012, as. C-173/11: *Football Dataco Ltd, Scottish Premier League Ltd, Scottish Football League and PA Sport UK Ltd v. Sportradar GmbH and Sportradar*, ap. 30 (no publicado aún en Rec., disponible en www.curia.eu).

⁴⁴ Vid. esta interpretación en la STJUE 13 mayo 2014, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08: *Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA, Google France SARL v Viaticum SA and Luteciel SARL and Google France SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others*, aps. 52 y 58 (no publicado aún en Rec., disponible en www.curia.eu).

⁴⁵ As. *Wintersteiger*, ap. 35.

“Considero que en la sentencia *Football Dataco y otros...*, se ha buscado cierta coherencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se traduce en alinear los criterios de localización para designar al órgano jurisdiccional competente con los establecidos para delimitar el ámbito territorial de un régimen nacional de protección del derecho *sui generis* sobre bases de datos”⁴⁶.

Resulta evidente que en todas estas sentencias del TJUE, las referencias a la ley sustantiva sirven de base para las conclusiones sobre las cuestiones de competencia. Esto de ninguna manera implica que en la etapa en la que se decide sobre la competencia también se decida sobre el fondo; las conclusiones, de hecho pueden diferir⁴⁷. Pero no cabe duda de que los conceptos de Derecho sustantivo tienen que tomarse en cuenta en la interpretación de los foros especiales.

La cuestión que sigue abierta es si se tendrá en cuenta el concepto sustantivo, tal como “hecho de violación” a efectos de determinar el *locus actus* y el *locus damni* en los casos de violación de los derechos de propiedad intelectual, en particular del derecho de autor y los derechos conexos. Kur argumenta que esto sería lo apropiado, especialmente debido al hecho de que la noción de “hecho de violación” también se utiliza en los foros de competencia judicial internacional del Reglamento (CE) n° 207/2009, de 26 de febrero 2009, sobre la marca comunitaria⁴⁸. Una explicación más detallada advierte que, en tanto *lex specialis*, el Reglamento sobre la marca comunitaria toma en consideración la naturaleza especial del derecho de marca. Tal naturaleza también debe ser tenida en cuenta por el TJUE en la interpretación del art. 5.3° RB I, en aras de lograr la coherencia precisa entre dos instrumentos reguladores de la competencia en los casos de infracción de marca en los tribunales de los EM de la UE⁴⁹. Este argumento choca con la opinión de los dualistas sobre las diferentes interpretaciones del art. 5.3° RB I en los diferentes tipos de ilícitos⁵⁰. A pesar de que, como es lógico, el TJUE desea preservar la coherencia de su jurisprudencia, las interpretaciones divergentes no estarían en absoluto en contradicción con las sentencias del TJUE hasta ahora. De hecho, el TJUE admitió inicialmente en *Minas de Potasa* que cabe la posibilidad de que la respuesta a la pregunta de cuál es el tribunal competente no sea la misma para todas las categorías de hechos ilícitos; que tal respuesta podría depender de la naturaleza del daño; y que, dado que el

⁴⁶ Vid. Opinión del AG Jääskinen en el as. C 170/12: *Peter Pinckney v KDG Mediatech AG*, ap. 63.

⁴⁷ Vid. *infra* (4.2).

⁴⁸ DO L 78 de 24.3.2009 (versión codificada). Vid. art. 97.5°.

⁴⁹ A. Kur, “Durchsetzung gemeinschaftsweiter Schutzrechte: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht”, *loc. cit.*, apartado II.3.b).

⁵⁰ A. Nuyts, *loc. cit.*, p. 127. Habría cierta inconsistencia en el argumento de Nuyts, cuando afirma que las demandas sujetas a la competencia del tribunal del “lugar donde se produce el hecho generador del daño” deben limitarse a las que están relacionadas con el hecho causal localizado en el EM del foro y con los daños que derivan de tal hecho (*ibid.*, p. 129). Ello se aparta de la jurisprudencia del TJUE, que no limita la competencia del tribunal “del lugar donde se produce el hecho generador del daño”.

caso en cuestión se refería a daños causados por contaminación internacional, la naturaleza del daño exigía que la elección del foro se dejase al demandante⁵¹. Y, en esta línea, el TJUE ha tratado de forma diversa casos, por ejemplo, de responsabilidad en Derecho marítimo, violación de los derechos de la personalidad, infracción de los derechos de propiedad intelectual, etc.⁵².

Por lo tanto, con base en la antes descrita aplicación de los conceptos de Derecho sustantivo en la interpretación de los foros de competencia, es concebible que el art. 5.3º RB I sea objeto de una interpretación específica para los derechos de propiedad intelectual. Sobre la base de su naturaleza específica (la territorialidad, en el sentido descrito en el inicio de este apartado), estos derechos son especiales, toda vez que el ilícito relacionado con ellos (llamado violación) se limita al territorio del país donde se protegen. Y cualquier otra (supuesta) violación en otro país es una (supuesta) violación de un derecho legalmente distinto (a pesar de que puedan ser objetivamente idénticos), siempre que el derecho esté protegido en el otro país también. Por lo tanto, en caso de infracción de derechos de propiedad intelectual el *locus actus* y el *locus damni* están inevitablemente situados en el territorio de un mismo país y ambos están contenidos la noción de “acto de violación” (en el sentido del antes citado Reglamento de la marca comunitaria, por ejemplo).

Pero en este contexto no casan las sentencias de los dos asuntos antes mencionados, *Pinckney* y *Hi Hotel*. En *Pinckney*, los hechos del caso en el litigio principal señalan que la reclamación no se refería al acto de reproducción por *Mediatech*, sino a los actos de distribución posteriores de las dos empresas del Reino Unido. Tal y como alegó el Gobierno de Austria, de la exposición de los hechos del litigio principal no se desprendía que *Mediatech* hubiese organizado la distribución de los CD por las referidas sociedades ni que tuviera ningún tipo de vínculo con ellas⁵³. Del mismo modo, los hechos en *Hi Hotel* indican que, aunque se supone que varias personas provocaron el hecho dañoso

⁵¹ Vid. as. *Minas de Potasa*: “[i]t may be that the answer to the question which court has jurisdiction is not the same for all categories of wrongful acts. It may depend on the nature of the wrong. Since the present case involves damage caused by international pollution, it may be that the nature of the wrong requires that the choice of forum be left to the plaintiff”. El Tribunal continúa: “Should it be the case that the Convention does not allow of this choice, the nature of the wrong, in cases of international pollution, should sway the issue in favour of the jurisdiction of the court for the place where the damage occurred. [...] In matters concerning the pollution of the environment, an act or omission can be described as wrongful by reason of its harmful consequences rather than by reason of the nature of what is done or not done in the first place. Such pollution can be due to a wrongful omission and, unlike the damage, it may often be hard to attach such an omission to a particular locality in cases where some distance intervenes between cause and effect. For this reason also, it would appear inexpedient to exclude the jurisdiction of the court for the place where the damage occurred”.

⁵² Vid. as. *Wintersteiger*, aps. 24 y 25.

⁵³ Vid. as. *Pinckney*, ap. 16.

alegado, *Hi Hotel* fue el único demandado en el procedimiento principal, y había actuado sólo en Francia, y no en Alemania, sede del órgano jurisdiccional del foro⁵⁴. Según estos hechos, los supuestos actos de violación cometidos por los demandados, a saber, la reproducción y la entrega de material protegido, se produjeron fuera del EM del tribunal cuya competencia se cuestiona⁵⁵. Sólo los actos de las demás personas, que no eran parte en estas controversias, fueron presuntamente cometidos dentro de la jurisdicción del tribunal del foro. Sin embargo, con el propósito de establecer el foro especial del art. 5.3º RB I, el TJUE parece considerar estos actos de violación, consecutivos y diferentes, como un solo acto de violación. Como se explicó anteriormente, esto es incompatible con la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual a la luz del principio de territorialidad. Kur ha sido muy explícito a la hora de calificar esta argumentación como un error fundamental de comprensión de las características estructurales de la protección de la propiedad intelectual, que la distinguen de otras áreas de la responsabilidad civil⁵⁶. Parece que, al menos en esta parte, la opinión del Abogado General Jääskinen en el asunto *Pinckney* fue en el mismo sentido:

“En primer lugar, en mi opinión no cabe duda de que la copia en forma de CD de las obras de que se trata, presuntamente realizada por Mediatech, está comprendida en el derecho exclusivo de reproducción en el sentido del art. 2 Directiva 2001/29. A este respecto, procede señalar que las vulneraciones del derecho de reproducción suelen tener un alcance estrictamente territorial. En el presente asunto, en lo que respecta al prensado de los CD, dicho territorio es Austria. Aunque el autor de la reproducción no autorizada también comunicase o distribuyese los contenidos controvertidos al extranjero, bien por sí mismo, bien a través de un cómplice, la extraterritorialidad resultante sería consecuencia de los posteriores actos de comunicación o de distribución y no del propio acto de reproducción”⁵⁷.

Teniendo en cuenta el principio de territorialidad, esta opinión aprecia características específicas inherentes a los derechos de propiedad intelectual. En realidad, la decisión sobre la competencia siempre se hace sobre la base de los

⁵⁴ Vid. as. *Hi Hotel*, ap. 30.

⁵⁵ El mismo tipo de cuestiones se suscitó en la STJUE de 3 junio 2012, as. C-360/12: *Coty Germany GmbH, formerly Coty Prestige Lancaster Group GmbH v First Note Perfumes NV*, Rec. 2010 I-04965, en la que el Tribunal interpretó que el art. 5.2º RB I significa que, en caso de que se alegue la violación de una marca comunitaria y de actos que violan la ley del EM del foro, esa disposición atribuye competencia, no en calidad de lugar donde se genera el hecho causante el daño, sino en calidad de lugar donde emerge el daño, para conocer de la acción por daños basada en la ley estatal contra uno de los presuntos responsables, que está establecido en otro EM y al que se responsabiliza de haber cometido el daño en este otro EM. Sin embargo, resulta difícil encontrar el vínculo entre lo que el TJUE entiende que es el hecho dañoso (venta de perfume en Bélgica) y el daño que alega que deriva de otro hecho (vulneración de la marca en Alemania), sin hacer referencia a la participación de otro autor en este daño (en el caso en concreto, Stefan P. Warenhandel).

⁵⁶ A. Kur, “Durchsetzung gemeinschaftsweiter Schutzrechte: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht”, *loc. cit.*, ap. II.3.b).

⁵⁷ Vid. Opinión del AG Jääskinen en el as. *Pinckney*, ap. 25.

hechos expuestos por las partes, y por tanto, si los hechos invocados por las partes no indican que un acto de violación por parte de la demandada fue o podría ser cometido en el EM del foro, el tribunal no debería declararse competente. Si se invoca algún hecho de este tipo, el tribunal podrá asumir competencia, aunque posteriormente, decidiendo sobre el fondo, constate que no hubo violación. Sin embargo, en su decisión en *Pinckney*, el TJUE construye su argumentación sobre una base completamente diferente, sin llegar a comprender plenamente los hechos del caso, y diferenciando entre los diferentes actos de violación cometidos por distintas partes, de los cuales algunos se realizaron sin la participación de la Internet y otros través de la red

El TJUE ha señalado también que cabe distinguir entre los diferentes tipos de derechos de propiedad intelectual, de forma que los derechos de autor y los derechos conexos sean tratados de manera diferente de los derechos de marca⁵⁸. Esta distinción, sin embargo, sería inadecuada, ya que todo derecho de propiedad intelectual tiene la misma característica específica de ser territorial. Estos derechos son igualmente territoriales, en el sentido descrito al comienzo de este apartado, independientemente de que estén protegidos con base en un registro o *ex lege*⁵⁹. La explicación del TJUE en *Pinckney* se basa en el hecho de que los derechos de autor y los derechos conexos pueden ser vulnerados en cualquier EM, porque están protegidos de forma automática en todos los EM sobre la base de la Directiva Infosoc. Al comparar el resultado del razonamiento del TJUE en *Pinckney* y en *Wintersteiger*, parece que, después de todo, no hay ninguna diferencia en cuanto a los efectos de la territorialidad⁶⁰, ya que el requisito de estar inscrito en *Wintersteiger* se sustituye por el requisito de estar protegido en *Pinckney*. Pero esto no cambia la falta de justificación de las dos sentencias, pues su interpretación del *locus damni* y del *locus actus* no es compatible con el principio de territorialidad. Además, la interpretación del TJUE coloca a las personas que potencialmente puedan ser demandadas como infractoras en una posición difícil, ya que no pueden contar con la protección de los intereses que derivan del principio de territorialidad. La interpretación asumida por el TJUE no garantiza la previsibilidad de los foros que cabe invocar contra los demandados⁶¹, dado que podrían serlo en un país en el que no han actuado en absoluto. Esta

⁵⁸ Vid. as. *Pinckney*, ap. 38 ss.

⁵⁹ Existe, ciertamente, una diferencia entre los derechos registrados y los que no son objeto de registro, en relación con las competencias exclusivas, referidas a cuestiones relativas a la validez y existencia de estos derechos. Vid. la sentencia antes citada en el as. *GAT v Luk*.

⁶⁰ Pero sí parece que hay una diferencia entre ambas sentencias en relación con los efectos sobre la competencia, por el hecho de que la violación se cometa en Internet. Vid. *infra*, apartado VI.2.

⁶¹ La necesidad de que la competencia de los tribunales sea previsible y garantice la seguridad jurídica se ha advertido en repetidas ocasiones en la jurisprudencia del TJUE relativa al RB I. Vid., v.gr., el as. *Minas de Potasa*, y el as. *Wintersteiger*, ap. 23.

interpretación también podría dar lugar al *forum shopping* y abre la puerta a demandas sin conexión sustancial, especialmente en los casos de violación cometidos a través de Internet, donde se multiplica el número de foros disponibles.

2. Accesibilidad o direccionamiento

Los problemas relacionados con la aplicación del foro especial del art. 5.3º RB I se intensifican aún más cuando se emplea Internet para ofrecer contenidos protegidos a los usuarios. Internet propicia que las ocasiones en las que las actividades de una persona que se encuentra en un país comportan la violación de los derechos de propiedad intelectual protegidos en otro país sean habituales⁶². Además de la cuestión analizada anteriormente, relativa a la interpretación del principio de territorialidad en situaciones donde actos de violación (consecutivos, pero independientes) están conectados de hecho con más de un país, hay un problema adicional que deriva de la naturaleza ubicua de Internet, donde un solo acto de violación puede estar conectado con varios países. En concreto, el contenido presuntamente infractor se suele introducir desde un lugar en un país, o rara vez en más países, todos ellos identificables y pertinentes en términos legales⁶³, lo que, con arreglo al art. 5.3º RB I se hace en atención al lugar donde tiene su establecimiento el responsable de la violación⁶⁴. Por otro lado, el mismo contenido está disponible en casi todos los países del mundo. Y esto plantea problemas particulares: ¿qué efectos tienen estas circunstancias en la interpretación del foro de competencia especial en materia de ilícitos?

El dilema gira en torno a dos conceptos jurídicos: la accesibilidad y el direccionamiento. La adopción del criterio de accesibilidad significa que el simple hecho de que el contenido presuntamente infractor sea accesible en un determinado país produce consecuencias jurídicas a efectos del DIPr. Por lo tanto, el hecho de que el contenido infractor colocado en el Internet sea accesible en casi todos los países en el mundo implica que los tribunales de todos estos países tendrían competencia en relación con esta infracción. En el contexto del art. 5.3º

⁶² P.A. de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 4ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2011, p. 788.

⁶³ En ocasiones la situación de la persona que introduce los contenidos puede no ser fácilmente determinable en la práctica, habida cuenta de los medios técnicos existentes, que permiten ocultar, cubrir o cambiar la localización geográfica.

⁶⁴ *Vid. supra* el texto que acompañan las notas 11 y 12. En el as. *Wintersteiger*, aps. 36 y 37, el TJUE explicó que, en aras del objetivo de la previsibilidad, el lugar de establecimiento del servidor que aloja los contenidos infractores, no puede considerarse el lugar donde se produce el hecho que origina el daño, habida cuenta de su ubicación incierta. Sin embargo, como se trata de un lugar definido e identificable, tanto para el demandante como para el demandado, y, por consiguiente, coadyuva a la práctica de las pruebas y al desarrollo del procedimiento, debe considerarse que el lugar donde se decide activar todo el proceso es el establecimiento del anunciante.

RB I, esto comporta que resultarían competentes todos los EM cuando la supuesta infracción tiene lugar en Internet. Esta multiplicación de los foros de competencia se considera particularmente problemática, ya que conduciría a una competencia universal, a menudo exorbitante, que favorece el *forum shopping*⁶⁵. También se ha afirmado que una interpretación tan amplia del art. 5.3º RB I sería contraria a los principios que regulan la competencia, establecidos por el TJUE⁶⁶; en particular, que no se compadecería con una buena administración de la justicia, con la proximidad y la facilidad de obtención de pruebas⁶⁷. Asimismo, la previsibilidad de los tribunales ante los que el acusado podría ser demandado⁶⁸, analizada en el apartado anterior, se ignoraría por completo.

Por estas razones, se ha propuesto insertar una condición limitante en la interpretación de la noción “lugar donde se produjo el daño”, que garantice que sólo los tribunales de los EM con los que existe una conexión sustancial y efectiva sean competentes para decidir sobre un asunto. Este criterio cualitativo, que puede ser denominado “direccionamiento” (*targeting*), lo que implica es que sólo el tribunal del EM cuyos usuarios son objetivo (*target*), o en otras palabras, a cuyos usuarios se dirige el contenido, sean competentes, en virtud del art. 5.3º RB I, como tribunales del lugar donde se produce el daño. En palabras del TJUE, la actividad de la página web debe revelar “la intención por parte del proveedor de servicios en Internet, de dirigirse a las personas en ese territorio”. La condición de direccionamiento, tal y como ha sido desarrollada por el TJUE, se aplica independientemente del soporte material o inmaterial de la presunta infracción.

⁶⁵ Cf. P.R. Beaumont, en P.R. Beaumont y P.E. Leavy, *Private International Law*, 3ª ed., Edinburgh, Green/Thomson Reuters, 2011.

⁶⁶ Vid. STJCE 1 octubre 2002, as. C-167/00: *Verein für Konsumenteninformation v Karl Heinz Henkel*, ap. 46, Rec. 2002, I-08111.

⁶⁷ M. Pazdan y M. Szpunar, “Cross-Border Litigation of Unfair Competition over the Internet”, en A. Nuyts (ed.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2008, pp. 131-149, esp. p. 144.

⁶⁸ Geist ha identificado cuatro factores que deben considerarse en el proceso de desarrollar un criterio único para el análisis de la competencia en Internet: previsibilidad, tendencia o sesgo hacia el análisis basado en los efectos, *quid pro quo* competencial y neutralidad tecnológica. Cf. M. Geist, “Is there a there there? Toward greater certainty for internet jurisdiction”, 2001, <http://arxiv.org/ftp/cs/papers/0109/0109012.pdf>, p. 16. Advierte, además, sobre la importancia de tener presente que el análisis del direccionamiento no se emplea para determinar competencias exclusivas, sino que simplemente identifica si una jurisdicción en particular puede describirse como jurisdicción a la que se ha dirigido (la actividad). El test no sirve para determinar cuál es la jurisdicción más adecuada de las que superan el umbral del direccionamiento: “It is important to also note that the targeting analysis will not determine exclusive jurisdiction, but rather identify whether a particular jurisdiction can be appropriately described as having been targeted. The test does not address which jurisdiction is the most appropriate as between those jurisdictions that meet the targeting threshold” (p. 41)

El criterio de direccionamiento fue elaborado por el TJUE en el contexto del Derecho sustantivo y en materia de competencia en litigios de consumo. En lo que respecta al Derecho sustantivo, el TJUE se ha pronunciado sobre los criterios para localizar la violación de varios derechos de propiedad intelectual a través de Internet, a efectos de delimitar el ámbito territorial del derecho, en relación con la realidad del vínculo entre la supuesta infracción de los derechos de propiedad intelectual y el territorio en cuestión. En relación con la competencia en litigios de consumo, el criterio de direccionamiento deriva de la redacción del art 15.º1.c) RB I, que exige que las actividades comerciales o profesionales están “dirigidas” al EM del domicilio del consumidor. Cabe preguntarse, pues, si este criterio también es aplicable en el contexto del art. 5.3º RB I para los casos de infracción a través de Internet de los derechos de autor y los derechos conexos.

En el asunto *Pinckney*, el TJUE afirmó que cabía la posibilidad de que el hecho dañoso se produjese en el territorio del EM en el que era posible obtener copias infractoras de obras de sitios Internet accesibles en ese territorio, y que ello comportaba la competencia de los tribunales de ese EM. Esto se ha interpretado como falta de necesidad de aplicar el criterio del direccionamiento, pues la simple accesibilidad sería suficiente. Por lo tanto, los titulares de los derechos de autor y derechos conexos podrán demandar a los infractores ante los tribunales del EM en el que el contenido infractor sea accesible, sin que sea preciso mostrar que la actividad de ese sitio de Internet está dirigida a los usuarios de Internet de ese EM. De hecho, en contra de las conclusiones del Abogado General Jääskinen, el TJUE rechazó explícitamente la aplicación por analogía del criterio del direccionamiento de *Pammer*.

Por lo tanto, la accesibilidad sigue siendo el único criterio en base al cual se puede establecer el foro especial para ilícitos. Sin embargo, parece que el criterio de accesibilidad requiere accesibilidad efectiva. Esto es particularmente evidente cuando se compara la forma en que se aplica el criterio de accesibilidad a la violación cometida al ofrecer, a través de Internet, el contenido infractor para el uso en línea o el soporte material que contiene el contenido infractor. Sobre la base de los hechos en *Pinckney*, el TJUE se pronunció sobre esta última situación. En tal situación, el significado del criterio de accesibilidad es “la posibilidad de obtener, en un sitio de Internet accesible desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda, una reproducción de la obra a la que están vinculados los derechos que invoca el demandante” (ap. 44). Esto se deriva de la propia naturaleza del objeto infractor que está en forma material. Por otro lado, en los casos en que la violación se refiere a contenido que se puede utilizar en línea, sin necesidad de obtener ningún apoyo material, parafraseando al TJUE en *Pinckney*, el criterio de accesibilidad supondría “la posibilidad de utilizar la obra a la que pertenecen los derechos invocados por el de-

mandado en un sitio de Internet accesible dentro de la jurisdicción del tribunal que conoce del asunto”.

Tras este análisis, aún cabe preguntarse si la presencia del criterio de accesibilidad y la ausencia del criterio del direccionamiento son perjudiciales para los principios que regulan la competencia en la normativa de la UE. Pero parece que no es el caso. Dado que el criterio de la accesibilidad se vincula a la competencia del “lugar donde se ha producido el daño”, habría una restricción adicional impuesta por el TJUE en *Shevill*. La llamada teoría del mosaico limita la competencia del tribunal que conoce a la responsabilidad civil y los daños sufridos en el EM del *locus damni*. Por tanto, el criterio de la accesibilidad no puede ser (mal) empleado por la parte actora para presentar una demanda por la totalidad de los daños y perjuicios derivados de una violación ante los tribunales de un EM si en éste sólo se han producido daños de forma parcial, o incluso marginal. Sobre la base del art. 5.3º RB I, tal acción sólo podría presentarse ante los tribunales del “lugar donde se produjo el hecho generador del daño”, que a menudo coincidirá con el establecimiento del demandado. Por lo tanto, los intereses de una buena administración de la justicia no se pondrían en peligro más que en cualquier otro caso no relacionado con Internet.

El hecho de saber que una demanda en el EM donde se produjo el daño de forma marginal no permitirá conocer sobre la totalidad de los daños, sino únicamente en lo relativo a su parte respectiva, hace que el *forum shopping* no sea tan atractivo para los demandantes. Del mismo modo, la sustanciación adecuada del proceso, así como los intereses de la proximidad y la facilidad de obtención de pruebas serán totalmente atendidas, ya que los hechos y las cuestiones que se relacionan con la parte respectiva de responsabilidad y los daños son tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional competente, en el *locus damni*. En lo que respecta a la previsibilidad, el criterio de accesibilidad podría resultar injustificable, ya que, basándose en el hecho de que una persona está operando en un sitio de Internet, puede encontrarse en el papel de la parte demandada en prácticamente cualquier EM. Ciertamente, esta no es una posición deseable para cualquier operador de un sitio de Internet o cualquier persona que actúe en el Internet en general. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, sin embargo, no hay nada que objetar al hecho de que, si una persona opera un sitio de Internet que ofrece un soporte material con contenido infractor, o contenido intangible para su uso en línea a los usuarios en todos los EM, pueda estar sujeta a una acción por violación en cualquiera de estos EM. Si, por ejemplo, la persona desea limitar el número de los foros potenciales, podría alcanzar ese resultado limitando el alcance de su sitio de Internet. Esto podría hacerse a través de medios técnicos o legales. Los medios técnicos incluirían el bloqueo del acceso al sitio de Internet de todas las direcciones IP ubicadas en un determinado Estado

miembro⁶⁹ o el bloqueo de la posibilidad de utilizar (a través de descargas, *streaming* o de cualquier forma) los contenidos protegidos, mientras que los medios legales incluyen la negativa a entregar el material que contiene el contenido protegido a una dirección de uno o más EM, etc. En consecuencia, el criterio de la accesibilidad cumple con las exigencias de seguridad jurídica y proporciona un medio eficaz para realizar una evaluación legal del riesgo.

Algunos de los medios anteriormente indicados para limitar el acceso al sitio Internet muestran semejanzas con los factores específicos que se toman en cuenta al evaluar si un sitio de Internet está dirigido a un EM en particular. No obstante, los criterios de accesibilidad y direccionamiento son de diferente naturaleza. El criterio de accesibilidad dispuesto por el TJUE en *Pinckney* implica evaluar si los usuarios de un territorio específico tienen acceso efectivo a la página de Internet, pues la “posibilidad de obtener” (o “posibilidad de utilizar”) es esencial en la evaluación de la accesibilidad. Por su parte, el direccionamiento comporta dilucidar, a la luz de las circunstancias pertinentes del caso, la intención de la persona que opera un sitio de Internet de dirigirse los consumidores o usuarios de un territorio específico⁷⁰. Si se compara la aplicación del test de direccionamiento y el test de accesibilidad sobre los mismos hechos, el resultado revelaría claramente la diferencia. En *Football Dataco*, el TJUE concluye que, a fin de localizar el lugar del acto de reutilización⁷¹ de la *Sportradar* en el Reino Unido, no es suficiente con que un usuario de Internet en el Reino Unido reciba los datos solicitados en su ordenador; tiene que haber pruebas adicionales de la intención por parte de *Sportradar* de dirigirse a los usuarios de Internet situados en el Reino Unido, como por ejemplo, que los datos incluyan partidos de la liga inglesa⁷². Si tal hecho se analizase bajo el test de accesibilidad adoptado en *Pinckney* para la aplicación del art. 5.3º RB I, el resultado sería que los tribunales del Reino Unido tendrían competencia, simplemente por el hecho de que los usuarios de Internet en

⁶⁹ Aunque hay que reconocer que esta no es siempre la mejor opción, ya que podría crear problemas en la operación de la página y del servidor. Además, hay medios para ocultar la dirección IP original desde la que se recibe la solicitud.

⁷⁰ Entre los criterios que según el asunto *Pammer* deben tenerse en cuenta, figuran i) la utilización de una lengua o de una divisa distintas de la lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor, ii) la posibilidad de reservar y de confirmar la reserva en esa otra lengua, iii) la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional, iv) la inclusión de los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros, v) la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en el que está establecido el vendedor y vi) la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros. Vid. *Pammer*, aps. 75–76, 80–81 y 84.

⁷¹ La reutilización es un derecho exclusivo de las bases de datos, conforme a la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 1996, sobre la protección legal de las bases de datos, DO L 77 de 27.03.1996.

⁷² Vid. as. *Football Dataco*, aps. 38 y 40.

el Reino Unido tienen la posibilidad de utilizar los datos, independientemente de la intención de la *Sportradar*. Esta comparación indica que, si la sentencia *Football Dataco* se considerase la base para decidir sobre la competencia⁷³, estaría en contradicción con la sentencia *Pinckney*. Sin embargo, si se quiere entender sólo como una decisión sobre la cuestión de fondo, tal contradicción no existe.

Ya que las dos pruebas tienen diferentes resultados, queda por resolver la cuestión de justificar la disparidad entre la localización del acto de violación a los efectos de las normas sustantivas y su localización a los efectos del foro especial. Como se indicó anteriormente, los conceptos del Derecho sustantivo y los principios que subyacen a este son importantes cuando se trata de entender e interpretar las nociones utilizadas por el foro especial del art. 5.3º RB I. Pero dicho esto, no debe extrañar que haya una diferencia entre los dos, porque una decisión sobre el fondo y una decisión sobre la competencia comportan, de hecho, diferentes niveles legales de análisis de los mismos hechos. Y también pueden tener diferentes resultados, pues de lo contrario no habría ninguna diferencia entre ellos. El problema está en la falta de coherencia entre las sentencias del TJUE, y en concreto entre *Football Dataco* y *Pinckney*, si *Football Dataco* se interpreta como determinante a efectos de la competencia.

La ocasión para que el TJUE resuelva algunos de los problemas pendientes ya se ha materializado, merced a la cuestión planteada por petición de decisión prejudicial por el *Handelsgericht Wien* de Austria en relación con la interpretación del art. 5.3º RB I. El Tribunal ha preguntado si, en una controversia relativa a la infracción de derechos conexos que se habría cometido al mantener una fotografía accesible en un sitio web, cuando este sitio web está operado bajo el dominio de nivel superior de un EM distinto de aquel en el que esté domiciliado el titular del derecho, hay competencia únicamente (i) en el EM en el que está establecido el supuesto infractor; y (ii) en el/los EM al/a los que se dirige el sitio de Internet, de acuerdo con su contenido.

V. Conclusión

En este artículo se ha tratado de arrojar algo de luz sobre las reglas de competencia judicial internacional aplicables en los casos de violación de los derechos de autor y derechos conexos cometidas a través de Internet, desde el punto de vista de la legislación de la UE. Para ello, se ha examinado la disposición más relevante del RB I, esto es, el art. 5.3º, así como la jurisprudencia del TJUE relacionada con este precepto. Mientras que la aplicación de las normas existentes a las nuevas circunstancias debidas a la evolución tecnológica, particularmente a

⁷³ Vid. as. *Football Dataco*, ap.30; y Opinión del AG Jääskinen en el as. *Pinckney*, ap. 63.

Internet, parece perfectamente adecuada⁷⁴, el método adoptado por el TJUE para su interpretación muestra ciertas debilidades.

El análisis realizado revela una lectura errónea por parte del TJUE de los rasgos específicos de los derechos de propiedad intelectual, englobados en el principio de territorialidad y que se materializan en la forma de un único acto de violación. La manera de resolver este problema es afinar en la comprensión de la especial naturaleza territorial de los derechos de propiedad intelectual y tenerla en cuenta en la resolución de las cuestiones de competencia. Atender a la naturaleza sustantiva de los derechos de propiedad intelectual en la etapa en la que se decide sobre la competencia no implica necesariamente una decisión sobre el fondo del asunto. Sólo precisa que los hechos de los hechos se ponderen en relación con los conceptos materiales para preservar la lógica interna de los derechos en cuestión.

La característica especial de los litigios sobre ilícitos derivados de operaciones a través de Internet es que existe el riesgo de una multiplicación de los foros. El TJUE no parece haber aclarado del todo la cuestión de si el requisito del direccionamiento es necesario, o el criterio de la accesibilidad es suficiente para establecer la competencia en el *locus damni*. Al poner a prueba este último con los principios sobre competencia desarrollados por el TJUE, se evidencia que es una solución sólida, siempre que la teoría del mosaico se aplique consistentemente (junto con el requisito de que el derecho supuestamente infringido esté protegido en el EM donde se localice el *locus damni*).

Bibliografía

- American Bar Association, Business Law Section, Cyberspace Law Committee, Internet Jurisdiction Subcommittee: "Key Finding C in the Global Internet Jurisdiction: The ABA/ICC Survey", 2004, <http://apps.americanbar.org/buslaw/newsletter/0023/materials/js.pdf>.
- Beaumont, P.R. y Leavy, P.E.: *Private International Law*, 3ª ed., Edinburgo, Green/Thomson Reuters, 2011.
- Bergé, J.-S.: "Resolving conflicts of laws", G. Chatillon (Ed.), *Internet international law*, Bruselas, Bruylant, 2005, pp. 501–514.
- Bettinger, T., y Thumm, D.: "Territoriales Markenrecht im Global Village – Überlegungen zu internationaler Tatortzuständigkeit, Kollisionsrecht und materiellem Recht bei Kennzeichenkonflikten im Internet", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil* 48, 1999–8/9, pp. 659–681.

⁷⁴ Parece más o menos aceptada la opinión de que las viejas normas de DIPr se tienen que adaptar a las nuevas circunstancias, y de que en los asuntos relacionados con internet "no hay más espacio para el vacío en que otros sitios" ("*[t]here is no more room for vacuum than elsewhere*") cf. J.-S. Bergé, "Resolving conflicts of laws", G. Chatillon (ed.), *Internet international law*, Bruselas, Bruylant, 2005, pp. 501–514, esp. p. 501.

- Boele-Woelki K. y Kessedjian C. (eds.): *Internet: Which Court Decides? Which Law Applies?/Quel tribunal decide? Quel droit s'applique?*, La Haya, Kluwer Law International, 1998.
- Burk, D.L.: "Jurisdiction in a World Without Borders", *Virginia J. L. Tech.*, vol. 1, 1997–3, pp. 1522–1687.
- Cornish, W.R., Llewelyn, D. y Aplin, T.: *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Londres, Sweet & Maxwell, 2013.
- Chatillon G.: *Internet International Law*, Bruselas, Bruylant, 2005.
- De Miguel Asensio, P.A.: *Derecho privado de Internet*, Madrid, Civitas, 2000.
- De Miguel Asensio, P.A.: *Derecho Privado de Internet*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 4ª ed., 2011.
- Geist, M.: "Is there a there there? Toward greater certainty for internet jurisdiction", 2001, <http://arxiv.org/ftp/cs/papers/0109/0109012.pdf>.
- Hausmann, R.: "Infringements of Industrial Property Rights in European International Private Law and Procedural Law", *European Legal Forum* 2003–5/6, pp. 277–286.
- Heinze, C.: "Surf Global, sue local! Der europäische Klägergerichtsstand bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2011–24, pp. 947–951.
- Jooris, E.: "Infringement of Foreign Copyright and the Jurisdiction of English Courts", 19 *European Intellectual Property Review*, 1996–3, pp. 127–148.
- Kieninger, E.-M.: "Internationale Zuständigkeit bei der Verletzung ausländischer Immaterialgüterrechte: Common Law auf dem Prüfstand des EuGVÜ – Zugleich Anmerkung zu Pearce v. Ove Arup Partnership Ltd. and others (Chancery Division) und Coin Controls Ltd. v. Suzo International (UK) Ltd and others (Chancery Division)", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, vol. 47, 1998–4, pp. 280–290.
- Kur, A.: "A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions GAT v. LuK and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, 2006–4, pp. 844–855.
- Kur, A.: "Durchsetzung gemeinschaftsweiter Schutzrechte: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, (en prensa, prevista publicación en los n.ºs 7–8 de 2014).
- Kur, A.: "Territorialität versus Globalität – Kennzeichenkonflikte im Internet", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2000–9, pp. 935–940.
- Neuhaus, W.: "Das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16.9.1988, soweit hiervon Streitigkeiten des gewerblichen Rechtsschutzes betroffen sind", *Mitteilungen der deutschen Patentanwälte*, vol. 87, 1996–9, pp. 257–269.
- Nuyts, A.: "Suing at the Place of Infringement: The Application of Article 5(3) of Regulation 44/2001 to IP Matters and Internet disputes", en A. Nuyts (Ed.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2008, pp. 105–130.
- Pansch, R.: "The Proper Forum for Illicit Acts in cases of Cross-Border Infringement of Proprietary Commercial Acts: Proposed Interpretations of Article 5, No. 3 of the Brussels Convention", *European Law Forum*, 2000–2001, 15, pp. 353–362.
- Pazdan, M. y Szpunar, M.: "Cross-Border Litigation of Unfair Competition over the Internet", en A. Nuyts (ed.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2008, pp. 131–149.

- Picht, P.: "Von eDate zu Wintersteiger – Die Ausformung des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO für Internetdelikte durch die Rechtsprechung des EuGH", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, 2013–1, pp. 19–27.
- Rosner, N.: "International Jurisdiction in European Union E-Commerce Contracts", en N.S. Kinsella y A.F. Simpson (eds.), *Online Contract Formation*, New York, NY, Oceana Publications, Inc., 2004.
- Schack, H.: "Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet – Internationales Zivilprozessrecht", *Multimedia und Recht: Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht*, 2000–3, pp. 135–140.
- Schultz, T.: "Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law", *Eur. J. Int'l L.*, vol. 19, 2008–4, pp. 799–839.
- Spang-Hansen, H.: *Cyberspace Jurisdiction in the US – The International Dimension of Due Process*, Oslo, Norwegian Research Centre for Computers and Law, 2001.
- Stauder, D.: "Die Anwendung des EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens auf Klagen im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, vol. 25, 1976–11, pp. 465–477.
- Svantesson, D.J.B.: *Private International Law and the Internet*, Alphen and den Rijn, Kluwer Law International, 2007.
- Swire, P.P.: "Elephants and Mice Revisited: Law and Choice of Law on the Internet", *University of Pennsylvania L. Rev.*, vol. 153, 2005, pp. 1975–2001.
- Szychowska, K.: "Quelques observations sous les arrêts de la Cour de justice dans les affaires C–4/03 GAT et C–539/3 Roche", *Rev. dr. comm. belge*, 2007–5, pp. 498–506.
- Tetzner, V.: "Die Verfolgung der Verletzung ausländischer Patente vor deutschen Gerichten unter Berücksichtigung des EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungs-Abkommens", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, vol. 25, 1976–12, pp. 669–672.
- Torremans, P.: "The Widening Reach of Exclusive Jurisdiction: Where Can You Litigate IP Rights after GAT?", en A. Nuyts (Ed.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2008, pp. 61–77.
- Traynor, M. y Pirri, L.: "Personal Jurisdiction and the Internet: Emerging Trends and Future Directions", *Practising Law Institute, Sixth Annual Internet Law Institute*, 712, 2002–93, pp. 135–147.
- Ubertazzi, B.: *Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012.
- Ulmer, E.: *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws*, Deventer, Kluwer, 1978.
- Wadlow, C.: *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law*, London, Sweet & Maxwell, 1998.

OBITUARIO AL *LIBEL TURISM**

Thomas THIEDE **

SUMARIO: I. Introducción. II. Principios básicos del conflicto de leyes. III. Lecciones desde el Derecho sustantivo. 1. El balance de intereses como *leitmotif*. 2. Atribución predecible del daño. 3. La percepción del público. 4. Indivisibilidad del daño inmaterial. 5. Los efectos del alcance de la distribución. IV. Propuestas de unificación de una regla de conflicto en el ámbito de la Unión. 1 El estudio de *Mainstrat*. 2. La teoría del Mosaico. 3 La aplicación alternativa de varios ordenamientos: A) Por elección de la víctima; B) Por la técnica de los medios de publicación. 4. Identificación de una única conexión: A) Residencia habitual de la víctima; B) Establecimiento del editor. V. Centro de gravedad del conflicto. 1. Metodología: A) Razonamiento deductivo y referencias subsidiarias; B) Un sistema flexible. C) Rasgos comunes. 2. Elementos: A) La percepción del público; B) Previsibilidad de la ley aplicable; C) Las conexiones sociales del perjudicado; D) Alcance de la publicación. 3. Conclusiones. V. Comentarios finales.

RESUMEN: En una era de comunicaciones globales y de medios de difusión de alcance internacional, la información de carácter personal puede ser difundida a cualquier parte del mundo de manera automática. Dadas las sustanciales diferencias culturales, históricas, de valores y técnicas legislativas entre los Estados, la protección de la intimidad y la reputación tiene un tratamiento significativamente divergente incluso dentro de Europa. Consecuentemente, la cuestión de la determinación de la ley que debe aplicarse resulta a menudo decisiva para el éxito de la acción. La ausencia de una regla de conflicto uniforme dentro de la UE causa importantes problemas en el ámbito de la determinación de la ley aplicable en este tipo de litigios. En este artículo se analizan críticamente las distintas propuestas existentes para la consagración de una regla de conflicto europea uniforme, proponiendo una nueva aproximación.

PALABRAS CLAVE: DIFAMACIÓN – INTIMIDAD – UNIÓN EUROPEA – LEY APLICABLE – CONFLICTO DE LEYES.

ABSTRACT: In an era of global news networks and internationally distributed media, personal information can be disseminated faster than ever beyond national borders. Due to substantial differences in national histories, cultures, values and legislative techniques, protection of privacy and reputation is treated rather divergently throughout Europe. As a result, the issue of which law ought to be applied is often decisive for the claim and is of great importance. The absence of a uniform conflict of laws rule within EU causes significant problems in the field of applicable law in this matter. In this article the existing proposals for a unified European conflict of laws rule will be critically analysed. Having exposed the weakness of these approaches a path for reform is suggested.

** Academia de las Ciencias de Austria. Universidad de Graz (Austria).

KEY WORDS: DEFAMATION – PRIVACY – EUROPEAN UNION – APPLICABLE LAW – CONFLICT OF LAWS.

I. Introducción

1. En una época de redes de noticias globales y medios de comunicación de distribución internacional, la información de carácter personal puede ser difundida más allá de las fronteras nacionales casi de manera inmediata. Todas las partes involucradas –el periodista, el medio de comunicación utilizado para la publicación de la información y la persona sujeta a la cobertura del medio– se benefician de un grado de protección legal en relación con sus respectivos derechos. Dentro de este marco, es el legislador y los tribunales los que equilibran los intereses de las partes implicadas. Para este propósito, en la mayoría de los sistemas legales del *civil law* de la Europa continental los tribunales se fundamentan en los derechos de la personalidad codificados. Incluso en los sistemas del *common law*, donde tales derechos se mantienen sin reflejo legal, puede observarse cada vez más claramente una protección similar de la reputación y de la privacidad junto a la ya tradicional protección otorgada a través de la ley de difamación.

2. Dadas las significativas diferencias entre los países desde el punto de vista histórico, cultural, de sus valores y de sus técnicas legislativas, la protección de la intimidad y de la reputación tiene un tratamiento significativamente diferente en toda Europa. De hecho, las respectivas provisiones nacionales que protegen la intimidad varían en cierta medida. Algunos países, como Alemania y Suiza, distinguen entre esferas protegidas más o menos de manera intensiva en las que la libertad de información, prensa y opinión pesa más que el derecho a la intimidad en mayor o menor medida. Otros países, como Francia, regulan la protección de intimidad mediante normas especiales, mientras otros, como Inglaterra y País de Gales, llevan a cabo la protección a la intimidad mediante soluciones poco sistemáticas.

En realidad, en todos los Estados miembro cualquier protección a estos derechos de la personalidad tiene que ceder *vis-à-vis* las publicaciones que tengan un interés público significativo y legítimo. Ahora bien, qué es lo que constituye un interés público legítimo se determina de manera diferente, debido a las diferencias sustanciales nacionales en la historia, cultura y valores, y con frecuencia esta cuestión se enturbia aún más al introducir complicadas distinciones en la tutela en función del sujeto: diferenciando entre individuos particulares anónimos de las figuras públicas y políticas.

En consecuencia, la cuestión de la determinación de la ley que debe aplicarse resulta a menudo decisiva para el éxito de la acción y tiene una gran relevancia

cuando, por ejemplo, la persona objeto de la información dañina tiene su residencia o goza de una presencia significativa en otro Estado distinto de donde la información fue difundida. En igual medida, cuando el contenido o la información controvertida fue obtenida en un Estado donde ni el perjudicado ni el editor residen. En definitiva, ante tal escenario se hace necesaria una coordinación de las leyes potencialmente aplicables a través de provisiones del DIPr.

3. Pese a que la UE ha unificado las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales mediante el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007 (“Roma II”) (RR II), el legislador, presumiblemente influenciado por la industria de los medios de comunicación excluyó de su ámbito material de aplicación las lesiones a los derechos referidos a la privacidad y los daños a la reputación, como es el caso de la difamación. A pesar de la cláusula de revisión prevista en el art. 30.2° RR II, cuyo objetivo es reconsiderar la cuestión, y de la insistencia del Parlamento Europeo en resolver la cuestión de la falta de uniformidad de una regla de conflicto a este respecto¹, dejando al margen las divergencias existentes en las provisiones de los sistemas nacionales de los Estados miembros para poder continuar en esta labor de localización del Derecho aplicable, en tanto que el *statu quo* resulta del todo insatisfactorio.

En este artículo se analizan de manera crítica las distintas propuestas existentes para la consolidación de una norma de conflicto europea uniforme, y se sugiere un nuevo camino para la reforma.

II. Principios básicos del conflicto de leyes

4. En aquellos supuestos en los que la información es publicada y distribuida en varios Estados, las normas sobre conflicto de leyes persiguen dos objetivos fundamentales: 1) la armonización del resultado en casos similares y 2) la aplicación de la ley de la jurisdicción con mayor conexión². En consecuencia, particularmente en la Europa Continental y en otras jurisdicciones que basan su DIPr en el paradigma savigniano, el punto de partida es que la ley aplicable es la ley del foro más estrechamente conectado a la relación jurídica en cuestión.

* Traducción del inglés a cargo de C.I. Cordero Álvarez (Universidad Complutense de Madrid).

¹ Vid. [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2013-002703+0+DOC+XML+V0//EN>andParliament's resolution P7_TA\(2012\)0200](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2013-002703+0+DOC+XML+V0//EN>andParliament's resolution P7_TA(2012)0200) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7_TA-2012-0200&language=EN&ring=A7-2012-152>.

² Sobre el origen de esta idea vid. F.C. Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. VIII, 1849, pp. 28, 108 y 120.

Está generalmente aceptado que la identificación de la conexión más cercana se va a realizar tomando como referencia criterios neutros y que en última instancia el objetivo es de aplicar el sistema legal que mejor satisfaga los intereses en pugna de las partes. La particular fuerza del paradigma de Savigny del valor de la neutralidad es que el DIPr es utilizado como un mediador neutro en disputas internacionales donde la ley, la cultura, y los valores son diferentes. De un modo bastante formal esto regula y coordina las cuestiones de la ley aplicable, dejando la diversidad nacional intacta. Estas consideraciones son el mejor ejemplo de principios legales derivados de la lógica del conflicto de leyes desde una perspectiva metodológica y en general estas normas están bien establecidas.

III. Lecciones desde el Derecho sustantivo

5. Las siguientes consideraciones son, sin embargo, sólo una parte de los principios legales que rigen la metodología de este particular campo del Derecho. Además, todos los conceptos de DIPr generalmente deben estar motivados por los principios y valores del Derecho sustantivo. Ambos tipos de reglas tienen que contextualizarse y debería coordinarse lo más posible.

Tal aproximación es constitutiva, dado que el Derecho sustantivo y las normas de conflicto son parte del mismo sistema legal éste no debería ser contradictorio en y para sí mismo, sino que debería establecer por el contrario un sistema coherente de normas jurídicas. Asimismo, tal consistencia se requiere en relación con las lesiones a la privacidad o a la reputación, particularmente por su carácter de derechos fundamentales en los respectivos sistemas nacionales, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea (CDFUE) y en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en todos ellos se recoge como derecho fundamental de la persona por un lado, el derecho a la intimidad y a la reputación –honor– y, por otro, las libertades expresión e información, que se extiende a las publicaciones de la prensa.

No es necesario en este trabajo realizar un estudio comparativo del núcleo común de los principios de Derecho sustantivo que reglamentan la privacidad y la reputación³. Sin embargo, ha de referirse algunos aspectos distintivos en tanto que estos tienen su reflejo en el DIPr.

³ Algunos estudios sobre la materia pueden verse en G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi y P. O'Callaghan (eds), *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge, 2010; H. Koziol y A. Warzilek (eds.), *Protection of Personality Rights against Invasions by the Mass Media*, Viena / Nueva York, 2005; T. Thiede, *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, Viena, 2010.

1. *El balance de intereses como Leitmotif*

6. En primer lugar, existe una estrecha relación entre el derecho a la privacidad y al honor y las libertades de expresión e información dentro del específico marco nacional, social y cultura al que las respectivas partes pertenecen. Todos los Estados miembros de la UE mantienen una dinámica relación entre ambos derechos fundamentales. De hecho, en la mayoría de los sistemas únicamente un balance comprensivo de los intereses de las partes involucradas puede determinar si existía realmente un derecho a la privacidad o al honor y si ese derecho fue lesionado por la publicación. En consecuencia, en ningún sistema nacional europeo puede encontrarse una regla que claramente favorezca a la prensa o al perjudicado. En última instancia, siempre requieren un justo equilibrio de los intereses en conflicto para cada caso particular.

2. *Atribución predecible del daño*

7. El segundo aspecto de nuestro análisis se refiere a los principios fundamentales del Derecho de daños. Básicamente, en todo los Estados miembros se considera que el principal objetivo del Derecho de daños es compensar totalmente el daño ocasionado. La aplicación de este principio básico es, sin embargo, limitado, toda vez que cualquier daño sufrido únicamente puede ser compensado en la medida que éstos puedan ser imputados suficientemente al causante. Esto es igualmente aplicable a los casos de lesiones a la privacidad o a la reputación. Por ejemplo, si un *paparazzi* fotografía exclusivamente detalles de la vida privada de una persona de público interés y tiene el único propósito de satisfacer morbosos intereses a este respecto, no existiría un interés público sustantivo que pudiera servir como justificación para su publicación. En tal supuesto, habría suficientes razones para sostener la responsabilidad del editor del medio. Sin embargo, si tales fotografías vinieran referidas al ejercicio de funciones oficiales, existiría un interés público sustantivo y cualquier daño debería ser soportado por la presunta víctima⁴.

Ha de señalarse que estas cuestiones esenciales para la imputación de la responsabilidad deben poder ser determinadas por el periodista y por el medio de comunicación antes de la publicación. O mejor dicho, la habilidad del ciudadano para prever la aplicación de las leyes de su país a sus acciones es un principio presente en las constituciones escritas y no escritas de Europa. Desde esta perspectiva, obviamente el legislador sólo puede imponer obligaciones a sus ciudadanos que claramente estén definidas en relación al grado y probabilidad de los

⁴ Vid., v.gr., STEDH 24 junio 2004: *Caroline von Hannover/Germany* [2004] ECHR 294 (Application No. 59320/00).

efectos. Sólo una regla conocible por adelantado da a ciudadanos la posibilidad de ajustar sus conductas en consecuencia. Cualquier uso imprevisible de una norma supondría una arbitrariedad normativa y oficial.

La idea de un efecto disuasorio –el denominado *chilling effect*– como fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos (TEDH) de cuenta de ello: Si, tal y como ha sido puesto de relieve en varias ocasiones por este tribunal⁵, el potencial efecto disuasivo de una regla de responsabilidad demasiado estricta crea el riesgo de causar la omisión general de un periodismo crítico, cualquier norma de ese estilo es incompatible con el CEDH. De la misma manera, cualquier regla debe ser inaceptable si los medios de comunicación no pudieran esperar su aplicación.

3. La percepción del público

8. Estrechamente relacionada con la justificación de interés público está, en tercer lugar, la regla de que el agente causante del daño y la víctima no son las únicas partes interesadas. El interés público (y en consecuencia) la valoración de si la intimidad y la reputación de una persona son dañadas depende, en la mayoría de los sistemas legales europeos, por encima de todo de la evaluación de la situación por la comunidad nacional relevante⁶.

Al mismo tiempo, no es la percepción subjetiva individual de la parte o del periodista o del medio de comunicación la que ha de tenerse en cuenta para evaluar si ha ocurrido o no una lesión a la intimidad y reputación. El interés público como justificación o eximente de responsabilidad se fundamenta en la perspectiva del observador objetivo, razonable, ordinario e imparcial. En consecuencia, es la perspectiva del público del mismo contexto cultural y social el que debería tenerse en cuenta.

4. Indivisibilidad del daño inmaterial

9. Ahora bien, la cuestión de cómo debe ser evaluada la intromisión ilegítima, el cálculo y compensación de los daños y perjuicios deben realizarse en relación exclusivamente a la parte perjudicada. La mayoría de los sistemas europeos convienen en que los daños no patrimoniales (esto es, daños morales o daños por dolor y sufrimiento) se conceden como un alivio para la psique y el estado de

⁵ A modo de ejemplo, vid. STEDH 22 febrero 1989: *Barfod/Denmark* [1989] ECHR 1 (Application No. 11508/85), que establece: “the Court cannot overlook [...] the great importance of not discouraging members of the public, for fear of criminal and other sanctions, from voicing their opinions on issues of public concern”.

⁶ “Tout dépend évidemment du public atteint par les exemplaires diffusés”, cf. P. Lagarde, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996, p. 501.

ánimo del perjudicado, dado que probablemente los use para comprar comodidades alternativas y placeres. Utilizando un proverbio español: *los duelos con pan son menos*. Y sin duda, en casos de lesiones a la privacidad y reputación, esta pérdida no pecuniaria es el núcleo de la reclamación de la víctima.

En lo que respecta a la cuestión de la indivisibilidad de tales daños no pecuniarios, la lógica normalmente dicta que tales daños son indivisibles, tal y como son la psique y el estado de ánimo del perjudicado para cuyo alivio se conceden⁷.

5. Los efectos del alcance de la distribución

10. Finalmente, el simple hecho de la publicación de una información difamatoria, que a menudo se asocia a la repetición de una acusación ante un gran número de individuos, fácilmente puede crear una falsa imagen de la víctima. Si una declaración falsa es repetida lo suficiente y permanece incontestada, la credibilidad de estas declaraciones irá en aumento en la medida que se repite dentro de la sociedad. Dado el miedo de la mayoría de la gente a las represalias o al aislamiento social, la opinión pública es calibrada en función a la adhesión a las normas sociales. Dado que la capacidad de hablar abiertamente y el discurso social distinguen entre ciudadanos, aquellos cuyas opiniones son públicamente representadas de manera insuficiente probablemente no llegarán a hablar claro y la mayoría (presuntamente) mantendrá el *statu quo* (“la espiral de silencio”).

Los medios de comunicación tienen un enorme impacto sobre cómo la opinión pública es retratada y pueden influenciar decisivamente en la percepción del individuo en aquellos donde la opinión pública se fija. Por consiguiente, la objetividad del público fácilmente puede perderse. Sólo cuando el perjudicado puede responder a tales afirmaciones la posibilidad de una cobertura de medios de comunicación equilibrada estaría asegurada. Únicamente cuando el perjudicado persigue su propio interés particular podrá contrarrestar o contener la extensión de la publicación⁸.

⁷ La triste realidad de los argumentos en este contexto que fuerzan un análisis legal sin sentido es un punto que no ha pasado inadvertido. A este respecto puede citarse la advertencia de Weir en otro contexto: “[...] *the claimant is not half-mad because of what the first defendant did and half-mad because of what the second defendant did, he is as mad as he is.*”; Vid. T. Weir, “The Maddening Effect of Consecutive Torts”, *Cambridge L.J.*, 2001, p. 238.

⁸ Vid. D.A. Scheufele y P. Moy, “Twenty-five Years of the Spiral of Silence: A Conceptual Review and Empirical Outlook”, *Int’l J. of Public Opinion Research*, 2000, p. 3–28; D. Fuchs, J. Gerhards y F. Neidhardt, *Öffentliche Kommunikationsbereitschaft: Ein Test zentraler Bestandteile der Theorie der Schweigespirale*, 1991.

IV. Propuestas de unificación de una regla de conflicto en el ámbito de la Unión

1. El estudio de Mainstrat

11. Dado que no fue posible alcanzar en su momento un compromiso político sobre la cuestión de la ley aplicable a las infracciones transfronterizas de la intimidad y reputación, se recogió en el RR II una cláusula de revisión en su art. 30.2º por la que se solicita un estudio sobre la situación en esta materia. Pese a las iniciales esperanzas existentes al respecto, este estudio no fue realizado por un instituto de investigación público, sino que fue una consulta privada realizada por la firma *Mainstrat*.

El resultado del estudio fue desconcertante⁹. Los autores de este estudio no sugirieron la positivación de una regla de conflicto de leyes. De hecho, trataron de invalidar el evidente problema que existe a través del recurso a la estadística y sugirieron la adopción de una directiva que incorporara una regulación material de los aspectos mínimos esenciales de la protección de intimidad y reputación sobre la base del CEDH y la CDFUE, al constituir estas una unificación de Derecho privado europeo de la intimidad y reputación. Sin embargo, no proporcionaron ninguna propuesta para la elaboración de una eventual Directiva que cubriera tales aspectos mínimos esenciales.

El estudio posiblemente podría ser respaldado en tanto que su fundamentación reside en el hecho de que no existen diferencias sustanciales en la ley, por lo que la solución no tiene porqué ser alcanzada a través de una regla de conflicto de leyes. No obstante, una Directiva de Derecho material sobre los aspectos mínimos esenciales del derecho a la intimidad y la reputación es poco probable por el momento.

12. Los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (siglas en inglés PETL: *Principles of European Tort Law*), que constituyen un proyecto universal comparativo para crear las bases para una futura armonización del Derecho de Daños en la UE –dirigido por el *European Group on Tort Law* (EGTL)–, únicamente mencionan la dignidad humana como un interés protegido en su art. 2:102. En el comentario a los principios se hace referencia a la correspondiente ambigüedad de los derechos de personalidad y en consecuencia en los

⁹ El estudio comparativo de las situación en los 27 Estados miembros en relación con la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad (2009) disponible en <http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm>.

PETL no recoge ninguna regla para los supuestos de infracciones a la intimidad y reputación¹⁰.

La subsiguiente investigación dentro de la UE dirigida a una posible futura unificación de un Derecho privado europeo por el *Study Group on a European Civil Code*, también evitó hacer cualquier declaración clara a este respecto. De conformidad con el art. 2:203 (2) del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) VI., la pérdida causada a una persona como consecuencia del daño a su reputación es sólo legalmente relevante si la ley nacional así lo prevé. En consecuencia, cualquier uso de este artículo posiblemente presupone la existencia de una regla de conflicto que determine la ley nacional aplicable.

En esencia, no se ha intentado aún ninguna unificación del Derecho de daños en relación a la intimidad y a la reputación, lo que forzaría a los redactores de la Directiva sugerida a empezar de cero. Considerando la actitud generalmente vaga en cuanto a los esfuerzos para la unificación del Derecho privado europeo, parece dudosa que tal Directiva alguna vez pueda ser políticamente respaldada.

2. La teoría del mosaico

13. En los asuntos *Bier v. Mines de potasse d'Alsace*¹¹ y *Shevill*¹², el Tribunal de Justicia estableció que el editor podía ser demandado en el país de su establecimiento por todos los daños causados por la publicación o ante los tribunales de cada uno de los Estados donde tal publicación hubiera sido distribuida y hubiera causado daños. No obstante, en este último caso la acción únicamente podrá instarse en relación con los daños causados dentro de la jurisdicción del foro. A la luz de estas resoluciones, la Comisión Europea inicialmente¹³ también ha favorecido esa teoría del mosaico.

En paralelo a las conclusiones del Tribunal de Justicia, la ley del lugar/es de publicación de la información lesiva tendría que aplicarse. Sin embargo, esta última ley/es sólo tendrán relevancia en lo que respecta a la infracción en el Estado miembro de publicación, mientras que la ley del Estado de residencia/establecimiento del editor del medio de difusión se aplicaría a la totalidad de la extensión de la publicación por toda la UE. El concepto de la “Teoría del mo-

¹⁰ Vid. H. Koziol, “Basic Norm”, en European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Viena / Nueva York 2005, pp. 30 ss.

¹¹ STJ 30 noviembre 1976, as. C-21/76: *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace*, Rec. 1976, p. 1735.

¹² STJ 7 marzo 1995, as. C-68/93: *Fiona Shevill and Others v. Presse Alliance SA*, Rec. 1995, p. I-415.

¹³ Cf. Comisión Europea, “Propuesta de Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, de 22 julio 2003, COM (2003) 427 final, p. 11: “The rule entails, where damage is sustained in several countries, that the laws of all the countries concerned will have to be applied on a distributive basis, applying what is known as “Mosaikbetrachtung” in German law.”

saico” representa que si el daño es sustanciado en varios Estados miembros los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros afectados tendrán que ser aplicadas en una base distributiva como pedazos diminutos, de manera que todos juntos completan el dibujo del mosaico, que es la plena compensación.

14. Sin una referencia explícita, esta teoría podría estar motivada por los perjuicios contra el Derecho extranjero y se constituye en torno a los siguientes elementos. La cuestión de si existe y cuándo una infracción de los derechos de personalidad o si está justificada depende en gran medida de la cultura nacional, y ésta puede diferir significativamente incluso dentro de Europa. Un uso distributivo en este sentido podría parecer que encaja perfectamente. Ante la ausencia continuada de un acuerdo general de valores europeos en lo que respecta a la intimidad y la reputación, parece apropiado alejarse lo suficiente de esas diferencias utilizando una aplicación distributiva de leyes nacionales¹⁴.

Sin embargo, la fragmentación de la ley aplicable como resultado de la teoría del mosaico contrasta significativamente con el desarrollo académico del Derecho conflictual en Europa en los últimos 150 años. Comenzando con Savigny, se llegó al consenso unánime de que ante una multitud de ambiguas conexiones de la disputa con distintos sistemas nacionales, la ley del Estado con el que presente una conexión más estrecha tendría que ser la aplicable a la totalidad de la acción. Como ya fue mencionado, la principal razón de esta aproximación es que el Derecho conflictual es utilizado como un mediador neutral en las disputas internacionales allí donde el Derecho, la cultura y los valores difieren. Al principio del siglo XIX el debate alemán se fundamentaba en las diferencias existentes entre los sistemas legales como argumento, pero en la actualidad ésta no es una característica de ninguna de las aproximaciones contemporáneas. Ciertamente es que los sistemas legales son diferentes y la manera en la que la privacidad y la reputación son concebidas y tuteladas difiere igualmente, pero esto no significa que el sistema legal de cada uno de los Estados afectados marginalmente deban ser tenidos en cuenta. La dimensión cultural de los derechos de la personalidad no es excusa para soslayar la idea de los vínculos más estrechos. De hecho, para permitir tal aproximación ha de fundamentarse en el ya obsoleto principio de territorialidad.

Por consiguiente, existen problemas con la teoría del mosaico cuando se refiere a los daños y perjuicios no pecuniarios concedidos por la infracción de la intimidad y por declaraciones difamatorias. Tal y como se mencionó al comienzo, para tales categorías de daños la situación en el Derecho sustantivo de los Estados miembros es claro: dado que los daños no pecuniarios son concedidos

¹⁴ Vid., v.gr., decisión de OLG Hamburg 8 diciembre 1994, *NJW-RR*, 1995, p. 792.

para el alivio del estado de ánimo unitario del perjudicado, estos son también unitarios e indivisibles. Consecuentemente, en el contexto del Derecho conflictual, tales daños difieren proporcionalmente en función del número de veces de difusión de la publicación controvertida.

15. No obstante, una publicación degradante difundida en múltiples países causa únicamente una infracción de los sentimientos de la víctima y, por lo tanto una única indemnización por daños y perjuicios. La psique y el estado de ánimo de perjudicado se alivian sólo una vez y no siempre la misma publicación aparece en un país diferente. Esto es, la comodidades alternativas y placeres para los cuales se conceden daños y perjuicios no pecuniarios son evaluados sólo una vez y por un único sistema legal.

Reincidiendo en tal imposible fragmentación, es posible también dudar de la viabilidad general de este concepto en casos más realistas donde una publicación difamatoria es distribuida no sólo en dos o tres Estados miembros europeos, sino en muchos más. A primera vista la decisión del Tribunal de Justicia en *Shevill* puede proporcionar alguna ayuda, al establecer que la infracción en su conjunto pudiera ser compensada en el lugar del domicilio o establecimiento del medio de comunicación.

Si la teoría del mosaico se aplica, contrariamente a las buenas intenciones del Tribunal de Justicia, el tribunal del Estado del domicilio del medio de comunicación tendrá que aplicar las leyes de todos los países donde la publicación fue distribuida para la respectiva lesión en cada uno de ellos. En otras palabras, el juez del establecimiento del medio debe aplicar todas y cada una de las leyes donde la publicación fue difundida para evaluar los daños y perjuicios sufridos por la víctima. Esto incluye la determinación de la pérdida de reputación territorialmente, es decir evaluar si y en qué medida el estatus del perjudicado ha bajado y si estaba justificado según la ley nacional de ese Estado miembro. En estos casos habría de evaluarse si y en qué medida un daño inmaterial ocurrió en el respectiva Estado miembro y cómo tal sufrimiento se alivia allí. Teniendo en cuenta las diferencias de cada jurisdicción y cada dominio protegido debido a motivos culturales, políticos y socio-jurídico así como la existencia de técnicas de codificación divergentes, esta tarea es tan hercúlea que no debería corresponder a los jueces. Sinceramente cabe dudar si de la práctica alguna vez podría resultar este estándar exacto jurídica y fácticamente¹⁵.

¹⁵ Hasta ahora ningún tribunal de Estado miembro europeo ha empleado la teoría del mosaico a este respecto. Sobre experiencias en EE UU *vid.* entre otras, *Hartmann v. Time, Inc.*, 166 F.2d 127 (3rd Cir. 1948): “[...] we must treat [...] the place where publication occurred as covering the United States and the civilized countries of the world” and the comment by W.L. Prosser, “Interstate Publication”, *Mich. L.*

En casos con una importante distribución de la publicación, el juez no va a aplicar todas las leyes respectivas, esencialmente porque no puede. Por consiguiente, el juez, posiblemente, estimará la ilicitud de la conducta y los daños y perjuicios en conjunto y posteriormente extrapolará tanto la conducta ilícita local como daños y perjuicios locales según el grado de diseminación en los países respectivos. Una alternativa posible sería que el perjudicado instara su acción únicamente respecto del daño causado dentro de la jurisdicción del Estado miembro en cuestión¹⁶. Desde luego, de tal modo el perjudicado ni alcanzará la plena compensación ni tendrá que perseguir sus reclamaciones ante los tribunales en todas partes de Europa.

16. Cabe argumentar una última crítica contra la aplicación de la teoría del mosaico en los supuestos normales, donde el *paparazzo*, el periodista y el redactor jefe conjuntamente contribuyen a la publicación de la información lesiva –pluralidad de responsables–. Si para uno de los causantes se solicita la responsabilidad personal y este pretende que se determine la misma para los cómplices en el perjuicio, tendrá problemas significativos. Según el art. 20 RR II, la reparación interna –resarcimiento– en caso de responsabilidad múltiple se rige por la ley aplicable a la reclamación original. Por consiguiente, la misma multiplicidad de leyes aplicables para la demanda originaria debería aplicarse a la restitución entre co-responsables. Hay que tener en cuenta que tal reparación tiene un tratamiento distinto en todos los Estados Miembros, que va desde una responsabilidad proporcional a una total exclusión de tales reclamaciones. Por consiguiente, salvo que únicamente fuera aplicable una ley a la reclamación original, una acción de reparación coherente entre responsables parece imposible.

El conflicto de leyes basado en la teoría del mosaico no puede realizar su propio estándar dogmático para la evaluación de la ilicitud de la conducta o de los daños y perjuicios. Siempre que el perjudicado quisiera ser compensado en conjunto por la publicación, internacionalmente distribuida, o el juez en el domicilio/ establecimiento del medio de comunicación debe apartarse de la aproximación dogmáticamente sana del conflicto de leyes para “adivinar” el perjuicio apropiado y los daños y perjuicios correspondientes o el perjudicado se le permite demandar en múltiples países o sólo para la compensación parcial. Finalmente, el deseo de la simple reparación interna entre múltiple responsables sería en cualquier caso completamente corrompido.

Rev. 1993, p. 973: “*That way madness lies*”; y J. Learned Hand en *Mattox v. News Syndicate Co, Inc*, 176 F.2d 897, 900 (2nd Cir. 1949): “[...] *in application it would prove unmanageable*.”

¹⁶ Vid. v.gr., Sentencia del Tribunal de Grande Instance Nanterre de 18 septiembre 2012, *Catherine Elizabeth Middleton et a. c/ Sas Mondadori Magazine France et a, L'Égipresse*, octubre 2012, nº 298.

3. La aplicación alternativa de varios ordenamientos

A) Por elección de la víctima

17. En respuesta, cierta doctrina¹⁷ han abogado por una presunción general a favor de permitir a la parte perjudicada elegir la ley aplicable entre la ley de establecimiento del editor y la ley del lugar de difusión. Los criterios de conexión propuestos por el Tribunal de Justicia deberían mantenerse pero la víctima tendría que elegir únicamente uno de ello, esto es, sólo sería de aplicación una única ley.

En cierta medida esta aproximación fue aceptada por el Tribunal de Justicia para publicaciones online. En *eDate*, el tribunal permitió al demandante tres opciones para determinar el tribunal competente: 1) para el ejercicio de una acción para la totalidad de los daños causados ante el tribunal del lugar de establecimiento del editor; 2) ejercitar la acción ante los tribunales de cada uno de los Estados miembros en los que contenido fue físicamente distribuido por el daño ocurrido dentro de su jurisdicción; y 3) sólo para publicaciones online, ante los tribunales del Estado miembro en el que la víctima tiene su centro de intereses, que generalmente coincidirá con su residencia habitual.¹⁸ Paralelamente a las conclusiones del Tribunal de Justicia y traduciéndolo a una norma de conflicto, esto podría entenderse como una posibilidad de elección para la víctima entre la teoría del mosaico y su residencia habitual.

Ambas soluciones pueden ser adecuadas. Esto es, en parte, dado que la fragmentación de la ley aplicable que podría resultar de la doctrina del mosaico estaría descartada (al menos en parte) y también porque sólo la ley de un Estado miembro sería aplicable, lo que aliviaría la carga del juez, reflejaría correctamente la uniformidad de los daños y perjuicios no pecuniarios y permitiría una reparación interna sencilla entre múltiples responsables. No obstante, el concepto de Derecho sustantivo del equilibrio de intereses en conflicto: del agente del daño y de la víctima, podría ser ignorado, dado que ambas aproximaciones toman en consideración únicamente los intereses de una de las partes: de la presunta víctima. Parece excesivo que sólo una de las partes tuviera la posibilidad de preferir sus intereses sin ninguna justificación adicional.

¹⁷ Vid. G. Hohloch, "Art. 40 EGBGB", en *Erman, Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. II, 12ª ed., Colonia, 2008, párr. 53; F. Vischer "Art. 139 IPRG", en *Zürcher Kommentar, IPRG*, 2ª ed., Zürich 2004, párr. 12; A.F. Schnitzer, "Gegenentwurf für ein schweizerisches IPR-Gesetz", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1980, p. 314; K. Siehr, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zürich, 2002, p. 378.

¹⁸ STJ, asuntos acumulados C-509/09: *eDate Advertising GmbH v. X* y C-161/10, *Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited*.

B) Por la técnica de los medios de publicación

18. Finalmente, es posible vincular la opción del perjudicado a una diferenciación puramente técnica entre la publicación física y la publicación online, tal y como ha establecido el Tribunal de Justicia para identificar el tribunal competente, aunque es bastante raro ante un escenario común de distribución del mismo contenido tanto en medio impreso como online. De conformidad con la doctrina *eDate* traducida al conflicto de leyes, únicamente una ley nacional resultaría de aplicación a la reclamación de la víctima por la totalidad de los daños producidos por la publicación online, mientras que la acción por reclamación por los daños producidos por la publicación en el medio impreso estaría limitado al daño sufrido de conformidad con otra ley. En casos menos claros esta aproximación obviamente crearía el riesgo de sentencias contradictorias para un contenido literalmente idéntico.

4. Identificación de una única conexión

19. Tal y como ha quedado expuesto previamente, una aplicación alternativa o distributiva de múltiples leyes no proporciona un mecanismo adecuado para solventar atentados transfronterizos de la intimidad y el honor. En cambio, una solución viable para solventar los defectos referidos podría ser la aplicación de una única ley, identificada mediante el principio de los vínculos más estrechos, y calculada mediante la evaluación de los elementos relevantes de cada caso individual. Entre esos elementos de evaluación estarían los siguientes:

A) Residencia habitual de la víctima

20. El borrador presentado por el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (*European Group for Private International Law, EGPI*)¹⁹, la propuesta preliminar de la Comisión Europea (2003)²⁰ y, a menor nivel, la sentencia del Tribunal de Justicia en *eDate* y la Propuesta del Parlamento Europeo²¹ han debatido en general sobre la aplicación de la ley del estado de la residencia habitual de la víctima. La aplicación de esta ley resulta conveniente a primera vista. Una suposición general de que el resultado de una invasión de los derechos de personalidad está típicamente dentro de la consideración general del domicilio del perjudicado no resulta inapropiada. Además, cuatro intereses fundamentales de la víctima estaría mejor cubiertos y representados en su residencia habitual.

¹⁹ Disponible en <<http://www.gedip-egpil.eu>>.

²⁰ Art 7 COM 2003 427 final, 2003/0168 (COD).

²¹ Informe con recomendaciones para la Comisión para la revisión del Reglamento (CE) n° 864/2007 sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) 2009/2170 (INI), p. 8.

En primer lugar, El perjudicado estará familiarizado con las reglas y el ordenamiento jurídico (al menos en los términos del no jurista). En segundo lugar, la víctima tiene el interés de mantener su buena consideración dentro de su entorno social, lo que será respetado aplicando la ley de su residencia habitual. El centro principal de tales acciones es remediar una pérdida de reputación, en este sentido parece natural centrar estos conceptos legales, morales y culturales cristalizados en el domicilio del perjudicado. La aplicación de la ley de residencia habitual de la víctima también estaría respaldada por la sociedad nacional, dado que los ciudadanos nacionales no serían juzgados según normas extranjeras. En tercer lugar, es razonable evaluar los daños y perjuicios no pecuniarios del perjudicado según las normas en su residencia habitual, porque la restitución de daño será realizada en este país. En consecuencia, los precios de mercado allí serán decisivos en la evaluación de los daños y perjuicios, dado que las comodidades y placeres alternativos probablemente serán comprados en el domicilio del perjudicado. En cuarto y último lugar, en muchos casos es una ventaja clara que el domicilio de la víctima es un criterio de conexión que determina una única ley aplicable, representando correctamente la uniformidad de los daños y perjuicios no pecuniarios.

21. No obstante también puede referirse argumento en contra del empleo del punto de conexión residencia habitual. La aplicación de esta ley para aquellos casos en los que el perjudicado únicamente tiene un domicilio formal en un país pero no está integrado en la comunidad local. Estas consideraciones son más evidentes en el caso de las figuras públicas o celebridades, pues estas personas tienden a tener múltiples domicilios en Estados diferentes y –como cabe esperar, debido a su estilo de vida o por su profesión– alternan entre ellos. La suposición de que los intereses del perjudicado inseparablemente están unidos a su domicilio simplemente no refleja los modos de vivir itinerantes de las personas de público interés.

Además, el concepto de Derecho sustantivo de ponderación de intereses en conflicto milita en contra de un cambio a un criterio que se centra únicamente en la víctima. La aplicación de la ley del domicilio del perjudicado no es intrínsecamente más justa que la aplicación de la ley del establecimiento del medio de publicación o, de hecho, de otros países de distribución. Los intereses de los medios de comunicación solo se toman en consideración considerados después de que se da ventaja al perjudicado sobre qué ley es aplicable. La idea de que una sociedad nacional tiene un fuerte interés en aplicar su moralidad y sus normas jurídicas a cada uno de sus ciudadanos otra vez revela un único criterio centrado en el perjudicado, aun cuando la sociedad en la que el medio de comunicación tenga su establecimiento tenga los mismos intereses.

Ahora bien, estas no son meras objeciones dogmáticas. El uso exclusivo de la ley de residencia habitual del perjudicado conducirá a dificultades irrazonables para cualquier empresa de medios de comunicación con cobertura seria de asuntos internacionales, pues tendría que someterse a una multiplicidad enorme de leyes. Por consiguiente, la empresa de medios de comunicación estaría obligada a investigar a fondo la ley del Estado de residencia de cada una de las personas sobre las que informe.

Además de los enormes gastos de investigación de las leyes extranjeras, tal aproximación inevitablemente conduciría a situaciones donde la cobertura crítica de información sería imposible allí donde tal reportaje no estuviera permitido por la ley nacional. Si tal regulación de la prensa libre existiera podría resultar aplicable esa ley restrictiva aún cuando la empresa de medios de comunicación hubiera respetado todas las normas de periodismo establecidas en la ley en su domicilio. Por consiguiente, el uso de la ley de la residencia habitual del perjudicado obviamente plantearía un impedimento significativo a la libertad de los medios de comunicación.

B) Establecimiento del editor

22. La aplicación de la ley del domicilio del medio de comunicación obviamente recoge el último argumento referido relativo a la restricción de la libertad de los medios. La ley de la sede estatutaria, la administración central o su centro de actividad principal, resulta clara para los periodistas de la empresa, fotógrafos, y consultores legales. Así, este criterio de conexión comprende la necesidad de que la responsabilidad —el fundamento para la imputación de daño— debe ser determinada por el periodista y por el medio de comunicación antes de la publicación. Como ya ha sido referido, cualquier aplicación imprevisible de una ley conduce a la arbitrariedad normativa y oficial, denominada por el TEDH en el área de libertad de los medios de comunicación como el “*chilling effect*” (efecto disuasorio). Si, tal y como ha enfatizado en varias ocasiones el TEDH, el potencial efecto disuasorio de una regla de responsabilidad demasiado estricta pone en peligro la desaparición general del periodismo crítico, cualquier norma de ese tipo es incompatible con el CEDH.

En consecuencia, cualquier regla cuya aplicación sea imprevisible debe ser incompatible si el medio de comunicación no pudiera prever su aplicación. El mismo argumento se aplica cuando existe una norma de conflicto que remite a una ley nacional que resulta imprevisible. Cuando el imprevisible ordenamiento nacional al que remite tiene unos estándares más rigurosos que los previstos en los sistemas nacionales de los países de probables y previsibles de distribución, la seguridad jurídica es (doblemente) lesionada. Sin embargo, la aplicación de la

ley de la residencia habitual del perjudicado y de la ley de sede estatutaria de la empresa del medio de comunicación son los dos lados de la misma moneda —el criterio de conexión toma consideración sólo los intereses de una parte—. Así, las legítimas expectativas del perjudicado centran su protección en aquél país donde participa en el discurso público y, en ese sentido, exponen sus derechos e intereses ante la potencial infracción.

Más allá de la necesidad de la imputación previsible de daño, no existe ningún argumento convincente para tratar los intereses del perjudicado susceptibles de compensación de distinta manera —inferior— que a otros intereses. Parece extraño condicionar los intereses de las víctimas a los intereses del responsable causante al grado de que el estándar último de responsabilidad determine incluso el derecho a la compensación

V. Centro de gravedad del conflicto

23. El anterior análisis demuestra que intentar aislar un único criterio para localizar la ley aplicable para todo el proceso es un ejercicio infructuoso y en última instancia injusto; ningún factor de conexión puede alcanzar la justicia material deseada en todas las situaciones posibles. No obstante, los sistemas que incorporan varios factores o criterios de conexión podrían establecerse, aquellos que en esencia establecen un centro de gravedad así como los vínculos más estrechos.

1. Metodologías

A) Razonamiento deductivo y referencias subsidiarias

24. Un punto de partida podría ser formular simplemente varias condiciones para poder localizar la ley con la que tienen los vínculos más estrechos. Cualquier regla puede ser analizada y replanteada como una declaración compuesta condicional en la forma “si X, luego Y”. La segunda parte (“luego Y”), comúnmente conocida como *apodosis*, es preceptiva y para nuestro objetivo es evidentemente clara. Esto es, la ley con la que presenta los vínculos más estrechos y, en consecuencia, prescribe una única ley aplicable. La primera parte, (“si X”), la *protasis*, indica el alcance de la regla designando las condiciones en las que la regla se aplica. Una solución podría ser una *protasis* de varias condiciones para localizar una específica ley aplicable. Tal *protasis*, por etapas, excluiría aquellos sistemas legales que tuvieran una conexión mínima con el caso o ninguna en absoluto.

B) Un sistema flexible

25. Al mismo tiempo, cabe abogar por una aproximación más flexible. Los sistemas legales europeos confían en un equilibrio comprensivo de los intereses de ambas partes para la determinación de si existe un derecho a la intimidad o la reputación y, en su caso, si este derecho fue infringido. Inevitablemente, tal equilibrio comprensivo puede aplicarse al correspondiente conflicto de leyes. En otras palabras, no se formularía una *protasis* neta, sino únicamente el juego de los distintos elementos a tomar en consideración que prescribiría la *protasis*.

Esta metodología no es una innovación revolucionaria en el ámbito del conflicto de leyes. De hecho, esta metodología ya estaba presente en distintos regímenes anteriores al RR II. Por ejemplo, esta es la posición británica para determinar la ley aplicable en esta materia según la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* de 1995. Sec. 11 que establece:

“Where elements of those events [torts] occur in different countries, the applicable law under the general rule is to be taken as being [...] the law of the country in which the most significant element or elements of those events occurred”.

C) Rasgos comunes

26. El objetivo buscado por ambas soluciones es aplicar la ley con la conexión más cercana al caso o centrándose en un juego de condicional fijo, utilizando claros factores de conexión condicionales o evitando una estructura demasiado rígida. Ambos sistemas son apropiados para tener en cuenta mejor los rasgos complementarios de los criterios de conexión adicionales, así se consigue el equilibrio de intereses de todas las partes. Ambas aproximaciones deben explícitamente identificar todos los factores relevantes en cada caso y, en el supuesto de un sistema flexible, determinar el peso de estos elementos según su importancia. En última instancia, la ley determinada, que es la ley con los vínculos más estrechos, debería reglamentar todo el caso.

2. Elementos

A) La percepción del público

27. Como ha quedado demostrado, el objetivo de aplicar sólo una única ley para todo el caso, aquella más vinculada con el caso, no produce un resultado convincente cuando se aplica automáticamente la ley de lugar de establecimiento del medio o del perjudicado. Sin embargo, el responsable y la víctima no son las únicas partes interesadas. Un paradigma clave en Derecho sustantivo establece que la evaluación de si realmente la intimidad y la reputación de una persona son

dañadas depende en particular de la comunidad nacional particular que evalúa la situación controvertida. En consecuencia, cómo la publicación difamatoria es percibida por el gran público en el respectivo Estado de la publicación también debe jugar un papel crucial para la regla de conflicto. La referencia al lugar donde el público debe considerar que una publicación ha violado o no la reputación o la intimidad de un individuo parece un punto de partida adecuado, dado que no favorece el interés de ninguna de las partes y no puede ser fácilmente manipulado por ninguna de ellas.

Sin embargo, el *quid* de la cuestión, esto es, aplicar sólo una ley, mantiene la cuestión de si una publicación fue extensamente distribuida. Al menos en el primer mundo, el simple número de leyes potencialmente aplicables de Estados donde la publicación fue distribuida probablemente sobrecargue a cualquier proveedor de noticias importante. Por lo tanto, en cualquiera de las aproximaciones un elemento adicional debe ser introducido al objeto de localizar una única ley aplicable.

B) Previsibilidad de la ley aplicable

28. Una condición necesaria de cualquier norma de conflicto debería ser que únicamente pudieran remitir a aquellos sistemas legales previsibles de aplicación para el eventual demandado. Al igual que el Derecho sustantivo requiere criterios previsibles para imputar una lesión de la intimidad y la reputación a los medios de comunicación, la norma de conflicto debería requerir el elemento adicional de previsibilidad para justificar la aplicación de una ley distinta que sostenga la responsabilidad última.

Dos consideraciones pueden aducirse contra tal previsibilidad de la ley aplicable.

En primer lugar, la intimidad sustancial del Estado miembro y las leyes de difamación generalmente imponen la responsabilidad sólo cuando la publicación es intencionada o previsible. Por consiguiente, es discutible que la previsibilidad sea necesaria en el conflicto de leyes. El hecho de que los sistemas legales europeos legales no aseguren la evaluación objetiva ni subjetiva de tal previsibilidad juega en contra de su “subsecuente” aplicación. La conducta del responsable será evaluada en referencia a una persona objetiva ordinaria, que en este caso son las típicas habilidades profesionales de los periodistas. El estándar subjetivo plantea si una conducta diferente debía ser esperada por este determinado periodista en esta determinada situación. De tal manera que dependiendo del estándar relevante en el Estado de la publicación los resultados en cuanto a la imputación de la responsabilidad pueden variar, de forma que interfiere en el paradigma del conflicto de leyes de alcanzar una armonía de resultados en casos similares.

Además, tal aproximación es poco práctica. Esto implicaría inicialmente la aplicación de la ley de un Estado miembro sólo para posteriormente descubrir que conforme a la ley dicha la imputación de responsabilidad era en última instancia imprevisible. Innecesarios e ingentes costes económicos y de tiempo podrían evitarse así como las posibles carencias en la investigación de las eventuales leyes extranjeras.

En segundo lugar, en la Sentencia *eDate* el Tribunal de Justicia rechazó tal aproximación en relación con las publicaciones online. El tribunal sostuvo a que “los contenidos pueden ser consultados [...] con independencia de cualquier intención de su emisor relativa a su consulta más allá de su Estado miembro de residencia y fuera de su control”²². Con el mayor respeto, el tribunal de justicia tiene los “pies digitales de arcilla”, dado que esta declaración no hace caso de la realidad técnica actual de los medios de comunicación en línea. La mayor parte de las redes, incluyendo todos los ordenadores en Internet, usan el protocolo TCP/IP como estándar para comunicarse en red. En el protocolo TCP/IP, el único identificador para cualquier ordenador es la denominada dirección de Protocolo de Internet (la dirección IP). Los ordenadores usan este identificador único para enviar datos a otros ordenadores específicos en la red. Dado que cualquier sitio web tiene una dirección IP única, el usuario proporciona su propia dirección IP solicitando el contenido del sitio web en cuestión. En este sentido, los medios de comunicación utilizan los datos del usuario. Por ejemplo, cuando se visitan algunos sitios web la mayor parte de usuarios habrán notado que se abren anuncios de bienes o servicios directamente o que una página específica o la información allí están bloqueadas. Esta publicidad o bloqueos son conocidos como el *geo-targeting* y se realiza mediante el análisis de la posición de la dirección IP del usuario o analizando los saltos en una ruta de rastro de la dirección IP del usuario²³.

Ahora bien, la información recogida se centrará únicamente en la posición geográfica del Proveedor de servicios online del usuario (*Internet Service Provider: ISP*)²⁴. Sin embargo, como estos proveedores típicamente existen a nivel

²² As. *eDate*, cit., ap.45.

²³ Plenty of more sophisticated tools are available, v.gr. Google Analytics.

²⁴ La Autoridad para la Asignación de Números de Internet (siglas IANA: *The Internet Assigned Numbers Authority* <<http://www.iana.org/>>) delega la asignación del paquete de direcciones IP a los Registros Regionales de Internet (*Regional Internet Registries, RIRs*), para Europa al *Réseaux IP Européens Network Coordination Centre* (RIPE NCC) (see <<http://www.ripe.net/>>), que subsecuentemente distribuye los paquetes de direcciones a los Registros Locales (*Local Internet Registries: LIR*). Los Registros Locales (como son Proveedores de servicios de Internet, empresas o instituciones académicas) asignan la mayor parte de estos paquetes a sus propios consumidores. El RIPE proporciona una base de datos pública que contiene los detalles de registro de las direcciones IP originariamente asignadas a miembros por el RIPE NCC. La base de datos proporciona la información que las organizaciones o individuos actualmente tienen sobre el número de Internet, cuando fueron hechas las asignaciones fueron y los detalles de contacto, Vid. <<http://www.ripe.net/data-tools/db>>.

nacional, incluso la forma más rudimentaria de *geo-targeting* será capaz de identificar el país del usuario y así podría en consecuencia permitir o negar el acceso²⁵. Así, es posible identificar una dirección específica o excluir un público nacional determinado para hacer que la aplicación de la ley de un Estado miembro sea previsible²⁶.

29. En consecuencia, el término “previsible” necesita ser caracterizado dentro del conflicto de leyes, una cuestión que no puede ser tratada aquí en detalle. No obstante, estudios comparativos revelan que tanto en la mayoría de sistemas legales europeos como en el Derecho derivado europeo se favorece una aproximación objetiva junto con una evaluación abstracta del comportamiento²⁷. Por consiguiente, el concepto autónomo de caracterización empleado por el Tribunal de Justicia, según el cual a los conceptos en el conflicto de leyes “debe dárseles un significado autónomo, sacado [de...] los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales”²⁸, conducirá sin duda a la utilización de un estándar objetivo. De este modo, la cuestión de si el periodista fue capaz de prever la imputación de responsabilidad en el extranjero va ser evaluada más objetivamente, que si se utiliza el criterio de las habilidades típicas ocupacionales del grupo de periodistas.

Si bien, en el mundo de los medios de comunicación modernos es claro que cualquier prueba basada en la percepción previsible del público seguirá causando la aplicación de múltiples leyes, como es el caso de las publicaciones *on-line*. En consecuencia, localizar una única ley aplicable debe implicar la evaluación de un factor de conexión adicional adecuado que permita la individualizar uno de esos sistemas potencialmente aplicables.

C) Las conexiones sociales del perjudicado

30. El sistema legal en el que el perjudicado reside habitualmente está entre los ordenamientos donde el público previsiblemente concibió la publicación, este hecho se toma como un factor de conexión adecuado. En primer lugar, una parte significativa de las consecuencias lesivas de la infracción de la privacidad

²⁵ Para todas las páginas web que utilizan el servidor Apache HTTP (actualmente más del 50% de los servidores de todo el mundo) es extremadamente sencillo denegar a los visitantes de determinados países el acceso al sitio web con dos sencillos comandos (“denegar, permitir el acceso”) en el .htaccess-file.

²⁶ Se considera aquí que la evitación del contenido bloqueado en un sitio web con la ayuda de servidores proxy o IP-spoofing sería equivalente al *fraus legis* y en consecuencia, debería ser imprevisible.

²⁷ Vid. P. Widmer, “Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of Imputation”, en P. Widmer (ed.), *Unification of Tort Law: Fault*, Viena / Nueva York 2005, pp. 347 ss, No. 39 ss; M. Kellner, “Comparative Report”, en H. Koziol y R. Schulze (eds.), *Tort Law of the European Community*, Viena / Nueva York, 2008, p. 564, n° 22/19.

²⁸ STJ, as. C-29/76: *LTU Lufttransportunternehmen v. Eurocontrol*, Rec. 1976, p. 1541.

o de la reputación ocurrirá dentro del ambiente social de la víctima, allí donde sea. Dado que el objetivo principal de la acción debe ser remediar el daño causado a la reputación del perjudicado en los ojos de sus contemporáneos, parece adecuado centrarse en el lugar del domicilio. Además, este factor de conexión representa de manera simple el lugar donde la víctima mantiene su significativa conexión social. Tal conexión también puede incluir el país en el cual la familia del perjudicado vive o donde el mayor número de contactos profesionales radiquen²⁹. En segundo lugar, para respetar suficientemente los medios de comunicación, debe atenderse a la compensación de la víctima. Parece adecuado evaluar los daños no pecuniarios del perjudicado según las normas de su residencia habitual, porque la restitución de daño posiblemente será realizada en este país. Desde esta perspectiva, los precios de mercado existentes en ese país serán decisivos para la evaluación de daños dado que las comodidades y los placeres sustitutivos probablemente serán adquiridos en el domicilio del perjudicado.

Ahora bien, en los supuestos en los que los cambios de domicilio sean frecuentes o se trate de persona con reputación internacional la suposición de la conexión entre el perjudicado y un entorno social particular identificable no existe o puede ser difícilmente determinable o puede ser completamente arbitrario. Además, cualquier aproximación basada en el razonamiento deductivo, *v.gr.*, la exclusión subsidiaria de sistemas legales está limitada en aquellos supuestos en los que el público fundamental al que va dirigida la información potencialmente difamatoria está localizado en otros países distintos del domicilio de la víctima³⁰. En estos casos el domicilio del perjudicado no puede ser aplicado como un criterio de conexión subsidiario para localizar una ley aplicable de entre los Estados de difusión. En consecuencia, no es posible formular una *protasis* que recoja ambas condiciones.

D) Alcance de la publicación

31. Una aproximación alternativa que puede resultar adecuada sería centrarse en el grado de distribución en varios sistemas³¹. La ley del país en el que se ha producido la mayor distribución de la publicación puede resultar la más apro-

²⁹ En esta línea puede verse, a modo de ejemplo, la decisión del Tribunal Supremo Austriaco de 8 Ob 235/74, *Juristische Blätter*, 1976, p. 103.

³⁰ *Vid.*, *v.gr.*, el caso de Kurt Waldheim, Secretario General de Naciones (1972–1981) y Presidente de Austria (1986–1992), que fue acusado por los medios norteamericanos por sus servicios como oficial de inteligencia en el Wehrmacht durante la segunda Guerra Mundial y sin embargo fue elegido para representar su país. Durante todo su mandato como presidente austriaco, Waldheim y su esposa Elisabeth fueron oficialmente considerados como personas *non gratae* por los EE UU. *Vid.* J. von Hein, *Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht*, Tübinga, 1999, p. 335.

³¹ *Vid.* P. Lagarde, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996, p. 501: “*Tout dépend évidemment du public atteint par les exemplaires diffusés*”.

piada, dado que la víctima podrá satisfacer sus propios intereses y también se satisface una más amplia función social. Como ya fue referido anteriormente, para evitar la persistencia de una falsa imagen del perjudicado debido a la repetición de la información potencialmente lesiva mediante su difusión y garantizar una cobertura de información equilibrada por los medios es necesario que el perjudicado pueda contrarestrar tal repetición. Persiguiendo los propios intereses en el Estado de la mayor distribución, esta espiral de silencio podría evitarse mejor y, en general, el impulso de difusión internacional podría ser revocado.

De nuevo, en la sentencia *eDate* el Tribunal de Justicia reveló una laguna de conocimiento judicial en relación con la sociedad de la información cuando indicó que el grado de distribución es técnicamente imposible de cuantificar con respecto al contenido en línea³². Al contrario, los instrumentos de geo-localización ya referidos muestran que existe información suficiente en sitio web de servidor de acceso para determinar la localización de los usuarios de acceso, tales datos son esenciales para el *marketing online*. Sin embargo, hay límites a esta aproximación. Si la publicación potencialmente difamatoria es distribuida de manera muy escasa en un país donde el perjudicado tiene conexiones sociales sumamente significativas, con esta aproximación posiblemente la ley de dicho Estado no vaya a aplicarse. Por ejemplo, si la víctima mantiene contactos profesionales de relevancia en un sistema determinado y pese a que allí la distribución de la información controvertida es muy limitada, los eventuales socios de negocios sí tuvieron acceso a dicha información, de tal manera que la no aplicación de ese Derecho podría causar una restricción inadecuada a favor del demandado³³. De nuevo, una *protasis* que incluyese todas las condiciones fallaría.

3. Conclusiones

32. Resulta claro que una regla condicional adolece de rigidez que puede conducir a supuesto de injusticia material en determinados casos. Por consiguiente, habiendo identificado los defectos del uso de las reglas de conflicto demasiado rígidas, se aboga por una solución más adaptable para los supuestos de lesiones transfronterizas del honor y la intimidación. A estos efectos se sugiere como solución más adecuada un sistema flexible basado en el análisis de todos los elementos relevantes:

Si la publicación fuera accesible en múltiples países, sería aplicable la ley del país con mayor conexión –vínculos más estrechos–. Utilizando la conexión más cercana –centrándose significativamente en elementos objetivos– se consigue

³² As. *eDate Advertising*, cit., ap. 45.

³³ Vid. OGH (Austrian Supreme Court) 8 Ob 235/74, cit.; G. Wagner, “Ehrenschaft und Pressefreiheit im europäischen Zivilverfahrens- und Internationalen Privatrecht”, *RabelsZ*, 1998, p. 276.

una solución equilibrada y fiable, toda vez la imparcialidad y la previsibilidad son los principios fundamentales y esenciales de cualquier sistema legal para la legitimidad de la ley.

En primer lugar, la imparcialidad normalmente pasa por aplicar la ley del país donde el público percibió la publicación, dado que esto no favorece los intereses de ninguna de las partes y no puede ser fácilmente manipulado por ninguna de las partes. Una regla flexible en este sentido sería:

Cuanto más un Estado representa el público que percibe la publicación o la difusión, más debería ser aplicada la ley de ese Estado.

En segundo lugar, la previsibilidad de la aplicación de estas leyes debe fundamentarse en la prueba de si el medio de comunicación demandado de manera ordinaria y objetiva podría prever que el público en otro Estado percibiría la publicación. Una segunda regla flexible en este sentido sería:

Cuanto más objetivamente previsible sea la percepción del público de un Estado para el medio demandado, más debería ser aplicable la ley de ese Estado.

En tercer lugar, la conexión social del perjudicado entonces sería evaluada, estableciendo el grado y el tipo de daño sufrido. Esto se traduce en una tercera regla flexible:

Cuanto más uno de los Estados donde previsiblemente el público percibe la publicación o difusión representa las conexiones sociales, especialmente la residencia habitual del perjudicado, más debería ser aplicada la ley de ese Estado.

Finalmente, la naturaleza y la cantidad de la distribución de la publicación en cada sistema legal deben ser también evaluadas. Una regla final flexible en este sentido sería:

Cuanto mayor es la difusión de la publicación entre los Estados donde previsiblemente el público percibió la publicación, más debería aplicarse la ley de ese Estado.

Igualmente podría establecerse esta regla en negativo:

La aplicación de una ley nacional tiene que ser más descartado cuanto menos este sistema legal representa la percepción por el público de la publicación o la difusión controvertida, cuanto menos la aplicación de esta ley era objetivamente previsible para el medio de comunicación demandado, cuanto menos este sis-

tema representa la conexión social del perjudicado y cuanto menos esta publicación o difusión fueron distribuidas en este sistema legal.

Finalmente, con la vista puesta en el RR II y dando más peso a la percepción del público y la previsibilidad para el medio de comunicación demandado, podría formularse otra regla igualmente conveniente:

En el caso de obligaciones no contractuales derivadas de violaciones a la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad, incluyendo la difamación, se aplicará la ley del Estado donde la percepción del público de la publicación o la difusión controvertida era objetivamente previsible para el demandado. Si la publicación o la difusión fueran percibidas en múltiples países, será de aplicación la ley del país donde la publicación o difusión tuviera la conexión más cercana. Esta conexión más estrecha se determinará valorando cada uno de los siguientes factores: la conexión social del perjudicado con cada país, en particular la residencia habitual del perjudicado y la naturaleza y el grado de distribución de la publicación en cada país.

V. Comentarios finales

33. Este análisis de las violaciones transfronterizas de la intimidad y el honor revela una apremiante necesidad de reforma. El *statu quo* es anticuado y reclama al legislador europeo una reforma. Los mercados de medios de comunicación Pan-Europeos –aún sin tomar en consideración Internet– son un rasgo cada vez más característico de la vida moderna. La fácil disponibilidad de los medios de comunicación en su versión impresa y digital para difundir la información más allá de sus fronteras nacionales, y un público ávido de información constituye un caldo de cultivo apropiado para generar complicadas infracciones fronterizas de estos derechos en el futuro.

En lugar de un acuerdo general europeo de Derecho sustantivo sobre la protección de la reputación y la intimidad, resulta más adecuada una aproximación conflictual estableciendo una regla de conflicto lo suficientemente flexible como la que se sugiere en el presente trabajo. Sólo así la regla de conflicto es lo suficientemente respetuosa con el importante equilibrio de las partes afectadas: la libertad de información contra la intimidad y la reputación, así como de los intereses de ambas partes: los medios de comunicación y el sujeto objeto de cobertura mediática. Ahora bien, los partidarios de las reglas de conflicto flexibles tienen que afrontar un significativo contra-argumento: la falta de seguridad jurídica. Si bien, es posible argumentar todo lo contrario. La previsibilidad del resultado de cualquier regla sólo puede lograrse cuando los tribunales claramente

consideran y declaran qué factores son los relevantes y cuál es su peso en cada caso. Sólo abordando y evaluando el peso de los elementos relevantes en cada supuesto –en vez de manipular la ley y los hechos para evitar resultados injustos– permite obtener sentencias fiables.

En particular, desde la perspectiva del conflicto de leyes estos contra-argumentos también pueden obviarse. Un sistema flexible resulta particularmente apropiado en aquellas áreas del Derecho que son siempre y esencialmente sistemas flexibles. El conflicto de leyes nunca fue y ni está actualmente reglamentado por reglas rígidas, sino todo lo contrario, se busca una aproximación flexible mediante el recurso al punto de conexión vínculos más estrechos.

Bibliografía

- Brügemeier, G., A. Colombi Ciacchi y P. O'Callaghan (eds): *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge, 2010; H. Koziol y A. Warzilek (eds.), *Protection of Personality Rights against Invasions by the Mass Media*, Viena / Nueva York, 2005.
- Fuchs, D., J. Gerhards y F. Neidhardt: *Öffentliche Kommunikationsbereitschaft: Ein Test zentraler Bestandteile der Theorie der Schweigespirale*, 1991.
- Hohloch, G.: "Art. 40 EGBGB", en Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. II, 12ª ed, Colonia, 2008.
- Kellner, M.: "Comparative Report", en H. Koziol y R. Schulze (eds.), *Tort Law of the European Community*, Viena / Nueva York, 2008, pp. 564 ss.
- Koziol, H.: "Basic Norm", en European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Viena / New York 2005, pp. 30 ss.
- Prosser, W.L.: "Interstate Publication", *Mich. L. Rev.* 1993, pp. 973 ss.
- Scheufele, D.A. y P. Moy: "Twenty-five Years of the Spiral of Silence: A Conceptual Review and Empirical Outlook", *Int'l J. of Public Opinion Research*, 2000, pp. 3–28.
- Schnitzer, A.F.: "Gegenentwurf für ein schweizerisches IPR-Gesetz", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1980, pp. 314 ss.
- Siehr, K.: *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zürich, 2002.
- Thiede, T.: *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, Viena, 2010.
- Vischer, F.: "Art. 139 IPRG", en *Zürcher Kommentar*, IPRG, 2ª ed, Zürich 2004.
- von Hein, J.: *Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht*, Tubinga, 1999.
- Von Savigny, F.K.: *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. VIII, 1849.
- Wagner, G.: "Ehrenschaft und Pressefreiheit im europäischen Zivilverfahrens- und Internationalen Privatrecht", *RabelsZ*, 1998, pp. 276 ss.
- Weir, T.: "The Maddening Effect of Consecutive Torts", *Cambridge L.J.*, 2001, pp. 238 ss.
- Widmer, P.: "Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of Imputation", en P. Widmer (ed.), *Unification of Tort Law: Fault*, Viena / Nueva York 2005, pp. 347 ss.

LA (DES) COORDINACIÓN ENTRE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DE RÉGIMEN ECÓNOMICO MATRIMONIAL Y LOS REGLAMENTOS EN MATERIA DE DIVORCIO Y SUCESIONES

Pablo QUINZÁ REDONDO * y

Jacqueline GRAY **

SUMARIO: I. Introducción. II. Competencia judicial internacional. 1. Competencia en materia de régimen económico matrimonial en caso de fallecimiento de un cónyuge: A) Competencia en ausencia de elección de la ley reguladora de la sucesión; B) Competencia en los casos de elección de ley reguladora de la sucesión; C) Competencia subsidiaria en caso de fallecimiento de cónyuge; D) *Forum necessitatis* en caso de fallecimiento de cónyuge 2. Competencia en casos de divorcio: A) Tribunales competentes en ausencia de acuerdo de extensión de la competencia; B) Acuerdos de extensión de foro; C) Competencia subsidiaria en casos conectados con divorcio; D) *Forum necessitatis* en casos conectados con divorcio. III. Ley aplicable. 1. Ley aplicable a falta de elección: A) Ley aplicable a falta de elección en caso de divorcio; B) Ley aplicable a falta de elección en caso de sucesión. 2. Elección de ley aplicable: A) Acuerdos de elección de ley en caso de divorcio; B) Acuerdos de elección de ley en caso de sucesiones. IV. Consideraciones finales.

RESUMEN: El presente artículo analiza la coordinación de la Propuesta de Reglamento sobre régimen económico matrimonial con los instrumentos de Derecho internacional privado de familia y sucesiones que regulan materias conexas, respecto de la competencia judicial internacional y la ley aplicable. En relación con la competencia judicial internacional se examinará, principalmente, si el objetivo del legislador de la Unión Europea de concentrar en un mismo tribunal las cuestiones relacionadas con el régimen económico matrimonial con las disputas referentes al divorcio (Reglamento Bruselas II *bis*) o sucesiones (Reglamento sobre sucesiones), se cumple. Por lo que respecta al sector de la ley aplicable, si bien la Propuesta de Reglamento sobre régimen económico matrimonial guarda silencio por lo que respecta a los instrumentos relacionados (en este trabajo, el Reglamento Roma III y el Reglamento sobre sucesiones), se estudiará la conveniencia y la posibilidad de que el Derecho del mismo Estado se aplique para regular el régimen económico matrimonial y los procedimientos de divorcio o sucesiones.

* Becario de Investigación FPU–MEC. Universidad de Valencia.

** Doctoranda. Universidad de Utrecht (Países Bajos).

PALABRAS CLAVE: RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL – DERECHO DE FAMILIA – INSTRUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA – DIVORCIO – SUCESIONES.

ABSTRACT: *This article seeks to analyse the coordination between the Regulation proposal on matrimonial property regimes and private international law instruments regarding family law and succession, focusing on the sectors of international jurisdiction and applicable law. In regards to international jurisdiction, the goal of the legislation, of concentrating matters regarding matrimonial property regimes and disputes concerning divorce (Brussels II bis) or succession (Regulation on succession), will be examined. Regarding the law applicable, even though the Regulation proposal on matrimonial property regimes remains silent in this matter, the convenience and possibility that the law of the same state is to be applied for proceedings connected with matrimonial property regimes, i.e. with divorce (Regulation Rome III) and succession (Regulation on succession), will be considered.*

KEYWORDS: MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES – FAMILY LAW– EU INSTRUMENTS – DIVORCE – SUCCESSION.

I. Introducción

Desde su creación, la Unión Europea se ha ido constituyendo como un espacio multicultural y pluricultural¹, fruto de la creciente movilidad de los individuos entre los diferentes Estados Miembros y de la progresiva importancia del fenómeno migratorio². Circunstancias laborales, familiares, económicas o sociales son las principales causas que explican la movilidad de los individuos dentro del territorio de la Unión Europea, en un contexto de globalización.

Fruto de ello, las relaciones personales entre los ciudadanos de los distintos Estados Miembros ha aumentado, lo que se ha traducido en un crecimiento significativo del número de matrimonios internacionales³, formados por personas con distintas nacionalidades, diferentes residencias habituales o posesión de bienes en diversos Estados Miembros⁴. La Comisión Europea estima que de los

¹ J.Y. Carlier, “Estatuto personal y multiculturalidad: el papel de la autonomía de la voluntad”, A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad*, Madrid, Colex, 2002, p. 27: “La Europa pluricultural es ya aquella en la que se amalgaman, entre sus Estados Miembros y en el seno de cada Estado, varias culturas antiguas y distintas... La Europa multicultural es también aquella que se encuentra y a veces se confronta con nuevas culturas nacidas de recientes migraciones exteriores”.

² E. Gómez Campello, *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Madrid, Reus, 2008, pp. 17–18.

³ En el presente trabajo se utilizarán indistintamente los términos “matrimonio internacional”, “matrimonio con elemento de extranjería” y “matrimonio transfronterizo” con fines puramente ilustrativos y sin ninguna intención de manifestar su sinonimia.

⁴ El documento de trabajo de la Comisión *Resumen de la evaluación del impacto del pacto* (SEC (2011) 328 final) que acompaña a la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales* (COM (2011) 125 final) y a la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la*

122 millones de matrimonios existentes en la UE, aproximadamente 16 millones (13%) son de carácter transfronterizo. Además, en particular, de los 2,4 millones de matrimonios celebrados en la UE en 2007, 300.00 fueron internacionales. Del mismo modo, se encuentran cifras elevadas en lo referente a divorcios internacionales, en concreto, 140.000 de los 1.040.000 que tuvieron lugar ese mismo año⁵. Pues bien, cada vez que se produce uno de estos divorcios aflora la cuestión de la propiedad de los bienes adquiridos con razón del matrimonio, teniendo que disolverse el régimen económico matrimonial. Pero no sólo el divorcio es la única causa de disolución del matrimonio, sino también el fallecimiento de uno de los cónyuges. Así, con carácter previo al reparto de los bienes entre los herederos –entre los que puede encontrarse su propio cónyuge– del fallecido, deberá procederse a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial si el mismo se encontraba casado, en aras de determinar la masa patrimonial a repartir.

Con todo, la movilidad de los ciudadanos por el espacio geográfico de la Unión Europea no ha venido acompañada, al menos hasta la actualidad, de una regulación jurídica clara y uniforme acerca de los bienes de los matrimonios con elemento de extranjería. Esta dispersión se presenta en una doble vertiente, la material y la conflictual. Así, la primera haría referencia, en líneas generales, a los distintos regímenes económico-matrimoniales existentes en cada ordenamiento jurídico, la oportunidad o no de elegir cualquiera de ellos, así como la posibilidad de diseñar uno. La segunda, delimitaría las normas de Derecho internacional privado existentes en la materia, esto es, qué tribunal resultaría competente para conocer de un litigio sobre los bienes de los matrimonios transfronterizos, qué ley aplicaría y cuál sería el reconocimiento y ejecución del que podría beneficiarse una sentencia o documento público sobre esta cuestión.

Sobre la primera de las dispersiones descritas, la referente al Derecho sustantivo, debe tenerse presente que hasta la fecha, según la doctrina mayoritaria, la competencia en materia de régimen económico matrimonial la siguen ostentando los distintos Estados Miembros, pues conviene recordar que la Unión Europea carece de competencia para unificar o armonizar el Derecho sustantivo de familia de los distintos Estados Miembros⁶.

ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales (COM (2011) 126 final), define qué se entiende por matrimonios internacionales.

⁵ Cifras extraídas de la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales* (COM (2011) 125 final).

⁶ D. Martiny, “Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?”, A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink y E.H. Hondius (eds.), *Towards a European civil code*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 4ª ed., 2011, p. 436: “One cannot maintain that personal status or the marital property relationship between spouses directly impacts the ‘proper functioning of the internal market’ and, therefore,

Por lo que respecta a la vertiente conflictual, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 mayo 1999, la maquinaria europea no ha dejado de funcionar. En un principio, los Reglamentos de la Unión Europea se centraron en la competencia judicial internacional y en el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales⁷, aunque recientemente la Unión Europea está llevando a cabo igualmente su proceso de unificación en el campo de la ley aplicable⁸. El Derecho de familia ha sido el verdadero protagonista de todo este fenómeno⁹, pudiendo hablarse así del proceso de europeización del Derecho internacional privado de familia.

Teniendo presente todo lo anterior, la Comisión Europea presentó el 16 marzo 2011 la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales¹⁰, paralelamente a la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas¹¹.

Aunque ambas propuestas ofrecen un interesante campo de estudio, el presente artículo se centrará únicamente en la propuesta de Reglamento del Consejo sobre régimen económico matrimonial (en adelante, Propuesta de Regla-

that a harmonization is necessary. The only provisions in the Treaty which at present could conceivably form the basis for a further unification of family law are those regarding cooperation in judicial and legal matters (Art. 81 TFEU)". Además, vid. M. Jänterä-Jareborg, "Unification of International Family Law in Europe – A Critical Perspective", K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Antwerp, Intersentia, 2003, p. 195; W. Pintens, "Europeanisation of Family Law", K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the unification...*, op. cit., p. 22; K. Boele-Woelki, *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, Leiden, Nijhoff, 2010, p. 51; M. Tenreiro y M. Ekström, "Unification of Private International Law in Family Matters within the European Union", K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the Unification...*, op. cit., p. 186; L. Tomasi, C. Ricci, y S. Bariatti, "Characterization in Family Matters for Purposes of European Private International Law", J. Meeusen, G. Straetmans, M. Pertegás y F. Swennen (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerp, Intersentia, 2007, p. 341.

⁷ Reglamento Bruselas I (DO L de 16 enero 2001) y Reglamento Bruselas II bis (DO L 338 de 23 diciembre 2003).

⁸ Reglamento Roma I (DO L 177 de 4 julio 2008), Reglamento Roma II (DO L 199 de 31 julio 2007) y Reglamento Roma III (DO L 343 de 29 diciembre 2010). Además, incluyendo en un mismo instrumento legislativo la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución, encontramos los Reglamentos 4/2009 (DO L 7 de 10 enero 2009), el reciente Reglamento de sucesiones (DO L 201 de 27 julio 2012).

⁹ K. Boele-Woelki, "Cross-border Family Relations in Europe: Towards a Common European Matrimonial Property Law Based upon Cooperation between Private International law and Substantive Law", A.L.M. Keirse y M.B.M. Loos (eds.), *Alternative Ways to ius commune. The Europeanisation of Private Law*, Antwerp/Cambridge, Intersentia, 2012, p.34.

¹⁰ Documento COM (2011) 126 final.

¹¹ Documento COM (2011) 127 final.

mento)¹², entre otros motivos, por el incierto futuro del texto sobre uniones registradas.

Del mismo modo, resulta imprescindible hacer referencia a las otras razones que delimitan el objeto de este trabajo. Así, en primer lugar, el lector únicamente encontrará un análisis de la coordinación entre la Propuesta de Reglamento y los instrumentos de Derecho internacional privado de familia y sucesiones elaborados por el legislador de la Unión Europea que explícitamente son mencionados (arts. 3 y 4 de la Propuesta de Reglamento), a saber, el RB II *bis* y el Reglamento sobre sucesiones. La razón de ello estriba en que la Propuesta de Reglamento se fija como objetivo que las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial que se planteen como consecuencia, bien de un procedimiento de divorcio, separación o nulidad matrimonial, bien como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges sean dirimidas por los tribunales competentes en virtud de tales Reglamentos¹³. Únicamente hay un instrumento unificado que se analiza y que no aparece mencionado en el texto legal, como es el Reglamento Roma III, aunque su inclusión responde a otro de los fines del artículo: analizar si la ley aplicable en virtud de la Propuesta de Reglamento conduce a la aplicación de la misma ley que las normas de conflicto aplicables en las materias conexas. Finalmente, y como se deduce de lo anterior, la investigación realizada se centrará en dos de los sectores de DIPr, el de la competencia judicial interna-

¹² En el momento de escribir este artículo se cumplen tres años desde que la Propuesta fue publicada por la Comisión Europea en marzo de 2011. Por tanto, aunque el análisis se centrará principalmente en dicha Propuesta, se indicará donde los expedientes interinstitucionales, a través de las versiones revisadas del texto del Reglamento, han ido resolviendo o mitigando los problemas descritos. En este sentido, se tomará especialmente en cuenta la Octava versión del texto elaborada tras las reuniones del Grupo de expertos (Consejo de la Unión Europea, Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales de 19 diciembre 2013, 18027/13 JUTSTCIV 320).

¹³ Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales (COM (2011) 126 final), ap. 5.2. *Vid.* también: I. Viarengo, "The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes", *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 13, 2011, p.201; B. Campuzano Díaz, "The Coordination of the EU Regulations on Divorce and Matrimonial Property", *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 13, 2011, p.237; A. Bonomi, "The Interaction Among the Future EU Instruments on Matrimonial Property Registered Partnerships and Successions", *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 13, 2011, p. 218. Del mismo modo, también resultan relevantes los siguientes estudios sobre la Propuesta de Reglamento sobre régimen económico matrimonial: D. Martiny, "Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften", *IPRax*, n° 5, 2011, pp. 437-457; H. Mota, "El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la propuesta de Reglamento Roma IV: algunos problemas y omisiones", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n° 2, 2013, pp. 428-447 y A. Rodríguez Benot, "Los Reglamentos de la UE en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes", E.M. Vazquez Gómez, M.D. Adam Muñoz y N. Cornago Prieto (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 583-591.

cional y ley aplicable, aunque debe tenerse presente que la Propuesta también contiene normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales.

Para llevar a cabo el análisis de la coordinación de los referidos instrumentos de la Unión Europea, se va a emplear una metodología esencialmente práctica, es decir, a través de la presentación de ejemplos de posibles parejas con distintas nacionalidades, residencia habituales o bienes situados en varios Estados Miembros, se va a intentar ilustrar las potenciales consecuencias que la aplicación de diversas normas de competencia judicial internacional y Derecho aplicable tienen para los matrimonios internacionales. Aunque los ejemplos presentados no pretenden ser ni mucho menos exhaustivos, interesa demostrar cómo puede funcionar la Propuesta de Reglamento en la práctica y subrayar las áreas problemáticas que pueden emerger en relación con la coordinación de los instrumentos¹⁴. El objetivo último del artículo sería pues demostrar si la aparición de la Propuesta de Reglamento, unida a los ya existentes instrumentos en materia de divorcio y sucesiones, cubre las necesidades de certeza legal y utilidad que demandan este tipo de matrimonios.

Por ello, en el presente trabajo se analizarán los mecanismos de interacción entre la Propuesta de Reglamento y los Reglamentos Bruselas II *bis* y sucesiones en sede de competencia judicial internacional (II), considerando para ello, en primer lugar, los casos en que no existe acuerdo de extensión de foro y, posteriormente, aquellos en los que sí. Del mismo modo, dicha relación se estudiará también en el sector de la ley aplicable (III), primero considerando las situaciones en las que no se ha ejercido la autonomía de la voluntad, y después en relación con los acuerdos de elección de ley. El último apartado (IV), contendrá algunas recomendaciones que pudieran ser tenidas en cuenta en la elaboración del texto final, acompañadas de una serie de observaciones finales.

II. Competencia judicial internacional

La Propuesta de Reglamento distingue con carácter protagonista dos bloques temáticos relacionados con las consecuencias patrimoniales del matrimonio, a saber, supuestos relacionados con la disolución del régimen económico matrimonial como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 3 de la Propuesta de Reglamento) o a raíz de la separación, divorcio o nulidad del ma-

¹⁴ Se advierte al lector que algunos de los ejemplos que encontrará en el artículo reflejan situaciones que, a priori, podrían resultar infrecuentes, pero lo que se persigue con ello es poner al límite el funcionamiento de la Propuesta de Reglamento para identificar sus áreas problemáticas. Se han incluido, pues, menos ejemplos que reflejan la buena interacción entre todos los instrumentos, pese a ser estos últimos los que podrían repetirse más veces en la práctica.

rimonio (art. 4 de la Propuesta de Reglamento). En ambos casos, el legislador de la Unión Europea se ha marcado como objetivo que el tribunal competente para conocer de dichos procedimientos (régimen económico matrimonial y divorcio o régimen económico matrimonial y sucesiones) sea el mismo, al tratarse de materias estrechamente vinculadas entre sí. En virtud de ello, el texto de la Propuesta se refiere explícitamente al RB II *bis* y al Reglamento de sucesiones¹⁵, aunque empleando diferentes técnicas, como se analizará.

Por otro lado, la Propuesta de Reglamento establece en su art. 5 los tribunales competentes para conocer de otros casos —entre los que se encuentra no sólo la posible sustitución o modificación del régimen económico matrimonial, sino también aquellos supuestos en que los cónyuges no se hayan puesto de acuerdo en extender la competencia en materia de régimen económico matrimonial a los tribunales competentes en materia de divorcio—. A continuación, el art. 6 establece un foro de competencia subsidiaria cuando ningún órgano jurisdiccional sea competente en virtud de los arts. 3, 4 y 5, y el art. 7 recoge un *forum necessitatis* para situaciones en las que, no siendo de aplicación las disposiciones anteriores, los tribunales de un Estado Miembro se declaren competentes, excepcionalmente, para conocer de un asunto con el que guarden un vínculo suficiente.

Para ello se examinará, en primer lugar, los procedimientos de régimen económico matrimonial conectados con las sucesiones (1), y posteriormente aquellos conectados con el divorcio (2). En cada una de las partes, además, se hará referencia a las correspondientes disposiciones de competencia subsidiaria y *forum necessitatis*¹⁶.

1. Competencia en materia de régimen económico matrimonial en caso de fallecimiento de un cónyuge

La Propuesta de Reglamento establece en su art. 3 que los órganos jurisdiccionales que tengan competencia en materia de sucesiones conocerán de los asuntos relativos al régimen económico matrimonial. La concentración de ambos procedimientos se consigue simplemente mediante una remisión genérica al Reglamento sobre sucesiones. Aunque no se indica explícitamente en el texto legal, la idea del legislador responde a una lógica procedimental: primero se disolverá y liquidará el régimen económico matrimonial, y una vez determinado el patrimonio que corresponde al causante, se procederá a su reparto de acuerdo

¹⁵ Exposición de motivos, ap. 5.2º, *supra* n.13. *Víd.* también I. Viarengo, *loc. cit.*, p. 201; B. Campuzano Díaz, *loc. cit.*, p. 237 y A. Bonomi, *loc. cit.*, p. 218.

¹⁶ Si bien esta descripción de la competencia judicial internacional no pretende ser exhaustiva, lo cierto es que es la que interesa para los fines del artículo, pues como se ha indicado, se pretende analizar el nivel de coordinación de la Propuesta de Reglamento con los instrumentos relacionados de DIPr de la Unión Europea.

con la ley que resulte aplicable a la sucesión. La evidente conexión, no sólo temática sino también temporal de ambos procedimientos justifica pues la conveniencia de que el mismo tribunal decida sobre ambas cuestiones.

A continuación se distinguirán cuatro supuestos, en los que se analizarán las implicaciones que las distintas disposiciones del texto unificado del Reglamento sobre sucesiones tienen para el régimen económico matrimonial. El primero de ellos, relativo a la sucesión del causante que no ha elegido la ley aplicable a la sucesión (A). Después, se estudiarán las situaciones en las que el causante ha optado por la ley de la nacionalidad para regir la sucesión y las posibles consecuencias que ello puede causar en sede de tribunal competente (B). Los dos últimos epígrafes versan sobre la competencia subsidiaria (C) y el *forum necessitatis* (D).

A) Competencia en ausencia de elección de ley reguladora de la sucesión

En virtud del art. 4 del Reglamento sucesiones, los tribunales del Estado Miembro en que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento, serán competentes para decidir sobre la sucesión. Pues bien, la remisión efectuada por la Propuesta de Reglamento al Reglamento de sucesiones permite concluir que dichos tribunales serán los mismos que, con carácter previo, disuelvan el régimen económico matrimonial. El siguiente escenario permite ejemplificar dicho proceso:

Monique y Javier, una mujer francesa y un hombre español, están casados y viven en España. Transcurridos unos años, Monique muere en España. El fallecimiento se produce sin haber elegido ésta la ley aplicable a su sucesión en virtud del art. 22 del Reglamento de sucesiones.

En este caso, los tribunales españoles, por ser España el Estado Miembro de la última residencia habitual de Monique, tendrían competencia judicial internacional para decidir sobre la sucesión y, por extensión del art. 3 de la Propuesta de Reglamento, sobre la previa disolución del régimen económico matrimonial. Por tanto, ambos procedimientos estarían concentrados en el mismo tribunal y se cumpliría el objetivo del legislador de la Unión Europea.

B) Competencia en los casos de elección de ley reguladora de la sucesión

Los arts. 5 y 6 Reglamento de sucesiones establecen la posibilidad de que el tribunal cuya ley ha sido elegida por el causante –únicamente la ley de su nacionalidad, en virtud del art. 22 del Reglamento de sucesiones– tengan competencia para decidir sobre la sucesión, quedando excepcionada así la regla general de competencia del tribunal del Estado Miembro de la residencia habitual del causante (art. 4 del Reglamento de sucesiones). Dicha prórroga de la competencia puede lograrse, con carácter general, mediante acuerdo de las partes interesadas en la sucesión (art. 5.1º Reglamento de sucesiones) o mediante una remisión que

los tribunales competentes en virtud de los arts. 4 o 10 del Reglamento de sucesiones realizan, a instancia de una de las partes en el procedimiento y teniendo en cuenta las circunstancias el caso –en especial, la residencia habitual del causante y la ubicación de los bienes–, al tribunal de la ley elegida por el causante (art. 6.a) del Reglamento de sucesiones).

Aunque en el Reglamento de sucesiones no se definen los posibles sujetos relacionados con la sucesión¹⁷, podría entenderse que se está haciendo referencia a los herederos, legatarios, personas próximas al causante y acreedores de la herencia, a tenor de lo establecido en el cdo. nº 7 del Reglamento de sucesiones, cuando se indica que el objetivo es garantizar de manera eficaz los Derechos de éstos. Teniendo en cuenta lo anterior resulta evidente que, bajo determinadas circunstancias los herederos, legatarios o acreedores bien mediante acuerdo expreso, bien solicitándolo al tribunal competente, podrían estar decidiendo no sólo el tribunal competente que conocerá sobre la sucesión, sino también, indirectamente, el tribunal competente en materia de régimen económico matrimonial. El siguiente ejemplo intentará demostrar el impacto que la utilización conjunta de dichas disposiciones puede tener:

Barbara (alemana) y Lukas (austriaco) están casados y viven en Alemania. Después de 20 años viviendo junto a sus 3 hijos, Lukas fallece en Alemania, sin poseer bienes inmuebles ni deudas bancarias en ningún otro Estado Miembro. Antes de fallecer, Lukas había realizado acto jurídico referente a la elección de ley austríaca como ley rectora de su sucesión, en virtud del art. 22 del Reglamento de sucesiones.

En el presente caso, parece lógico que ni la esposa ni los hijos herederos estarían interesados en atribuir competencia a los tribunales austríacos por tener todos ellos sus residencias habituales en Alemania. Sin embargo, la siguiente variación del supuesto puede alterar el resultado final:

Ante la imposibilidad de encontrar trabajo en Alemania, los hijos establecen su residencia habitual en Austria, donde acaban casándose y teniendo hijos.

En esta situación podría pensarse que los intereses de la madre y de los hijos serían opuestos: éstos querrían que conocieran los tribunales austríacos, mientras que la madre desearía que el tribunal competente fuera uno alemán. En ausencia de dicho acuerdo, y siendo la regla general, deberían pues conocer los tribunales alemanes. Sin embargo, cabe la posibilidad de que tales tribunales se abstuvieran de conocer si, a solicitud de alguna de las partes relacionadas con la herencia –en este caso, los hijos herederos–, consideran que los tribunales del Estado Miembro cuya ley fue elegida por el causante están en mejor situación para conocer de la sucesión. Para ello, el Reglamento de sucesiones establece que el juez deberá tener en cuenta la residencia habitual de las partes y la ubicación de los bienes. En este caso, a la vista de la información ofrecida, no resultaría descabellado que los tribunales alemanes se abstuvieran de conocer a favor de los tribunales austríacos.

¹⁷ Se utilizará el concepto genérico de “partes relacionadas”, aglutinando con ello los términos que, en la versión española del Reglamento de sucesiones, se utilizan indistintamente, como es el caso de “partes afectadas” (cdo. nº 28 del Reglamento de sucesiones), “partes interesadas” (art. 5.1º del Reglamento de sucesiones) y “partes en el procedimiento” (art. 6.1º.a) del Reglamento de sucesiones).

Con ello, lo que se pretende resaltar es que, el impacto que los sujetos relacionados con la sucesión pueden tener para situar los litigios referentes al régimen económico matrimonial en un determinado tribunal –el competente en materia de sucesiones– puede no favorecer o no coincidir con los intereses del cónyuge superviviente que es, al fin y al cabo, el sujeto al que afecta con carácter protagonista la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. Podrían determinarse tres posibles vías para mitigar dichos efectos en relación con el cónyuge superviviente.

La primera posibilidad se encontraría en el texto mismo del Reglamento de sucesiones, que establece la posibilidad de que algunas partes puedan acordar someter una cuestión específica al tribunal de la ley elegida por el causante, siempre que dicha resolución no afecte a los Derechos de las otras partes relacionadas con la sucesión (cdo. nº 28 Reglamento de sucesiones). Para el resto de cuestiones, y aunque el texto guarda silencio, podría estarse a la regla general de residencia habitual del causante. Una interpretación extensiva de este precepto podría implicar el respeto de ambos intereses en juego, tanto los del cónyuge superviviente, como los del resto de herederos, legatarios o acreedores, pues mientras el primero podría decidir si le conviene o no que el tribunal de la nacionalidad del causante decida el régimen económico matrimonial, los otros podrían acordar someter determinadas cuestiones sucesorias al tribunal de la ley elegida por el causante. El respeto de ambos intereses, empero, conllevaría la imposibilidad de que el mismo tribunal conociera del régimen económico matrimonial y de la sucesión.

Otra alternativa consistiría en suponer que el cónyuge superviviente es la única parte interesada en los términos del art. 5 del Reglamento de sucesiones o única parte en el procedimiento de acuerdo con el art. 6.a) de dicho Reglamento, a efectos de poder situar el procedimiento ante los tribunales del Estado Miembro de la ley elegida por el causante. Sin embargo, si bien es cierto que efectivamente podría ser la única parte interesada en el procedimiento en materia de régimen económico matrimonial, lo cierto es que no lo es con carácter exclusivo en el terreno sucesorio y, por tanto, podría producirse así el efecto inverso: que el cónyuge superviviente truncara los intereses del resto de herederos, legatarios o acreedores de la herencia.

Por último, otra posible solución sería la modificación del propio art. 3 de la Propuesta de Reglamento, en el sentido de exigir el acuerdo del cónyuge superviviente para extender la competencia del tribunal en materia de sucesiones para las cuestiones del régimen económico matrimonial. En caso contrario, el art. 5.1º de la Propuesta de Reglamento determinaría el tribunal competente en materia de régimen económico matrimonial. El inconveniente, de nuevo, sería la imposibilidad, en algunos casos, de concentración de asuntos en un mismo tribunal.

C) Competencia subsidiaria en caso de fallecimiento de cónyuge

Cuando el causante tenga su residencia habitual en un Estado que no aplique el Reglamento sucesiones, el propio texto establece que los tribunales del Estado Miembro en que se encuentren bienes de la herencia¹⁸ serán competentes para pronunciarse sobre el conjunto de la sucesión en dos circunstancias: que el lugar de situación de alguno de los inmuebles —el texto legal no especifica cuánta proporción— coincida con la nacionalidad del causante, o que alguno de dichos inmuebles esté situado en la previa residencia habitual del causante siempre que no hubieran pasado más de cinco años desde el cambio de residencia (art. 10.1º del Reglamento de sucesiones). De nuevo, la genérica remisión que la Propuesta de Reglamento realiza al Reglamento de sucesiones supone que, en algunas situaciones, las disposiciones de competencia subsidiaria de este último determinen los tribunales competentes en materia de régimen económico matrimonial:

Olli (finlandés) y Paola (italiana) están casados y viven en Holanda. Transcurridos unos años, deciden comprar un apartamento en Italia. Al tiempo, Paola se traslada a EE UU para seguir su carrera profesional, quedándose Olli cuidando del resto de la familia en Holanda. 6 años después, Paola muere en EE UU.

En este caso resultaría de aplicación el art. 10.1º.a) del Reglamento de sucesiones, al haber fallecido el causante en EE UU y poseer un inmueble en un Estado Miembro coincidente con el de su nacionalidad, Italia. Pero no sólo tendrían competencia los tribunales italianos en materia de sucesiones, sino también para la previa disolución del régimen económico matrimonial. Esto podría suponer que Olli, que continúa residiendo en Holanda, tendría que desplazarse a Italia para comparecer ante tales tribunales.

Resulta evidente que este tipo de situaciones pueden resultar gravosas y carentes de previsibilidad legal para el cónyuge supérstite. Como se ha propuesto en el apartado II.1.B), no resultaría, por tanto, descabellado exigir el acuerdo del cónyuge supérstite para extender la competencia de los tribunales en materia de sucesiones a los asuntos relacionados con el régimen económico matrimonial, máxime para situaciones en las que pudiera llegar a conocer un tribunal tan desconectado de sus circunstancias personales.

Una interesante variación del escenario descrito consistiría en suponer que dicho matrimonio posee un apartamento en Francia en vez de Italia. En este caso, resultaría de aplicación el art. 10.2º del Reglamento de sucesiones, que establece

¹⁸ La versión española del Reglamento de sucesiones se refiere a “los bienes de la herencia”, mientras que la versiones inglesa o francesa, a “bienes de la herencia”, siendo que ambas tienen matices diferentes. Dado que la competencia se refiere al conjunto de la sucesión y es posible que el causante tenga bienes en distintos Estados Miembros, las traducciones inglesa y francesa parecen resultar más coherentes.

que, cuando ningún tribunal sea competente en virtud del art. 10 del Reglamento de sucesiones, los tribunales del Estado Miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia serán, no obstante, competentes para pronunciarse sobre dichos bienes. El impacto que esta disposición puede tener en los asuntos de régimen económico matrimonial puede ser malicioso. Primero, porque atenta contra el objetivo de la Propuesta de Reglamento de concentrar asuntos bajo un mismo tribunal, pero fundamentalmente, porque no queda claro si el régimen económico matrimonial en sí mismo debería disolverse ante las autoridades francesas u holandesas. De nuevo, el acuerdo del cónyuge superviviente para extender la competencia a los asuntos de régimen económico matrimonial podría mitigar este tipo de situaciones.

D) *Forum necessitatis* en caso de fallecimiento de cónyuge

Cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado Miembro sea competente en virtud de las disposiciones anteriores, los tribunales que conozcan de las sucesiones y de la previa disolución del régimen económico matrimonial, podrían determinarse mediante el *forum necessitatis* (art. 11 del Reglamento de sucesiones).

Para especificar el impacto que esta disposición puede tener en la coordinación entre las sucesiones y el régimen económico matrimonial, se variará ligeramente el escenario descrito para la competencia subsidiaria. Así, supóngase que Olli y Paola no tienen propiedades, ni en Holanda ni en Italia, ya que han estado viviendo toda su vida en régimen de alquiler. En este caso, pues, no podría resultar de aplicación el art. 10 del Reglamento de sucesiones, y si los tribunales de EE UU se declararan incompetentes para conocer de la sucesión, entonces los tribunales de un Estado Miembro podrían conocer de la misma. La ausencia de cierta clarificación sobre lo que constituye una “vinculación estrecha”¹⁹ para conocer de la sucesión impacta de nuevo en el régimen económico matrimonial por la remisión genérica del art. 3 de la Propuesta de Reglamento. En este caso particular, dado que la primera y única residencia habitual en un Estado Miembro de Olli ha sido en Holanda, podría fundamentarse que tales tribunales presentan una vinculación estrecha para conocer de ambas cuestiones. Sin embargo, esto no es más que mera conjetura y por tanto emerge una enorme inseguridad jurídica en este tipo de situaciones que, aunque infrecuentes en la práctica, no deben descartarse.

¹⁹ Con todo, el cdo. n° 31 del Reglamento de sucesiones cita como ejemplos los casos de terceros Estados en los que sea imposible sustanciar un procedimiento debido a una guerra civil o cuando no quepa esperar razonablemente que el beneficiario incoe o siga un procedimiento en ese Estado.

2. Competencia en casos de divorcio

Las reglas de competencia judicial internacional que determinan los tribunales competentes en materia de régimen económico matrimonial conectados con el divorcio se encuentran, esencialmente, en los arts. 4, 5.1º, 6 y 7 de la Propuesta de Reglamento. Si bien la remisión en los asuntos de sucesiones se realiza de forma automática, la Propuesta de Reglamento exige el acuerdo de los cónyuges para que conozcan del régimen económico matrimonial los tribunales competentes en materia de divorcio. Por ello, en este epígrafe se estudiará, en primer lugar, el nivel de coordinación existente entre la Propuesta de Reglamento y el RB II *bis* en ausencia de pacto para extender la competencia de los tribunales conocedores del divorcio para los asuntos del régimen económico matrimonial (A) y posteriormente cuando los cónyuges sí están de acuerdo sobre este punto (B). Para finalizar, se considerará la interacción en los casos de competencia subsidiaria (C) y *forum necessitatis* (D).

A) Tribunales competentes en ausencia de acuerdo de extensión de la competencia

Cuando los cónyuges no se han puesto de acuerdo en extender la competencia de los tribunales en materia de divorcio a los asuntos referidos al régimen económico matrimonial, resulta de aplicación el art. 5.1º de la Propuesta de Reglamento, que contiene una ordenación jerárquica de foros: residencia habitual común de los cónyuges; en su defecto, último lugar de residencia habitual común de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí; a falta de ello, lugar de residencia habitual del demandado, y en ausencia de éste, nacionalidad común de ambos cónyuges.

El art. 5.1º de la Propuesta de Reglamento “copia” los tres primeros incisos del art. 3.1º.a) y el art. 3.1º.b) RB II *bis*, aunque ordenados de manera jerárquica y no alternativa. La Propuesta de Reglamento, eso sí, no incluye en su art. 5.1º los tres últimos incisos del art. 3.1º.a) RB II *bis* –residencia habitual de uno de los cónyuges en caso de demanda conjunta; residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda y residencia habitual del demandante coincidente con su nacionalidad, siempre que haya residido allí a menos los seis meses anteriores a la presentación de la demanda–, presumiblemente por diferentes razones. En primer lugar, el referido a la demanda conjunta de ambos cónyuges carece de sentido en este punto, pues en caso de acuerdo entre los cónyuges sobre los tribunales competentes, resulta de aplicación el artículo de la Propuesta de Reglamento y no el art. 5. En relación con los incisos cinco y seis del art. 3.1º.a), su exclusión podría

venir justificada por algo ya extensamente criticado en relación con el RB II *bis*, como es el favorecimiento de los intereses del demandante²⁰.

El hecho de que los foros ofrecidos en el art. 5 de la Propuesta de Reglamento sean prácticamente idénticos a los del art. 3 RB II *bis*, permite asegurar que en muchas situaciones –v.gr., cuando los cónyuges tengan la misma residencia habitual– los tribunales competentes en materia de divorcio también lo sean para el régimen económico matrimonial, incluso en ausencia de pacto entre los cónyuges. Sin embargo, en aquellos casos en que de la demanda de divorcio conozcan los tribunales competentes en virtud de los incisos cinco y seis del art. 3.1º.a) RB II *bis*, la concentración de tribunales no tendrá lugar, como puede observarse en el siguiente ejemplo:

Florian (austriaca) y Marija (croata) se conocieron y se casaron en Francia. Transcurridos unos años, la pareja se separó físicamente por cuestiones laborales: Marija se trasladó a Italia y Florian a Bélgica. Desafortunadamente el matrimonio no pudo resistir a la distancia y transcurridos 3 años, Marija presentó demanda de divorcio ante los tribunales italianos. Florian no está de acuerdo en extender la competencia de los tribunales italianos a los problemas relacionados con el régimen económico matrimonial. ¿Qué tribunales serán competentes para su disolución?

En este caso, el primer foro disponible en virtud del art. 5.1º de la Propuesta de Reglamento sería el lugar de residencia habitual del demandado. Esto significa que los tribunales belgas tendrían competencia para conocer de los procedimientos relativos al régimen económico matrimonial, mientras que los italianos se pronunciarían sobre el divorcio y, por tanto, ambos procedimientos no se sustanciarían en el mismo Estado Miembro, pudiendo resultar además perjudicial para las partes en términos económicos y de dilación de tiempo

Una posible manera de solucionar este problema sería convertir la ordenación de los foros del art. 5.1º de la Propuesta de Reglamento en alternativa, en contraposición al orden jerárquico²¹. Esto supondría que el demandante podría presentar ante los tribunales del mismo Estado Miembro las demandas de divorcio y disolución del régimen económico matrimonial. Para que ello fuera así, efectivamente, los foros ofrecidos en ambos textos deberían ser iguales, es decir, sería necesario eliminar los dos últimos incisos del art. 3.1º.a) RB II *bis* o incorporarlos al texto de régimen económico matrimonial. Esta solución, aunque permitiría la concentración, se antoja improbable por dos motivos: primero porque desvirtuaría los acuerdos de elección de foro del art. 4 de la Propuesta de Reglamento

²⁰ B. Campuzano Díaz, *loc. cit.*, p.242; C. González Beilfuss, “Relaciones entre derecho comunitario, derecho internacional privado y derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *AEDIPr*, t. IV, , 2007, p.127; M.A. Sánchez Jiménez, *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y ley aplicable)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson–Reuters–Aranzadi, 2013, pp. 41–44.

²¹ B. Campuzano Díaz, *loc. cit.*, p.242.

y segundo porque acarrearía el riesgo de producir una carrera hacia los tribunales²², fenómeno que precisamente se pretende eliminar.

En la octava versión revisada del texto de la Propuesta de Reglamento, los tribunales competentes en materia de divorcio en virtud de los cuatro primeros incisos del art. 3.1º.a) RB II *bis*, tendrán competencia automáticamente para conocer de los asuntos relativos al régimen económico matrimonial (art. 4.1º de la octava versión revisada del texto).

No obstante, todavía se requiere el acuerdo de los cónyuges cuando la demanda de divorcio se ha presentado en virtud de los incisos cinco y seis del art. 3.1º.a) RB II *bis*. Por tanto, en estos casos, la concentración de procedimientos bajo un mismo tribunal no se producirá automáticamente. Además el art. 5 de la octava versión revisada mantiene los foros ordenados jerárquicamente. Siguiendo el ejemplo propuesto, ello supondría que los tribunales competentes para el divorcio de Florian y Marija serían distintos que los que conocerían del régimen económico matrimonial, persistiendo, en definitiva, la misma asimetría que en la Propuesta de Reglamento.

B) Acuerdos de extensión de foro

Como se ha indicado, siempre que exista acuerdo de los cónyuges, los tribunales competentes en materia de divorcio, separación o nulidad del matrimonio, tendrán también competencia para disolver o liquidar el régimen económico matrimonial (art. 4.1º y 2º párrafo de la Propuesta de Reglamento). A efectos prácticos, esto supone que los cónyuges podrán concentrar en el tribunal que conoce de la demanda de las crisis matrimoniales en virtud del art. 3.1º RB II *bis* el posterior reparto de los bienes matrimoniales.

El acuerdo de extensión de foro, siguiendo lo establecido en el propio texto de la propuesta, podrá celebrarse “en todo momento”, durante la sustanciación del procedimiento de divorcio, separación o nulidad del matrimonio, e incluso en un momento anterior, debiendo constar en este último caso el acuerdo por escrito, fechado y firmado por ambas partes.

El primero de los casos, y aunque no se detalla con mayor rigor en la Propuesta de Reglamento, supone que una vez presentada la demanda referente al divorcio en virtud de cualquiera de los tribunales ofrecidos en el art. 3.1º RB II *bis*, podrán los cónyuges ponerse de acuerdo en que dicho tribunal se ocupe de la disolución o liquidación del régimen económico matrimonial.

²² C.V.M. Clarkson, “Matrimonial Property: the Proposed EU Regulation”, *Trusts & Trustees*, vol. 17, nº 9, 2011, pp. 847–848.

Sin embargo, los acuerdos de extensión de foro celebrados antes del procedimiento divorcio, esto es, concluidos incluso antes de que se conozca el tribunal competente de acuerdo con el RB II *bis* sí resultan algo más problemáticos.

Como punto de partida, cabe plantearse si dichos acuerdos permiten la elección de un concreto tribunal competente, o si sólo es posible una designación genérica que permita la concentración futura de ambos asuntos bajo un mismo tribunal. Lo lógico, sería descartar la posibilidad de elección de un determinado tribunal, porque la mayoría de foros recogidos en el art. 3.1º RB II *bis* giran en torno a la figura de demandante o demandado y al momento de presentación de la demanda de divorcio, algo que resulta, a priori, imposible de prever antes de que surjan las crisis matrimoniales. No existe, por tanto, encaje entre todos los foros del RB II *bis* y la posibilidad de designación concreta de un tribunal en materia de régimen económico matrimonial. Por otro lado, en aquellos foros que aparentemente sí permitirían elegir un concreto tribunal –*v.gr.*, la residencia habitual común de los cónyuges–, tampoco puede sostenerse dicha hipótesis, pues un cambio en las circunstancias personales de los cónyuges dejaría sin efecto el acuerdo anteriormente celebrado –*v.gr.*, que cambien de residencia habitual–. El siguiente escenario permite ejemplificar todas estas hipótesis:

Zuzana (checa) y Tomek (polaco) están casados y viven en España. Conscientes de los problemas a los que se enfrentan los matrimonios internacionales, les gustaría redactar un acuerdo matrimonial en el que se estipulara el tribunal competente en materia de régimen económico y el de un eventual divorcio, para lo que solicitan asesoramiento legal.

A la vista de las circunstancias de este matrimonio, el único tribunal que podrían elegir sería el español, por ser España el Estado Miembro en el que actualmente tienen su residencia habitual. Sin embargo, si en el futuro uno o ambos cónyuges trasladaran su residencia habitual a otro Estado Miembro, otros tribunales podrían resultar también competentes en virtud del art. 3.1º.a) RB II *bis*. Junto a ello, debe tenerse presente que los acuerdos de elección de foro en materia de divorcio no se encuentran contemplados en el referido Reglamento²³ y, por tanto, la única posibilidad para que ambos tribunales coincidieran sería realizar un acuerdo de elección genérico de foro en materia de régimen económico matrimonial estipulando que los tribunales que conozcan de tales casos serán los que previamente tengan competencia en materia de divorcio. Este tipo de acuerdos, aunque serían mutables por naturaleza, permitirían la concentración de ambos procedimientos bajo un mismo tribunal.

El art. 4.1º de la octava versión revisada del texto de la Propuesta asegura una mayor concentración de ambos procedimientos, al establecer una extensión au-

²³ B. Campuzano Díaz, *loc. cit.*, p.240.

tomática de los tribunales competentes en materia de divorcio en virtud de los cuatro primeros incisos del art. 3.1º.a) RB II *bis*. Por tanto, Zuzana y Tomek podrían asegurar que un único tribunal conociera de ambos asuntos si presentaran la demanda de divorcio ante cualquiera de esos cuatro tribunales. Por otro lado, los arts. 4.2º y 4.3º de dicha octava versión, ofrecen a las partes la oportunidad de realizar un acuerdo de extensión de competencia en aquellas situaciones en las que conozcan del divorcio algunos tribunales en virtud de los incisos cinco y seis del art. 3.1º.a) RB II *bis*, incluso antes de que el tribunal conozca del asunto. Del mismo modo que ocurría con la Propuesta de Reglamento, tal acuerdo será genérico por naturaleza, pues resulta impracticable calcular antes de las crisis matrimoniales cuál será el lugar de residencia habitual del demandante – sobre cuya figura giran los incisos cinco y seis del art. 3.1º.a) RB II *bis*–.

Por ello, el contenido de tales acuerdos, teniendo presente esta última versión, podría realizarse de dos maneras: incluyendo una cláusula que estableciera “cuando los tribunales competentes en materia de divorcio lo sean en virtud de los incisos cinco y seis del art. 3.1º.a) RB II *bis*, tales tribunales tendrá competencia para conocer de la demanda de régimen económico matrimonial, o, mejor aún, y aunque no resulte necesario porque para los primeros cuatro incisos del art. 3.1º.a) RB II *bis* la competencia ya se extiende automáticamente, indicando que “los tribunales competentes en materia de divorcio también lo serán para el régimen económico matrimonial”. Se aseguraría así pues la concentración, pero se mantiene el carácter impredecible de tales acuerdos, básicamente por la imposibilidad de realizar acuerdos de elección de foro en el RB II *bis*.

C) Competencia subsidiaria en casos conectados con divorcio

En ausencia de acuerdo entre los cónyuges en virtud del art. 4 de la Propuesta de Reglamento, y cuando ninguno de los órganos jurisdiccionales que figuran en el art. 5 resulte competente, habrá que estar al art. 6 de la Propuesta de Reglamento, que establece la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro donde están situados el bien o los bienes de los cónyuges para conocer sobre ese/esos determinados/s bien/es. Esta disposición es de contenido prácticamente idéntico al art. 10.2º del Reglamento de sucesiones –que se analizó en el apartado II.1.C)– y potencialmente puede causar algunos problemas en la práctica:

Juan Carlos (español) y Sofia (griega) están casados y viven en una casa que compraron en Portugal. Ambos trabajan como promotores inmobiliarios y poseen una importante cartera de bienes en Grecia, Francia y Chipre. Debido a problemas en el matrimonio, deciden separarse por un tiempo, volviendo Juan Carlos a España y trasladando Sofia su residencia habitual a EE UU para vivir con su hermano. Dado que no consiguen solventar sus problemas, Juan Carlos presenta demanda de divorcio ante los tribunales de su residencia habitual, España. Al tratarse de un Estado Miembro no conectado con sus

circunstancias personales, Sofia no acuerda extender la competencia a tales tribunales en materia de régimen económico matrimonial. ¿Qué tribunales conocerán del asunto?

En este supuesto resultaría de aplicación el art. 6 de la Propuesta de Reglamento, que supondría que los tribunales de Portugal, Grecia, Francia y Chipre serían competentes en relación con los bienes situados en sus Estados Miembros. Dado que el procedimiento de divorcio tendría lugar en España y los referentes al régimen económico matrimonial en cuatro Estados Miembros, el objetivo del legislador de la Unión Europea no se cumpliría. Tampoco resulta esta disposición, además, beneficiosa para las partes, al poderles causar inconvenientes prácticos y económicos derivados, por ejemplo, de necesitar asistencia y representación legal en cada una de esas jurisdicciones²⁴.

C) *Forum necessitatis* en casos conectados con divorcio

El art. 7 de la Propuesta de Reglamento contiene una disposición de *forum necessitatis* idéntica al art. 11 del Reglamento de sucesiones que se ha analizado con anterioridad (II.1.C) y, por tanto, los problemas prácticos serán los mismos. Así, imagínese que Juan Carlos y Sofia vivían en una casa alquilada en Portugal y que su cartera de bienes inmuebles la poseían en los Emiratos Árabes, para poderse beneficiar de ciertas ventajas fiscales. En este caso, si los tribunales de dicho Estado se declararan incompetentes, los tribunales de un Estado Miembro podrían entrar a conocer del asunto si demostraran tener una vinculación suficiente con el mismo. En este nuevo escenario, presumiblemente serían los tribunales españoles los que conocerían del asunto, aunque de nuevo, esto no es más que pura suposición.

III. La ley aplicable

Como se acaba de estudiar, la Propuesta de Reglamento únicamente se refiere a la idea de que un solo órgano sea competente para conocer de procedimientos estrechamente relacionados entre sí, sin embargo, en el presente epígrafe se analizará la posibilidad de que el mismo ordenamiento jurídico resulte aplicable a dichos procedimientos conexos. Interesa, pues, averiguar, si la ley aplicable en virtud de la Propuesta de Reglamento es la del mismo Estado a la que conduce la norma de conflicto reguladora de las crisis matrimoniales y de las sucesiones²⁵.

²⁴ Como puede observarse, las consecuencias serían idénticas a las establecidas en el apartado II.1.C).

²⁵ Habida cuenta de que el Reglamento de sucesiones admite u ordena el reenvío en determinadas situaciones (art. 34), esto vendría a complicar la solución del problema. Sin embargo, en el análisis que se llevará a cabo, no se preverán tales supuestos.

Los motivos que pueden justificar la conveniencia de la aplicación del Derecho del mismo Estado pueden ser esencialmente dos. El primero, relacionado con razones de economía procesal y celeridad del procedimiento, en el sentido de que, tanto si las partes deben probar el contenido o vigencia del Derecho extranjero, como si es el propio juez quien bajo su responsabilidad debe aplicarlo, resulta más conveniente indagar en único derecho que en varios. El segundo versa sobre el respeto a la estructura y sistematización lógica de las instituciones de cada sistema legal, es decir, cada ordenamiento jurídico, potencialmente, está llamado a ser aplicado en su conjunto por lo que respecta a las cuestiones de divorcio que, posteriormente supondrán la disolución del régimen económico matrimonial o, en relación con el Derecho regulador de las sucesiones, que necesitará de la previa disolución del régimen económico matrimonial para determinar los bienes del causante. Aunque resulta menos evidente en materia de crisis matrimoniales en sentido estricto, en el tema de las sucesiones, debe tenerse presente que si las reglas de los distintos sistemas legales son sacadas de su contexto, pueden conducir a situaciones de infra o supra compensación del cónyuge supérstite²⁶.

El análisis de la Propuesta de Reglamento, por lo que respecta a la ley aplicable, se realizará considerando, en primer lugar, la coordinación con los respectivos instrumentos en materia de divorcio y sucesiones en ausencia de elección de ley aplicable (1), seguido del examen de la interacción cuando se ha elegido el Derecho regulador (2)²⁷.

1. La ley aplicable a falta de elección

Caso de no haber elegido los cónyuges un determinado ordenamiento jurídico, la ley aplicable vendrá determinada a través de una serie de criterios de conexión (art. 17 de la Propuesta de Reglamento).

La primera de estas conexiones, la residencia habitual común de los cónyuges después del matrimonio, supone la prevalencia del criterio “conexión social” frente a la “conexión cultural”²⁸. Este primer criterio subsidiario es el mismo que en el RR III o en el Reglamento de sucesiones, dejando pues claro el legislador de la Unión Europea, que en materia de Derecho de familia y sucesiones, la resi-

²⁶ C.I. Nagy, “El Derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba”, *AEDIPr*, t. X, 2010, p.515.

²⁷ Del mismo modo que en el sector de la competencia judicial internacional, en este artículo no se analizarán todas las disposiciones referentes a la ley aplicable, tales como las leyes de policía (art. 22 Propuesta de Reglamento), el orden público del foro (art. 23 Propuesta de Reglamento), el reenvío (art. 24 Propuesta de Reglamento) y los ordenamientos plurilegislativos (art. 25 Propuesta de Reglamento).

²⁸ J. Carrascosa González, “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. análisis del art. 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, nº 1, 2012, p. 69.

dencia habitual es el criterio más vinculado para las parejas internacionales, siendo que en la mayoría de los casos es en ese lugar donde poseerán su domicilio, su trabajo o habrán nacido sus hijos, en definitiva, el lugar donde se supone que los cónyuges están perfectamente integrados²⁹. Si bien esta premisa no puede generalizarse, no debe olvidarse que aquellos cónyuges con un importante arraigo cultural, podrán designar la ley aplicable a su nacionalidad mediante el uso de la autonomía de la voluntad.

En ausencia de residencia habitual común después de celebrado el matrimonio, la Propuesta de Reglamento otorga a la ley del Estado de la nacionalidad común en el momento del matrimonio (art. 17.1º.b), la competencia para resolver los posibles conflictos surgidos en relación con el régimen económico matrimonial. La conexión de la nacionalidad, como señala la doctrina, es un criterio dotado de una alta estabilidad jurídica, que resulta fácil de identificar, y que permite mantener la identidad cultural de la persona, lo que resulta especialmente importante en una materia tan delicada como el Derecho de familia³⁰.

Como conexión de cierre, la Propuesta de Reglamento sugiere la ley del Estado con el que los cónyuges tengan los vínculos más estrechos, con especial consideración de la ley del lugar de celebración del matrimonio (art. 17.1º.c). La aplicación de esta conexión resultará altamente fortuita, reservada para el caso en que los cónyuges no hayan elegido la ley aplicable, no tengan residencia habitual común, y tengan distinta nacionalidad. Resulta curioso, en cualquier caso, que el criterio de conexión de cierre sea éste, y no la *lex fori*, como ocurre en el RR III³¹.

En los dos siguientes apartados se analizará si las conexiones subsidiarias de la Propuesta de Reglamento y los Reglamentos en materia de divorcio (A) y sucesiones (B) conducen a la aplicación del mismo ordenamiento jurídico.

²⁹ K.Kroll, "Unifications of Conflicts of Laws in Europe—Matrimonial Property Regimes", K. Boele-Woelki y T. Sverdrup (eds.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Amberes, Intersentia, 2008, p. 388; A. Rodríguez Benot, "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, 2009, p. 201.

³⁰ B. Campuzano Díaz, *loc. cit.*, p. 250; V. Gaertner, "European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): an Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments", *J. Priv. Int'l L.*, vol. 2, nº 1, 2006, p. 115 ss; J. Basedow, "Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne", *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 99, nº 3, 2010, pp. 427–456; J. Carrascosa, *loc. cit.*, pp. 76–84; A.L. Calvo Caravaca, "El 'Derecho internacional privado multicultural' y el revival de la ley personal", *Diario La Ley*, nº 7847, 2012, pp. 5–6.

³¹ B. Campuzano Díaz, *loc. cit.*, p. 252; A. Rodríguez Benot, "La armonización del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento marzo 2011", C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno (eds.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 566.

A) La ley aplicable a falta de elección en caso de divorcio

Cuando los cónyuges no han elegido la ley aplicable al divorcio, resulta de aplicación el art.8 RR III, que recoge una escalera de conexiones objetivas que determinan el Derecho regulador. Si se comparan las conexiones establecidas en la Propuesta de Reglamento con las del Reglamento sobre la ley aplicable al divorcio, se observará que la diferencia esencial estriba en el momento en que se encuentra fijado el punto de conexión. Así, *v.gr.*, mientras que las dos primeras conexiones del art. 17 de la Propuesta de Reglamento se encuentran fijadas, respectivamente, en el momento inmediatamente posterior al matrimonio y en el momento de celebración, las conexiones del art.8 RR III giran en torno al momento de interposición de la demanda de divorcio. El siguiente escenario refleja las potenciales consecuencias de dicha diferencia:

Oana y Tiago, un matrimonio rumano-portugués, están casados y viven en Portugal. Al cabo de unos años se trasladan a Luxemburgo. Los cónyuges viven allí durante siete años, momento en el que deciden presentar demanda de divorcio ante los tribunales luxemburgueses. Esta pareja no ha realizado ningún acuerdo de elección de ley aplicable al divorcio o al régimen económico matrimonial. ¿Qué ordenamiento jurídico resultará de aplicación?

En virtud del art. 8 RR III, la ley aplicable al divorcio será la ley de Luxemburgo, es decir, la ley del Estado de la residencia habitual común de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda. Sin embargo, en relación con el régimen económico matrimonial, la ley que resultará aplicable será la portuguesa, que es la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges después del matrimonio. Por tanto, si los cónyuges cambian su residencia habitual durante el matrimonio y no han acordado la ley aplicable al divorcio y al régimen económico matrimonial, podrían resultar de aplicación diferentes leyes. Además, en estas circunstancias se evidencia uno de los principales efectos negativos de la “congelación” de la ley aplicable en el momento inmediatamente posterior al matrimonio, como es el hecho de que resulte de aplicación una ley poco conectada con las circunstancias de los cónyuges.

B) La ley aplicable a falta de elección en caso de sucesión

Con carácter similar, pueden apreciarse igualmente diferencias entre la Propuesta de Reglamento y el Reglamento de sucesiones en cuanto al momento en que está fijado el punto de conexión. Así, el art. 21.1º de este último establece que la ley aplicable a la sucesión del causante será la ley del Estado en que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento. La discrepancia en cuanto a la determinación temporal de ambas leyes provoca problemas similares, como se observará a continuación:

Andrea, de nacionalidad chipriota y Petya, una mujer búlgara, están casados y viven juntos en Chipre. Transcurridos unos años, se trasladan a Bulgaria, donde Petya fallece. Los cónyuges no han elegido la ley aplicable al régimen económico matrimonial ni Petya la ley aplicable a la sucesión. ¿Qué ley se aplicará?

En el presente supuesto, la ley aplicable a la sucesión será la búlgara, por ser la ley del Estado Miembro donde residía el causante al tiempo del fallecimiento. Por lo que respecta al régimen económico matrimonial, resultará de aplicación el Derecho chipriota, al haber establecido los cónyuges su primera residencia habitual después del matrimonio en Chipre.

Una posible solución para mejorar la coordinación, no sólo con el Reglamento de sucesiones, sino también con el RR III, sería cambiar el momento en que se encuentra fijado el punto de conexión a un momento posterior, como podría ser el momento de presentación de la demanda en materia de régimen económico matrimonial (estableciendo así, por ejemplo, “la ley del Estado de la residencia habitual común de los cónyuges al tiempo de presentación de la demanda”). Sin embargo, esta alternativa puede provocar efectos negativos simultáneamente, derivados de la falta de seguridad jurídica que podrían padecer los propios cónyuges –hasta el momento de interposición de la demanda, y en ausencia de elección de ley, no sabrían qué ley rige su régimen económico matrimonial– o el eterno fenómeno de la carrera hacia los tribunales –no se evitarían las conductas fraudulentas de uno de los cónyuges que busca la aplicación de una ley beneficiosa para sí mismo, proponiendo a su cónyuge instalar su residencia en un lugar con una legislación claramente favorable–.

2. Elección de la ley aplicable

El art. 16 de la Propuesta de Reglamento recoge las tres leyes que pueden ser designadas por los cónyuges, a saber, la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges; la ley del Estado de residencia habitual de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección o la ley del Estado de la nacionalidad de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección.

El primer criterio de conexión, la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges, merece una particular mención. En primer lugar, a diferencia de los otros dos criterios, no se encuentra limitado temporalmente, por lo que, supuestamente, los cónyuges podrían elegir la ley de cualquier residencia habitual anterior, e incluso futura, y no sólo aquella que tengan en el momento de la elección. En segundo lugar, parece inapropiado el uso del término “común” pues la residencia habitual de los cónyuges, así redactado en plural, ya denota que es la común, siendo por tanto, redundante su utilización.

Este planteamiento resultaría coherente con el RR III, donde el art. 5.1º.a) establece como posible ley a designar “la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual...”, sin referencia alguna al término “común”³². Por otro lado, sería lógico que este apartado fuera eliminado, por encontrarse subsumido en el supuesto del apartado b), dado que si ambos cónyuges residen en el mismo lugar, ésta es a su vez la residencia habitual de cualquiera de ellos³³.

La desaparición del art. 16.a) de la Propuesta de Reglamento se ha confirmado en la Octava versión revisada del texto de la Propuesta, ofreciéndose, en definitiva, 4 leyes: ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de ellos en el momento de la elección.

Teniendo presente lo anterior, se estudiará en este epígrafe si los cónyuges, al poder elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial, pueden hacerla coincidir con la ley aplicable al divorcio (A) y la ley aplicable a la sucesión (B).

A) Acuerdos de elección de ley en caso de divorcio

Como se ha indicado al comienzo del presente epígrafe, la aplicación del mismo ordenamiento jurídico a los procedimientos de divorcio y régimen económico matrimonial puede facilitar y simplificar la labor de los operadores jurídicos y favorecer las expectativas de los propios cónyuges. Por ello, resultará pertinente analizar si los cónyuges, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden utilizar los instrumentos de la Unión Europea referentes al divorcio y al régimen económico matrimonial para elegir las mismas leyes.

De la comparación del contenido del art. 16 de la Propuesta de Reglamento con el art. 5 RR III, puede concluirse que el legislador ha optado por ofrecer leyes distintas en ambos instrumentos. Así, *v.gr.*, la Propuesta de Reglamento no permite elegir la ley del foro. Además el art. 5.2º RR III sólo posibilita, por lo que a ley de la residencia habitual respecta, la que tuvieran los cónyuges en el momento del acuerdo de elección de ley o la última que hubieran tenido, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento de realización del acuerdo. En este sentido, la Propuesta de Reglamento adopta un enfoque más flexible, permitiendo elegir la ley del Estado de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges en el momento del acuerdo. La disparidad de leyes ofrecidas tiene cierto impacto para aquellos matrimonios que, por cualquier razón viven separados, como ilustra el siguiente escenario:

³² Vid. report de B. Lurger de la Conferencia “Clearer Patrimonial Regimes for International Couples”, organizado por el Consejo de Notarios de la Unión Europea en Bruselas el 17 octubre 2011.

³³ I. Viarengo, *loc. cit.*, p. 210; A. Rodríguez Benot, “La armonización...”, *loc. cit.*, p. 564.

Claudia (alemana) y Diogo (portugués) están casados, pero por motivos laborales mantienen una relación a distancia. Claudia vive en su Alemania nativa, mientras que Diogo vive en Bélgica. Ambos cónyuges desearían realizar un acuerdo de elección de ley, tanto para el divorcio como para el régimen económico matrimonial. ¿Qué leyes pueden elegir?

De acuerdo con el art. 5.1º RR III en ausencia de residencia habitual común –tanto actual como pasada– los cónyuges sólo podrían elegir la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de ellos, esto es, la alemana o portuguesa, para las cuestiones relacionadas con el divorcio. En contraposición, el art.16 de la Propuesta de Reglamento ofrece una mayor flexibilidad, pues junto con la leyes alemana y portuguesa podrían elegir la ley belga –ley de la residencia habitual de Diogo–. La ausencia de coordinación de ambos texto significa que, si la pareja eligiera la ley belga en virtud de la Propuesta de Reglamento, tal ley no podría ser elegida en materia de divorcio. Así, si los cónyuges estuvieran interesados en que la misma ley se aplicara a ambas causas, no podrían beneficiarse plenamente del conjunto de leyes que ofrece la Propuesta de Reglamento. Por ello, quizás no sería descabellado que se considerara la posibilidad de que el RR III ofreciera también la ley de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges en el momento de celebración del acuerdo, en aras de remediar la asimetría a la que se hace mención³⁴.

Por último, resulta necesario además destacar que los requisitos formales del acuerdo de elección de ley aplicable al divorcio (art. 7 RR III) y los de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial (art.19 de la Propuesta de Reglamento) y elección de ley aplicable al contrato de matrimonio (art. 20 de la Propuesta de Reglamento) si bien son iguales en cuanto a sus requisitos mínimos de acto escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges, no lo son en cuanto a las condiciones formales de “máximos”. Así, los arts. 19.3º y 20.3º de la Propuesta de Reglamento parecen no prever el supuesto de que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en distintos Estados –miembros de la Unión Europea o no–, pues únicamente regulan el supuesto de condiciones formales suplementarias impuestas por el Estado miembro en que ambos cónyuges tengan su residencia habitual. Resulta ilógico pensar que sea intención del legislador imponer requisitos formales más gravosos para aquellos cónyuges que residen en el mismo lugar, y no para el resto, por lo que se espera que, o bien se elimine esta disposición sobre condiciones formales suplementarias, o bien se regulen los supuestos

³⁴ Parece más sencillo, empero, eliminar la conexión residencia habitual de cualquiera de los cónyuges en el momento de celebración del acuerdo de la Propuesta de Reglamento –texto todavía en formación–, que modificar el RR III ya definitivo–, aunque ello se antoja improbable por el carácter protagonista que la autonomía de la voluntad viene adquiriendo.

en que los cónyuges residan en distintos lugares³⁵. De hecho, ésta es la solución establecida en el RR III, cuyos arts. 7.3º y 7.4º se refieren al establecimiento de requisitos formales diferentes cuando los cónyuges tengan su residencia habitual en distintos Estados Miembros o sólo uno de ellos tenga su residencia habitual en un Estado Miembro. En este sentido, la octava versión revisada del texto de la Propuesta ya incorpora esta modificación.

B) Acuerdos de elección de ley en caso de sucesiones

A simple vista, el amplio abanico de leyes ofrecidas en la Propuesta de Reglamento debería poder hacer coincidir la ley aplicable al régimen económico con la ley aplicable a la sucesión. Sin embargo, el enfoque de ambos instrumentos es ligeramente distinto, provocando un curioso impacto en aquellos matrimonios que deciden modificar su residencia habitual a lo largo de su vida:

Ionna y Mihail, de nacionalidades griega y búlgara respectivamente, están casados y viven en Austria. Esta pareja ha realizado un acuerdo de elección de ley a favor de la ley austríaca, ley de su residencia habitual común, en virtud del art. 16 a) de la Propuesta de Reglamento. Ambos estarían interesados en elegir igualmente la ley austríaca para regir su sucesión.

Conforme al art. 21.1º del Reglamento de sucesiones, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión sería la ley del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento. Por tanto, si la pareja continuara viviendo en Austria hasta que fallecieran, el Derecho austríaco se aplicaría tanto para la sucesión como para el régimen económico matrimonial. Sin embargo, si trasladaran definitivamente su residencia habitual a otro Estado Miembro, el Derecho austríaco ya no se aplicaría para regir las sucesiones, pero sí continuaría aplicándose para las cuestiones de régimen económico matrimonial, en virtud del acuerdo previamente realizado. Ambos Derechos ya no se encontrarían pues alineados y la única forma de hacer coincidir ambas leyes sería realizar un nuevo acuerdo en materia de régimen económico matrimonial eligiendo la ley de la nueva residencia habitual común.

En este sentido, la actual interacción entre la Propuesta de Reglamento y el Reglamento de sucesiones parece favorecer a ciertos matrimonios internacionales frente a otros. Así, si en el ejemplo anterior se supusiera que los dos cónyuges tienen nacionalidad griega, ambos podrían realizar una *optio iuris* en favor de la ley de la nacionalidad de acuerdo con el art. 21.1º del Reglamento de sucesiones y elegir igualmente la ley de su nacionalidad en virtud del art. 16.c) de la

³⁵ B. Campuzano Díaz, *loc. cit.*, p. 248: "...improved coordination would be desirable if the legislative policy is to favour that spouses could choose the applicable law to the divorce and the matrimonial property regime in a single act".

Propuesta de Reglamento. De este modo, este matrimonio podría asegurar la aplicación del Derecho griego en ambos procedimientos, sin necesidad de realizar futuras modificaciones de los acuerdos de ley aplicable, y con independencia del lugar donde trasladaran su residencia habitual en el futuro. Por ello, en cierta manera, los cónyuges que ostentan una nacionalidad común parecen gozar de una mayor seguridad jurídica para organizar su régimen económico matrimonial en relación con las sucesiones de aquellas parejas con distintas nacionalidades.

De hecho, dichos matrimonios con nacionalidades “mixtas” pueden verse dificultados también para hacer coincidir ambas leyes en aquellos casos en que además tienen distintas residencias habituales:

Henrik (sueco) y Ania (polaca), están casados y viven en Suecia. En virtud del art. 16.c) de la Propuesta de Reglamento han elegido la ley sueca como ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Al cabo de uno años, Ania cae gravemente enferma y decide volver a Polonia para ser cuidada por sus familiares, mientras que Henrik continúa trabajando en Suecia. Tras varios años viviendo en Polonia, y teniendo presente la gravedad de su enfermedad, Ania desea otorgar testamento. Por razones de conveniencia, estaría interesada en que fuera la ley sueca la aplicable a su sucesión.

Según los arts. 21 y 22 del Reglamento de sucesiones, caben dos posibilidades en relación con la ley aplicable: que se aplique la ley de la residencia habitual del causante al tiempo del fallecimiento o la ley de su nacionalidad en dicho momento, bajo previa elección. Si se asumiera que Ania se instala definitivamente hasta su muerte en Polonia, Estado Miembro de su residencia habitual y a la vez de su nacionalidad, únicamente la ley polaca podría resultar aplicable a la sucesión. Por tanto, en estas circunstancias, no sería posible hacer coincidir la ley que se aplica a la sucesión con la ley que los cónyuges habían elegido para regir su régimen económico matrimonial.

Una posible solución para mitigar este efecto sería cambiar previamente la ley aplicable al régimen económico matrimonial eligiendo la ley polaca, ley de la nacionalidad de Ania (art.16.c) de la Propuesta de Reglamento). Sin embargo, esto supondría que en caso de fallecimiento de Ania, a Henrik se le aplicaría, en relación con el régimen económico matrimonial, una ley poco conectada con sus circunstancias personales. Como alternativa fáctica, podría sugerirse también que Ania trasladara de nuevo su residencia habitual a Suecia. Sin embargo, ello se antoja improbable a la vista de las circunstancias personales que precisamente le hicieron irse a vivir a Polonia.

Por todo lo anterior, se ha llegado a sugerir que en el Reglamento de sucesiones debería ofrecerse la posibilidad de elegir la ley del régimen económico ma-

trimonial, pues de este modo, todos los matrimonios internacionales podrían hacer llegar a coincidir ambos ordenamientos jurídicos³⁶.

IV. Consideraciones finales

La Propuesta de texto unificado sobre régimen económico matrimonial, con ya tres años de antigüedad, está llamado a ser, a la mayor brevedad, el último instrumento del proceso de europeización del Derecho internacional privado de familia y sucesiones. Dicho Reglamento, que contendrá disposiciones referentes a los tres sectores del Derecho internacional privado, deberá “convivir” pacíficamente con los RB II *bis*, RR III y Reglamento sobre sucesiones, referentes a materia conexas con el régimen económico matrimonial. En el presente artículo se ha efectuado un análisis sobre la interacción de dichos instrumentos en sede de competencia judicial internacional y ley aplicable para poner de relieve, precisamente, que, en algunos supuestos, la interacción podría dificultar la necesidad de certeza legal y utilidad que demandan este tipo de matrimonios.

En el sector de la competencia judicial internacional, la relación entre los procedimientos de régimen económico matrimonial y sucesiones, pone de manifiesto la –en ocasiones, desmedida– influencia que los herederos pueden tener para elegir el tribunal competente de ambas cuestiones cuando el causante ha elegido la ley de su nacionalidad. Paralelamente, la remisión general de la Propuesta de Reglamento al Reglamento sobre sucesiones, permite vislumbrar los problemas de falta de certeza legal y previsibilidad que la aplicación de las disposiciones sobre competencia subsidiaria y *forum necessitatis* pueden causar. Por otro lado, la relación entre la Propuesta de Reglamento y el Reglamento Bruselas II *bis*, tampoco está exenta de polémica, en especial por la imposibilidad de concentración de asuntos bajo un mismo tribunal cuando del divorcio conozcan los tribunales del art. 3.1º.a) incisos cinco y seis del RB II *bis* y también por el impedimento que supone el no poder realizar acuerdos previos de elección de foro en materia de divorcio.

En cuanto al análisis efectuado sobre el ordenamiento regulador de tales situaciones se ha constatado como, en ausencia de autonomía de la voluntad, la fijación del punto de conexión de la ley aplicable al régimen económico en el momento de residencia habitual inmediatamente posterior al matrimonio dificulta la conveniencia de que el Derecho de un mismo Estado regule ambas cuestiones, pues las conexiones subsidiarias de los Reglamentos sobre sucesiones –residencia habitual al tiempo de fallecimiento– y divorcio –residencia habitual en el momento de presentación de la demanda– se encuentran congeladas

³⁶ A. Bonomi, *loc. cit.*, p. 230.

en virtud de otras circunstancias. Pese a que estos problemas pueden ser mitigados si se elige la ley aplicable, se ha demostrado también como la mayor autonomía de la voluntad que ofrece la Propuesta de Reglamento en comparación con el RR III, obstruye a que algunos matrimonios no puedan elegir las mismas leyes. Además, en relación con el fenómeno sucesorio, los ejemplos utilizados han evidenciado como los matrimonios cuyos cónyuges gozan de la misma nacionalidad pueden hacer coincidir la ley aplicable al régimen económico matrimonial y a la sucesiones de modo más estable y seguro que otros matrimonios.

La octava versión revisada del texto de la Propuesta –a la que se hace mención en el artículo– ha solventado ya algunas de las asimetrías descritas, aunque no todas. En este sentido, la mayoría de los problemas descritos responden a la elaboración en distintos momentos del tiempo de todos los Reglamentos. Sin ir más lejos, la “diferencia de edad” entre el futuro Reglamento de régimen económico matrimonial y el RB II *bis* ya es de diez años. Por todo ello, algunos de los ejemplos descritos parecen evidenciar, también, la necesaria revisión y actualización de los ya existentes instrumentos. Sin embargo, no debe perderse de vista que, quizás, el objetivo último –reducir la incertidumbre e inseguridad jurídica a la que se enfrentan las “familias internacionales”– podría conseguirse, de modo estable y duradero, mediante la creación de un instrumento unificado de DIPr de familia y sucesiones. La aparición de esta “vacuna” sería casi definitiva y alejaría, en gran parte, los problemas derivados de la (des) coordinación.

Bibliografía

- Basedow, J.: “Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l’Union européenne”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 99, nº 3, 2010, pp. 427–456.
- Boele–Woelki, K.: *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, Leiden, Nijhoff, 2010.
- Boele–Woelki, K.: “Cross–border Family Relations in Europe: Towards a Common European Matrimonial Property Law Based upon Cooperation between Private International law and Substantive Law”, A.L.M. Keirse y M.B.M. Loos (eds.), *Alternative Ways to ius commune. The Europeanisation of Private Law*, Amberes / Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 34 ss.
- Bonomi, A.: “The Interaction Among the Future EU Instruments on Matrimonial Property Registered Partnerships and Successions”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 13, 2011, pp. 218 ss.
- Calvo Caravaca, A.L.: “El ‘Derecho internacional privado multicultural’ y el revival de la ley personal”, *Diario La Ley*, nº 7847, 2012, pp. 5–6.
- Carlier, J.Y.: “Estatuto personal y multiculturalidad: el papel de la autonomía de la voluntad”, A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad*, Madrid, Colex, 2002, pp. 27 ss.
- Carrascosa González, J.: “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. análisis del art. 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, nº 1, 2012, p. 69.

- Clarkson, C.V.M.: "Matrimonial Property: the Proposed EU Regulation", *Trusts & Trustees*, vol. 17, nº 9, 2011, pp. 847 ss.
- Gaertner, V.: "European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): an Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments", *J. Priv. Int'l L.*, vol. 2, nº 1, 2006, p. 115 ss.
- Gómez Campello, E.: *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Madrid, Reus, 2008.
- González Beilfuss, C.: "Relaciones entre derecho comunitario, derecho internacional privado y derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común", *AEDIPr*, t. IV, , 2007, pp. 127 ss.
- Jäntrå Jareborg, M.: "Unification of International Family Law in Europe – A critical perspective", K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Ambers, Intersentia, 2003, pp. 195 ss.
- Kroll, K.: "Unifications of Conflicts of Laws in Europe–Matrimonial Property Regimes", K. Boele-Woelki y T. Sverdrup (eds.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Ambers, Intersentia, 2008, pp. 388 ss.
- Martiny, D.: "Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften", *IPRax*, nº 5, 2011, pp. 437–457.
- Martiny, D.: "Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?", A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink y E.H. Hondius (eds.), *Towards a European civil code*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 4ª ed., 2011, pp. 436 ss.
- Mota, H.: "El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la propuesta de Reglamento Roma IV: algunos problemas y omisiones", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 428–447.
- Nagy, C.I.: "El Derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba", *AEDIPr*, t. X, 2010, p. 515.
- Pintens, W.: "Europeanisation of Family Law", K. Boele-Woelki (ed.), K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Ambers, Intersentia, 2003, p. 22 ss.
- Rodríguez Benot, A.: "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, 2009, p. 201 ss.
- Rodríguez Benot, A.: "La armonización del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento marzo 2011", C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno (eds.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 566 ss.
- Rodríguez Benot, A.: "Los Reglamentos de la UE en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes", E.M. Vázquez Gómez, M.D. Adam Muñoz y N. Cornago Prieto (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 583–591.
- Sánchez Jiménez, M.A.: *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y ley aplicable)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson–Reuters–Aranzadi, 2013.
- Tenreiro, M. y M. Ekström: "Unification of Private International Law in Family Matters within the European Union", K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Ambers, Intersentia, 2003, pp. 186 ss.
- Tomasi, L., C. Ricci, y S. Bariatti: "Characterization in Family Matters for Purposes of European Private International Law", J. Meeusen, G. Straetmans, M. Pertegás y F. Swennen (eds.), *International Family Law for the European Union*, Ambers, Intersentia, 2007, pp. 341 ss.

- Viarengo, I.: "The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes", *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 13, 2011, p. 201; B. Campuzano Díaz, "The Coordination of the EU Regulations on Divorce and Matrimonial Property", *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 13, 2011, pp. 237 ss.

VARIA

LOS GRUPOS DE EMPRESAS INSOLVENTES EN LA PROPUESTA QUE MODIFICA DEL REGLAMENTO (CE) Nº 1346/2000

Giulia VALLAR *

SUMARIO: I. El *statu quo*. II. Las nuevas reglas de la propuesta. III. Algunas consideraciones sobre las normas propuestas.

RESUMEN: La propuesta de la Comisión Europea de Reglamento por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia contiene, *inter alia*, una serie de disposiciones relativas a la insolvencia de los grupos de empresas, que faltan en la versión actual. La propuesta que nos ocupa hace suyo el enfoque llamado *separate entity*, construido sobre la experiencia de coordinación entre los síndicos de procedimientos principales y secundarios en el marco del Reglamento actual. Se recomienda tres formas de cooperación y de comunicación: entre tribunales, entre síndicos y entre tribunales y síndicos (arts. 42 *bis* – 42 *quater*). Por otra parte, el art. 42 *quinquies* atribuye a los síndicos nombrados algunos poderes en relación con los procedimientos abiertos con respecto a las demás empresas del grupo y se ocupa de la suspensión de dichos procedimientos. El Parlamento Europeo aprobó el texto en primera lectura proponiendo, sin embargo, algunas enmiendas, entre las cuales merece especial atención la que introduce un “procedimiento de coordinación del grupo” (arts. 42 *quinquies bis* – 42 *quinquies septies*). El presente comentario, tras recordar brevemente cómo la insolvencia de los grupos de empresas se ha tratado en virtud de la normativa vigente, analiza las normas pertinentes de la propuesta y luego las comenta, considerando ciertas cuestiones fundamentales.

PALABRAS CLAVE: REGLAMENTO (CE) Nº 1346/2000 – MODIFICACIÓN – QUIEBRA DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS – UNIVERSALIDAD LIMITADA – COMUNICACIÓN Y COOPERACIÓN ENTRE TRIBUNALES Y SÍNDICOS – COORDINACIÓN DE PROCEDIMIENTOS.

ABSTRACT: The European Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No. 1346/2000 on insolvency proceedings contains, *inter alia*, a number of provisions regarding insolvency of groups of companies which are on the contrary lacking in the current version of the regulation. The Proposal at hand endorses the so called “*separate entity approach*”, built upon the experience of coordination between liquidators of main and secondary proceedings under the current Regulation. It recommends three forms of cooperation and communication: between courts, between liquidators and between courts and liquidators (Articles 42a – 42c). Moreover, Article 42d attributes to the appointed liquidators some powers in relation to the proceedings opened with respect to the other companies of the group and deals with the stay of proceed-

* Doctora en Derecho internacional. Università degli Studi di Milano – Italia.

ings. The European Parliament, approving the text in first reading, proposed some amendments, among which deserves particular attention the introduction of a “group coordination proceedings” (Articles 42d a – 42d f). The present paper, after briefly recalling how insolvency of groups of companies have been dealt with under the current regulation, analyzes the relevant norms of the proposal and then comments on them, touching upon certain critical issues.

KEYWORDS: REGULATION (EC) NO. 1346/2000 – AMENDMENT – INSOLVENCY OF GROUPS OF COMPANIES – MODIFIED UNIVERSALITY – COOPERATION AND COMMUNICATION BETWEEN COURTS AND LIQUIDATORS – COORDINATION OF PROCEEDINGS.

I. El *statu quo*

El 12 diciembre 2012, la Comisión Europea presentó al Parlamento Europeo y al Consejo una propuesta de Reglamento que modifica el Reglamento (CE) n° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia¹. Esta propuesta, que ahora está siendo analizada por el Consejo, fue aprobada por el Parlamento Europeo en primera lectura con algunas enmiendas², sobre las cuales la Comisión ha adoptado una posición de compromiso parcial³.

Entre los muchos cambios introducidos, importan en este contexto, en particular, los que introducen una disciplina sobre la quiebra de los grupos de empresas. Es sabido que la versión actual del Reglamento carece de una disciplina de este tipo⁴ y por lo tanto, en el caso de que se verifique una insolvencia de un grupo de empresas establecidas en diferentes Estados miembros, es preciso abrir muchos procesos en cada uno de los Estados involucrados, en relación con cada empresa afectada, sin que, en principio, el Reglamento exija coordinar de ninguna manera los varios casos abiertos o de tenerlos en alguna cuenta. De hecho,

¹ Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, COM (2012) 744, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-regulation_es.pdf. (todos los sitios web fueron visitados el 14.4.2014). Este artículo es una versión actualizada y más amplia de la presentación realizada en París el 26 septiembre 2013 en el *INSOL Europe Academic Forum*, cuyos actas están en curso de publicación. El autor agradece a Edwin Coe LLP la beca de viaje recibida para la presentación del *paper* en París.

² Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 5 febrero 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia (COM(2012)0744 – C7-0413/2012 – 2012/0360(COD)), disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0093+0+DOC+XML+V0//ES>. En este comentario se tendrá en cuenta el texto propuesto por la Comisión, mientras entre los cambios introducidos por el Parlamento Europeo, se considerarán sólo los más importantes, en nuestra opinión, omitiendo otros más formales (entre los últimos, por ejemplo, el que sustituye el término “síndico” por “representante de insolvencia”).

³ Para nuevos acontecimientos cf. el sitio: http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?C L=es &DosId=202244.

⁴ Cf. el párr. 76 de Virgós – Schmit, *Report on the Convention on insolvency proceedings*, Bruxelles, 3 maggio 1996, disponible en: http://globalinsolvency.com/sites/globalinsolvency.com/files/insolvency_report.pdf.

los casos ocurridos ponen de manifiesto el intento de algunos tribunales nacionales de eludir las disposiciones específicas del Reglamento.

Uno de los caminos explorados fue el de abrir un solo procedimiento en relación con todas las empresas del grupo⁵, justificando esta solución en el hecho de que el COMI de cada una de ellas se encontraba en el Estado de la empresa matriz. A esta conclusión se llegaba a través de diversas consideraciones de hecho, analizando los elementos relevantes: en primer lugar la situación por la cual las decisiones empresariales relacionadas con las filiales fueron tomadas por la empresa matriz⁶ y después, de varios modos, los procedimientos de nombramiento de los administradores, de auditoría, de la aprobación de los contratos etc... Los primeros en moverse en esta dirección fueron los tribunales ingleses, seguidos por los de otros Estados. Por lo general, se recuerdan *inter alia* los casos *Enron Directo*⁷, *Brac Rent-A-Car International*⁸, *Daisytek*⁹, *Crisscross Telecommunications Group*¹⁰, *Ci4Net*¹¹, *Parmalat Hungaria* y *Parmalat Slovakia*¹², *Hettlage*¹³, *AIM Underwriting*¹⁴, *Rover*¹⁵, *Parmalat*¹⁶ e *EMTEC* (también conocido como *EMPOTEC*)¹⁷, *Energotech*¹⁸, *Cirio del Monte*¹⁹ y *Collins & Aikman*²⁰. Este en-

⁵ Enfoque llamado de la “*procedural consolidation*”: cf. v.gr., “Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups’ Insolvencies”, *European Company and Financial L. Rev.*, 2, 2008, pp. 213–236, esp. p. 218.

⁶ Esta es la que se llama “*mind of management theory*”; cf. S. Bariatti, “L’applicazione del Regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2005, pp. 673–700, esp. p. 681.

⁷ *English High Court, Chancery Division*, 4 julio 2002, no publicado (*abstract* disponible en el sitio <http://www.insolvencycases.eu/index>).

⁸ *English High Court, Chancery Division*, 7 febrero 2003, [2003] EWHC (Ch) 128.

⁹ *High Court of Justice of Leeds*, 16 mayo 2003, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2004, pp. 774 ss.

¹⁰ *English High Court, Chancery Division*, 20 mayo 2003, no publicado (*abstract* disponible en el sitio <http://www.insolvencycases.eu/index>).

¹¹ *English High Court, Chancery Division*, 20 mayo 2004, [2004] EWHC 1941 (Ch).

¹² Tribunal municipal de Fejer, 14 junio 2004, cf. M. Raimon, “Centre des intérêts principaux et coordination des procédures dans la jurisprudence européenne sur le règlement relatif aux procédures d’insolvabilité”, *Journ. dr. int.*, 2005, pp. 739–762, esp. p. 752.

¹³ *Amtsgericht München*, 4 mayo 2004, AG München v. 5.4.2004 – 1501 IE 1276/04, NZI 2004, 450. Pero el 11 mayo 2004 el Tribunal de Innsbruck abre un procedimiento secundario en relación con la sociedad situada en Austria (*Landesgericht Innsbruck* 11 May 2004, 9 S 15/04m).

¹⁴ *English High Court, Chancery Division*, 2 julio 2004, *International Litigation Procedure*, 2005, pp. 254 ss.

¹⁵ *English High Court, Chancery Division*, 18 abril 2005, no publicado (*abstract* disponible en el sitio <http://www.insolvencycases.eu/index>).

¹⁶ *Tribunale di Parma*, 4 y 20 febrero 2004, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2004, pp. 693 ss.

¹⁷ *Tribunal de Commerce de Nanterre*, 15 febrero 2006, [2006] BCC 681. También en este caso se abrieron procedimientos secundarios.

¹⁸ *Tribunal de Grande Instance de Lure*, 29 marzo 2006, no publicada (*abstract* disponible en el sitio <http://www.insolvencycases.eu/index>).

¹⁹ *Tribunale di Roma*, 14 agosto 2003 y 26 noviembre 2003, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2004, pp. 685 ss. y pp. 691 ss.

foque se extendió hasta el punto que incluso el Ministro de Justicia francés emitió una comunicación ministerial según la cual:

“[r]etenir systématiquement que le centre principal des intérêts d'une société filiale serait le lieu où est établie sa société mère serait un détournement du texte communautaire”²¹.

Esta solución, aunque tenga ciertas ventajas desde el punto de vista económico y la posibilidad que una reorganización salga bien²², fue criticada por varias razones, entre las cuales: i) porque no protegía las legítimas expectativas de los acreedores, que no habían considerado la posibilidad de que la insolvencia de una subsidiaria hubiera sido regida por la legislación del Estado de constitución de la empresa matriz, en particular en relación con la eventualidad de que esta estableciese un orden diferente de la satisfacción de los acreedores; ii) porque es demasiado simplista²³; iii) porque se deberían aplicar los arts 5. y 7 del Reglamento, aumentaría el número de los procedimientos de ejecución, y la posibilidad de *forum y law shopping*²⁴; iv) porque funcionaría sólo con los grupos altamente integrados en los cuales el COMI está verdaderamente en un sólo Estado²⁵; v) porque sería contrario a los principios de Derecho comercial²⁶; vi) porque contrastaría con la presunción según la cual el COMI está situado en el Estado de la sede social, teniendo en cuenta que en los instrumentos comunitarios las presunciones son generalmente bastante fuertes²⁷.

²⁰ *English High Court, Chancery Division*, 15 julio 2005, [2005] EWHC 1754 (Ch). Debe señalarse la particularidad de que el COMI fue localizado en Inglaterra, aunque la sede de la empresa matriz estaba en otro Estado.

²¹ *Rép. min.* n. 40288: *Joan Q*, 3 agosto 2004, p. 6104.

²² *Cf.*, v.gr., M. Menjucq y R. Dammann, “Regulation No 1346/2000 on Insolvency Proceedings: Facing the Companies Group Phenomenon”, *Bus. L. Int'l*, 2008; M. Fabiani, “Gruppi d'impresa ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria”, *Int'l Lis*, 2004, pp.95–99, p. 99. En favor de esta solución *cf.* también G. Moss y C. Paulus, “Coordination of multinational corporate group insolvencies: solving the COMI issue”, *Proceedings of the Thenth Annual Insolvency Conference*, 7–8 junio 2010 los cuales sugieren que, en el caso de que estén abiertos procedimientos principales en los Estados de las filiales, estos se podrían convertir en procedimientos secundarios. En este sentido *cf.* también M. Menjucq y R. Dammann, *loc. cit.* Según Fabiani, esta solución sólo se puede adoptar si el COMI de toda las empresas esta en realidad en un solo Estado.

²³ M. V. Benedettelli, “Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2004, pp. 499–530, esp. pp. 513 ss.

²⁴ M. Menjucq y R. Dammann, *loc. cit.*

²⁵ R. van Galen, “The European Insolvency Regulation and Groups of Companies”, *paper* presentado en el *INSOL Europe Annual Congress*, Cork, Irlanda, 16 –18 octubre 2003, disponible en el sitio: www.insol-europe.org.

²⁶ H. Hirte, *loc. cit.*, p. 222.

²⁷ S. Bariatti, *loc. cit.*, p. 682.

Intervino también el Tribunal de Justicia, a petición de la *Supreme Court* irlandesa, bajo el escándalo *Parmalat*, para limitar esta posibilidad, con la conocida sentencia *Eurofood*, afirmando que

“... en el marco del sistema de determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que establece el Reglamento, existe una competencia jurisdiccional propia para cada deudor que constituya una entidad jurídicamente distinta”²⁸;

concretada por el art. 3.1º del Reglamento en los tribunales del Estado miembro (EM) en el cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor, o sea, de conformidad con el decimotercero considerando, el lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, en consecuencia, pueda ser averiguado por terceros y que, por las sociedades, se presume establecido *iuris tantum* en favor del domicilio social. Esta presunción, sigue el Tribunal, “sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social”²⁹ pero, “cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio del EM en el que tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus

²⁸ TJCE, 2 mayo 2006, as. C-341/04: *Eurofood IFSC Ltd*, párr. 30. Sobre este asunto *vid.*, *inter alia*, J.-P. Rémy, “L’application à une filiale du règlement communautaire relatif aux procédures d’insolvabilité”, *Rev. soc.*, 2006, pp. 371-381; A. Lienhard, “Centre des intérêts principaux d’une filiale étrangère d’un groupe”, *Recueil Le Dalloz*, 2006, *Act. Jur.*, pp. 1286-1287; T. Bachner, “The Battle over Jurisdiction in European Insolvency Law”, *European Company and Financial L. Rev.*, 2006, vol. 3 n° 3 pp. 310-329; R. Dammann, “L’application du règlement CE n° 1346-2000 après les arrêts Staubitz-Schreiber et Eurofood de la CJCE”, *Recueil Dalloz*, 2006, *Jur.* pp.1752-1760; A.J. Berends, “The Eurofood Case: One Company, Two Main Insolvency Proceedings: Which One is the Real One?”, *Netherl. Int’l L. Rev.*, 2006, pp. 331-361; L. Baccaglini, “Il caso Eurofood: giurisdizione e litispendenza nell’insolvenza transfrontaliera”, *Il Corriere giuridico*, 2006, pp. 123-129; J. Armour, “European Cross-Border Insolvencies: The Race goes to the Swiftest?”, *The Cambridge L.J.*, 2006 pp. 505-507; E. Fabries, “Droit international et européen. Groupes de sociétés et procédure d’insolvabilité”, *La Semaine juridique – édition générale*, 2006, I, 157, pp. 1392-1393; M.M. Winkler, “Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la Corte di giustizia si pronuncia sul caso Eurofood”, *Int’l Lis*, 2006-07, pp. 15-20; S. Bariatti, “Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood”, *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 203-219; L. Fumagalli, “Apertura della procedura principale, competenza giurisdizionale e riconoscimento della decisione”, *Giurisp. comm.*, 2007, pp. 324-338; L. García Gutiérrez, “Eurofood IFSC Ltd: una nueva decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en torno al Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, pp. 125-143; C. Seraglini, “L’ordre public et la faillite internationale: une première application dans le cadre de l’affaire Eurofood”, *Faillite internationale et conflits de juridictions : regards croisés transatlantiques = Cross-border insolvency and conflict of jurisdictions: a US-EU experience*, Bruselas, Bruylant, 2007, pp. 171-196; F.M. Mucciarelli, “Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi”, *Giurisp. comm.*, 2008, I pp. 1224-1233; G. Khairallah, The “Centre of the Debtor’s Main Interests”: Comments on the Eurofood Judgment of the ECJ”, *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law*, vol. 11, 2009, pp. 111-122.

²⁹ STJCE 2 mayo 2006, as. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, párr. 34.

decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro EM no basta para desvirtuar la presunción prevista en el Reglamento³⁰. Estos principios fueron retomados en el caso *Interedil*³¹. También después de la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Eurofood*, la jurisprudencia de que se ha dicho siguió sustancialmente inalterada, con los famosos casos *Eurotunnel*³², *Henzo*³³, *Lennox*³⁴, *Kartogroup*³⁵.

Una segunda táctica, con resultados satisfactorios, consistía en el establecimiento de una colaboración entre los síndicos designados por distintos tribunales o en el nombramiento de un mismo síndico en todos los procedimientos abiertos o de síndicos que anteriormente habían trabajado juntos en otros casos³⁶. La normativa actualmente en vigor, por lo tanto, le permite gestionar de forma eficaz la quiebra de sólo aquellos grupos que están muy integrados, cuyas filiales tienen el COMI en el Estado de residencia de la empresa matriz. De menos fácil

³⁰ STJCE, 2 mayo 2006, as. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, párr. 36.

³¹ STJCE 20 octubre 2011, as. C-396/09, *Interedil Srl c. Fallimento Interedil Srl e Intesa Gestione Crediti Spa*, párrs. 45 ss. Sobre el caso *Interedil* cf., *inter alia*, A. Leandro, "Fallimento: sul centro di interessi della società individuazione legata al punto di vista dei terzi", *Guida al Diritto*, 2011, n° 45, pp.94-96; T. Biermeyer, "Court guidance as to the COMI concept in cross-border insolvency proceedings", *Maastricht J. Eur. Comp. L.*, 2011, pp. 581-587; T. Mastrullo, "Critères et date d'appréciation du centre des intérêts principaux : les précisions de l'arrêt Interedil Srl", *Rev. soc.*, 2012, pp. 120-122; L. Panzani, "La nozione di COMI nella disciplina comunitaria dell'insolvenza transfrontaliera: i casi Interedil e Rastelli", *Int'l Lis*, 2012, pp. 32-39; A. Leandro, "Trasferimento di sede e determinazione del COMI", *Riv. dir. societario*, 2012, II pp. 77-83; F.M. Mucciarelli, "Da Monopoli a Londra, passando dal Lussemburgo: appunti sull'emigrazione delle società italiane", *Giurisp. comm.*, 2012, II, pp. 583-591; C. Honorati, "Higher Courts, Lower Courts and Preliminary Ruling: a Lesson from Interedil", *Int'l Lis*, 2012, pp. 134-141; F. Jault-Seseke - D. Robine, "Procédure d'insolvabilité : critères et date d'appréciation du centre des intérêts principaux du débiteur", *Rev. crit. dr. in t. pr.*, 2012, pp. 189-208; F. M. Mucciarelli, "The Hidden Voyage of a Dying Italian Company, from the Mediterranean Sea to Albion", *European Company and Financial L. Rev.*, 2012, vol. 9, n° 4, pp. 571-579.

³² *Tribunal de Commerce* de París, 15 enero 2007, (abstract disponible en el sitio <http://www.insolvencycases.eu/index>).

³³ *Rechtbank Roermond*, 20 febrero 2008, rolnummer 90187/FT-RK 08.558 (abstract disponible en el sitio <http://www.insolvencycases.eu/index>).

³⁴ *English High Court, Chancery Division*, 20 junio 2008, no publicada (abstract disponible en el sitio <http://www.insolvencycases.eu/index>).

³⁵ *Tribunale di Lucca*, 12 febrero 2010.

³⁶ Por ejemplo, en el Asunto *Nortel: Cross-Border Insolvency Protocol in Re Nortel Networks Corporation* between Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice Geoffrey B. Morawetz), Case No. 09-CL-7950 (January 14, 2009) and United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (Hon. Kevin Gross), Case No. 09-10138 (KG), (January 15, 2009) including approval and adoption of the American Law Institute Guidelines for Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases, disponible en: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/573/1773.html>.

realización es una cooperación espontánea entre los diferentes jueces, en ausencia de previsiones específicas al respecto³⁷.

La necesidad de proporcionar una disciplina específica para la quiebra de grupos de sociedades ha sido puesto de relieve en varias ocasiones por la doctrina³⁸ y, más recientemente, como resultado de la consulta pública “*on the future of European Insolvency Law*” que se desplegó desde el 30 de marzo hasta el 21 junio 2012³⁹. De acuerdo con más de la mitad de los que respondieron a esta consulta⁴⁰, el Reglamento no ofrece una disciplina adecuada para la insolvencia de los grupos multinacionales. También la Comisión estaba de acuerdo con esto, poniendo de relieve que esta falta de disciplina implicaba, en ciertos casos, un obstáculo para la eficiencia en la conducción de los procedimientos de insolvencia. De hecho, son muchos los casos en los que la falta de una disciplina para los grupos ha causado varios problemas de gestión: emblemático fue el caso *KPNQ west*⁴¹.

II. Las nuevas reglas de la propuesta

Pasando ahora a las reglas recientemente propuestas, la expresión “grupo de empresas”, de acuerdo con el nuevo art. 2 (i), indica una serie de empresas que comprenda una empresa matriz y empresas filiales, donde el art. 2 (j) establece además que “empresa matriz” significa “una empresa que i) controle la mayoría de los derechos de voto de los accionistas o de los socios de otra empresa (la “filial”), o ii) sea accionista o asociada de la filial y tenga derecho a a) nombrar o revocar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de control de dicha filial, o b) ejercer una influencia dominante sobre la filial

³⁷ European Commission, *Commission Staff working document – Impact assessment Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings*, 12 diciembre 2012, SWD(2012) 416 final, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-ia_en.pdf, párr. 3.2.3.

³⁸ Cf., *inter alia*, R. van Galen, *loc. cit.*; M. Lupoi, “Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure d’insolvenza: il caso “Eurofood” e non solo”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, pp. 1393–1427, esp. p. 1408; S.L. Bufford, “Center of main interests, international insolvency case venue, and equality of arms: the Eurofood decision of the European Court of Justice”, *NWJILB*, 2007, pp. 351–419, esp. p. 409; M. Fabiani, *loc. cit.*, pp. 98 ss. Cf. también la *Proposal by INSOL Europe for a Revision of the European Insolvency Regulation*, Nottingham, mayo 2012, p. 91. Para un análisis más detallado de las propuestas doctrinales cf. B. Wessels, “The Ongoing Struggle of Multinational Groups of Companies under the EC Insolvency Regulation”, *European Company Law*, 4, 2009, pp. 169 ss. Para una visión crítica de esta posición cf. B. Wessels, “Cross-border Insolvency Law in Europe: Present Status and Future Prospects”, *PER*, 2008, p. 24.

³⁹ Resultados disponibles en: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/120326_en.htm

⁴⁰ De un total de 111 participantes en la consulta, 53 consideraron que la regulación no funciona de manera satisfactoria en relación con los grupos bancarios, 31 sintieron lo contrario y 27 no respondieron a la pregunta concreta.

⁴¹ Sobre el cual cf. R. van Galen, *loc. cit.*

en virtud de un contrato celebrado con ella o de cláusulas estatutarias de esta empresa”⁴². El Parlamento Europeo añadió un nuevo art. 2 (*jbis*) que define las “funciones esenciales dentro del grupo” como “i) la capacidad de adoptar y aplicar, antes de la incoación de un procedimiento de insolvencia contra cualquier miembro del grupo, decisiones de importancia estratégica para el grupo o para cualquiera de sus componentes; o ii) la importancia económica en el seno de grupo, que se presumirá si el miembro o miembros del grupo representan como mínimo el 10 % del total del balance consolidado y del volumen de negocios consolidado”. Por fin debe recordarse el considerando n.º 7 del reglamento propuesto el cual establece que “[l]a definición del término “grupo de empresas” deberá entenderse limitada al contexto de la insolvencia y no deberá afectar en modo alguno a los aspectos societarios que se refieren a los grupos”.

Con la introducción de dos nuevos considerandos, el 20 *bis* y el 20 *ter*, se delimitan dos posibilidades distintas para hacer frente a los grupos insolventes. En base a la primera, que es la de costumbre, varios procedimientos de insolvencia se abren en cada uno de los Estados donde se encuentran las empresas que forman el grupo. En base a la segunda, en cambio, se pueden abrir varios procedimientos en relación con las distintas empresas del grupo en un único país y ante el mismo juez, cuando éste considere que el centro de los intereses principales de todas estas empresas está situado en dicho Estado (miembro)⁴³. Es a la primera hipótesis que el Reglamento dedica las nuevas disposiciones, dejando la segunda, evidentemente, regulada por las normas internas de cada Estado⁴⁴, con la excepción de la disposición según la cual “el tribunal también debe poder designar, si procede, a un mismo síndico en todos los procedimientos de que se trate”. Volviendo a la primera hipótesis, la disciplina propuesta daría lugar a la inclusión en el texto del reglamento del capítulo IV *bis*, titulado “insolvencia de los miembros de un grupo de empresas” y continente los artículos 42 *bis* a 42 *quinquies*. Estas normas regulan, respectivamente, las obligaciones de información y cooperación entre los síndicos; la comunicación y la cooperación entre

⁴² Esta definición resulta muy simplificada en la versión aprobada por el Parlamento Europeo, según la cual “empresa matriz” significa “una empresa que controla una o más empresas filiales. Se considerará empresa matriz la que elabore estados financieros consolidados de conformidad con la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo”.

⁴³ Por otra parte, la propuesta de modificación del Reglamento no prevé una definición de COMI de grupo: cf. P. Fazzini y M.M. Winkler, “La proposta di modifica del regolamento sulle procedure di insolvenza”, *Dir. comm. int.*, 2013, pp. 141–165.

⁴⁴ En este sentido debe entenderse la enmienda introducida por el Parlamento Europeo al texto mismo del considerando n.º 20 *ter* según la cual “[l]os Estados miembros también deben poder introducir disposiciones sobre la insolvencia de los grupos de empresas situados dentro de sus respectivas jurisdicciones más allá de lo estipulado en el presente Reglamento, siempre y cuando no afecten a la efectiva y correcta aplicación del mismo”.

tribunales; la comunicación y la cooperación entre síndicos y tribunales; las facultades de los síndicos y la suspensión del procedimiento.

A partir del análisis del art. 42 *bis*, o sea de las obligaciones de información y cooperación entre los síndicos, debe en primer lugar señalarse que los síndicos no están obligados a cooperar y a intercambiar información en todos los casos, sino sólo en la medida en que (i) tal cooperación sea conveniente para facilitar la administración efectiva de los procedimientos; (ii) no sea incompatible con las normas aplicables a dichos procedimientos; (iii) no suponga a un conflicto de intereses. El artículo se apresura a sugerir dos medios posibles a través de los cuales sea posible implementar la cooperación, o sea “acuerdos” o “protocolos”, sin todavía precisar qué diferencia haya entre los dos tipos de instrumentos, probablemente a causa de las dificultades relacionadas con el hecho de que la doctrina aún no ha llegado a un acuerdo sobre la naturaleza jurídica de los protocolos⁴⁵. Los síndicos deberán comunicarse mutuamente sin demora cualquier información que pueda resultar útil para el otro procedimiento, siempre que se adopten las medidas oportunas para proteger la información confidencial; analizar las posibilidades de reestructuración del grupo y, en su caso, coordinarse respecto a la propuesta y la negociación de un plan de reestructuración coordinado; coordinar la gestión y la supervisión de las actividades de los miembros del grupo sometidos a un procedimiento de insolvencia. Por último, se prevé que los síndicos podrán acordar conceder facultades adicionales al síndico designado en uno de los procedimientos cuando las normas aplicables a cada uno de los procedimientos así lo permitan.

En cuanto a la comunicación y a la cooperación entre tribunales, en primer lugar hay que subrayar la importancia y la novedad de lo dispuesto en el art. 42 *ter*, recordando que precisamente en relación con los jueces, en especial los de los países de *civil law*, se han presentados los mayores obstáculos para una colaboración espontánea, siendo estos sujetos Derecho público, cuya actividad está regulada por normas procesales inderogables dado que están puestas a protección de intereses superiores, entre los que, en primer lugar, lo a la conducta de

⁴⁵ Sobre la naturaleza jurídica de los protocolos *cf.* E. Warren y J.L. Westbrook, “Court-to-Court Negotiation”, *Am. Bankruptcy Institute J. L.*, 2003, pp. 28–43, esp. p. 28; E.D. Flaschen y R.J. Silverman, “Cross-border Insolvency Cooperation Protocols”, *Texas Int’l. L. J.*, 1998, pp. 587–612, esp. p. 589; E.A.V. Sexton, “Current Problems and Trends in the Administration of Transnational Insolvencies Involving Enterprise Groups: the Mixed Record of Protocols, the Uncitral Model Insolvency Law, and the EU Insolvency Regulation”, *Chicago J. Int’l L.*, 2012, pp. 811–839, esp. p. 818; Uncitral, “Legislative Guide on Insolvency Law, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency”, 21 julio 2010, disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>, párr. 50. Por otra parte, parece posible considerar los protocolos como un tipo perteneciente a la categoría más amplia de acuerdos, sin embargo, con características específicas que determinan la incertidumbre de lo que se ha dicho sobre su naturaleza jurídica.

un juicio justo. Llamados a cooperar son los tribunales ante los cuales se haya presentado una solicitud de abrir un procedimiento de insolvencia o que haya abierto dicho procedimiento. Los límites de la obligación de actuar esta cooperación coinciden en parte con los recordados arriba, en referencia a la colaboración entre síndicos, o sea que tal cooperación sea conveniente para facilitar la administración efectiva de los procedimientos y no sea incompatible con las normas aplicables a los mismos. En cuanto al modo de aplicación, la disposición en cuestión, por un lado, establece que los tribunales pueden cooperar directamente entre sí o designar, cuando proceda, a una persona u órgano que actúe siguiendo sus instrucciones. El Parlamento Europeo añadió que a esta designación se podrá hacer lugar nada más cuando “no sea incompatible con las normas aplicables a los procedimientos”. Por otra parte aclara que la cooperación puede tener lugar “por cualquier medio adecuado” y, en particular, menciona cuatro de los más comunes, es decir: la comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere adecuado, siempre que dicha comunicación sea gratuita y respete los derechos procesales de las partes en el procedimiento y la confidencialidad de la información; la coordinación de la administración y supervisión de los activos y negocios de los miembros del grupo; la coordinación de la celebración de las vistas; la coordinación en la aprobación de protocolos.

El art. 42 *quater* se ocupa, como ya se mencionó, de la cooperación y la comunicación entre los síndicos designados en un procedimiento de insolvencia en relación con una empresa que pertenece al grupo y los tribunales ante los cuales se haya presentado una solicitud de abrir un procedimiento referente a otro miembro del mismo grupo. Los límites de ese deber de cooperación son muy similares a los ya analizados en referencia con los dos artículos previos, o sea que esa sea conveniente para facilitar la coordinación de los procedimientos y no sea incompatible con las normas aplicables a los mismos; el Parlamento Europeo añadió que “no genere conflictos de intereses”. La disposición en cuestión, en su última parte, parece dar a entender que la iniciativa siempre debe venir de los síndicos, que pueden solicitar a los tribunales información sobre los procedimientos referentes a los demás miembros del grupo o solicitar asistencia respecto del procedimiento para el que hayan sido designados. De hecho, no parece existir ninguna razón particular para excluir que, en lugar, la iniciativa puede provenir de los tribunales.

Por último, el art. 42 *quinquies* es de particular interés, por su capacidad de innovación. El título de la norma menciona primero de todos las “facultades” de los síndicos que luego en el propio texto devienen en “derechos”. Se trata del derecho a: (a) ser oído y participar, en particular, formando parte de una junta de acreedores, en cualquiera de los procedimientos abiertos respecto a cualquier otro miembro del mismo grupo; (b) solicitar una suspensión de los procedi-

mientos abiertos con respecto a cualquier otro miembro del mismo grupo. Esta suspensión, según una de las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo, no podrá superar un período de dos meses; (c) proponer un plan de recuperación, un convenio, o una medida comparable para todos o algunos de los miembros del grupo sometidos a procedimientos de insolvencia y introducirlo en cualquiera de los procedimientos abiertos con respecto a otro miembro del mismo grupo, de conformidad con la legislación aplicable a dichos procedimientos⁴⁶; (d) solicitar cualquier medida procesal adicional en virtud de la legislación mencionada en la letra c) que pudiera ser necesaria para promover el rescate, incluida la conversión de los procedimientos⁴⁷. El ap. 2 del art. 42 *quinquies* luego establece que el tribunal requerido por un síndico para suspender el procedimiento según el art. 42 *quinquies*, ap. 1, letra b) deberá suspenderlo en su totalidad o en parte si el síndico demuestra⁴⁸ que dicha suspensión beneficiaría a los acreedores en ese procedimiento. De todo modo, para proteger ese interés, el tribunal podrá exigir al síndico requirente que tome cualquier medida conveniente. La suspensión podrá ordenarse por un máximo de tres meses y podrá prorrogarse o renovarse por el mismo período.

Ya se dijo que el 5 febrero 2014 el Parlamento Europeo aprobó en primera lectura con algunas enmiendas la propuesta de modifica del reglamento. Además de los cambios de los que ya hemos dado cuenta los párrafos anteriores, debe aquí ser tratada lo que introduce unos “procedimientos de coordinación de grupo” que, según el considerando nº 20 *bis*, son destinados “a reforzar la reestructuración de un grupo y/o de sus miembros al permitir una gestión coordinada flexible de los procedimientos de insolvencia”. El procedimiento de coordinación no debe ser entendido como un vínculo para los procedimientos individuales, sino más bien como una referencia para las medidas que deban adoptarse en estos. Las reglas que lo gobiernan son los arts. desde el 42 *quinquies bis* hasta el 42 *quinquies septies*.

El art. 42 *quinquies bis* establece que los síndicos pueden entablar procedimientos de coordinación de grupo ante cualquier tribunal competente en materia de procedimientos de insolvencia, que estén pendientes, en relación con unos de los miembros del grupo que desempeñen funciones esenciales dentro el mismo grupo. Cuando se acuda a más de un tribunal, el procedimiento se abrirá en el EM en que se desempeñen las funciones más esenciales en el grupo, determinación hecha conjuntamente por los propios jueces, cooperando en virtud del art. 42 *ter*. Si no fuera posible determinar las funciones más esenciales, el primer tribunal requerido podrá incoar el procedimiento. En caso de apertura de un pro-

⁴⁶ Esta letra esta suprimida en la versión aprobada por el Parlamento Europeo.

⁴⁷ Esta letra esta suprimida en la versión aprobada por el Parlamento Europeo.

⁴⁸ O, según la enmienda del Parlamento Europeo, “aporta pruebas suficientes de”.

cedimiento de coordinación, el derecho de los representantes de insolvencia a solicitar la suspensión del procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 42 *quinquies*, ap. 1, letra b), estará supeditado a la aprobación del coordinador, mientras que las suspensiones en curso seguirán siendo válidas, sin perjuicio de la facultad del coordinador de solicitar el levantamiento de cualquiera de ellas.

El tribunal identificado de conformidad con el art. 42 *quinquies bis* nombrará un coordinador que sea independiente de los miembros del grupo y de sus acreedores. Ese coordinador, en virtud de lo dispuesto en el art. 42 *quinquies ter*, está encargado de (a) determinar y definir las recomendaciones de procedimiento y de contenido para la sustanciación coordinada de los procedimientos de insolvencia; (b) arbitrar los litigios que surjan entre dos o más síndicos; (c) presentar un plan de coordinación de grupo que podría incluir recomendaciones sobre: las medidas que deben adoptarse para restablecer el rendimiento económico y la solidez financiera del grupo o de una parte del mismo, la resolución de litigios en el seno del grupo, los acuerdos entre síndicos. El coordinador tendrá derecho a: (a) ser oído y participar, en particular formando parte de una junta de acreedores, en cualquiera de los procedimientos abiertos respecto a cualquier miembro del mismo grupo; (b) presentar y explicar los planes de coordinación de grupo aprobados en virtud de lo dispuesto en el art. 41 *quinquies quater*, ap. 3; (c) solicitar información de cualquier representante de insolvencia y (d) solicitar una suspensión, por un período máximo de tres meses, del procedimiento incoado contra cualquier otro miembro del grupo, y solicitar el levantamiento de dicha suspensión.

Los síndicos podrán formular observaciones sobre el proyecto de plan de coordinación de grupo en el plazo máximo de un mes, fijado por el coordinador. El proyecto de plan presentado a la aprobación judicial irá acompañado de una prueba de la consultación de los síndicos, a las observaciones de los mismos y al modo en el cual se han tenidos en cuenta. El tribunal aprobará el plan si considera que el coordinador ha cumplido los requisitos formales previstos en el ap. 2 y en el art. 42 *quinquies ter*, ap. 1, letra c). Los síndicos en principio deberán tener en cuenta las recomendaciones del coordinador y el plan de coordinación de grupo. Los que quieran apartarse, deberán exponer los motivos para ello ante la junta de acreedores o ante cualquier otro órgano ante el que sea responsable en virtud de la legislación del EM de que se trate. El incumplimiento de esta obligación se considerará un incumplimiento de las obligaciones del representante de insolvencia derivadas de la legislación del EM en cuestión.

En cuanto a la responsabilidad del síndico, el art. 42 *quinquies sexies* establece que el ejercerá sus funciones con la debida diligencia y que deberá responder de los daños sufridos por los bienes del procedimiento de insolvencia cu-biertos por el procedimiento de coordinación de grupo cuando sean razonable-

mente imputables al incumplimiento de las citadas funciones. La responsabilidad del coordinador se definirá de conformidad con la legislación del EM en que se haya incoado el procedimiento de coordinación.

En relación con los costes del procedimiento de coordinación, el art. 42 *quinquies septies* establece, en primer lugar, que las legislaciones de los Estados miembros deberán prever la cuantía de las tasas judiciales y de los honorarios del coordinador. Además establece que dichos costes serán soportados a prorrata por los miembros del grupo contra los que se hubieren incoado procedimientos de insolvencia en la fecha de la apertura del procedimiento de coordinación. La parte que cada miembro del grupo deberá soportar se calculará sobre la base del porcentaje del valor de los activos de dicho miembro en los activos consolidados de todos los miembros del grupo contra los que se hubieren incoado procedimientos de insolvencia.

III. Algunas consideraciones sobre las normas propuestas

La propuesta analizada es nada más que una de las numerosas iniciativas emprendidas a nivel internacional con el propósito de regular el fenómeno de los grupos de empresas insolventes. En particular, deben recordarse la tercera parte de la Guía Legislativa de la Uncitral sobre el Régimen de la Insolvencia⁴⁹, el *Global Principles Project* concebido por el *American Law Institute* conjuntamente al *International Insolvency Institute*⁵⁰, los “*Prospective Principles for coordination of multinational corporate group insolvencies*” del *International Insolvency Institute*⁵¹ y los *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*⁵² del Banco Mundial⁵³.

⁴⁹ “Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia”, 2010, disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-S.pdf>.

⁵⁰ American Law Institute – International Insolvency Institute, “Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases”, 30 marzo 2012, disponible en: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/557/5932.htm>.

⁵¹ International Insolvency Institute, “Prospective Principles for coordination of multinational corporate group insolvencies”, junio 2012, disponible en: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/362/5953.html>.

⁵² World Bank, “Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes”, 2011, disponible en: [http://siteresources.worldbank.org/EXTGILD/Resources/5807554-1357753926066/ICRPrinciples-Jan2011\[FINAL\].pdf](http://siteresources.worldbank.org/EXTGILD/Resources/5807554-1357753926066/ICRPrinciples-Jan2011[FINAL].pdf).

⁵³ Para mayor exhaustividad, debe por fin mencionarse el proyecto relativo a las “*EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles and Guidelines*” desarrollado conjuntamente de la Leiden Law School y de la Nottingham Law School con el objetivo de redactar principios y directrices para la cooperación entre tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea en casos quiebras internacionales y después de entrenar los propios jueces. El proyecto consta de dos fases de las cuales la primera, que debe ser completada antes que el final mayo este año, consiste en la elaboración de los

Todas las iniciativas que se acaba de mencionar se dirigieron a un mismo modelo, que se puede llamar de la universalidad limitada (o atenuada o coordinada), según el cual cada EM será competente para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a las empresas domiciliadas en su territorio, pero al mismo tiempo está solicitado a promover el contacto entre sus síndicos y, en algunos casos, sus tribunales por un lado y los de otros Estados interesados por el otro, con el fin de coordinar los distintos procedimientos abiertos.

En abstracto, otras dos soluciones posibles, a parte de la del tipo que acabamos de mencionar, podrían adoptarse. La primera, que podemos llamar de la “desglobalización”, consiste en prohibir la expansión de las actividades empresariales más allá de las fronteras de cada Estado, o en prevenir que una empresa con sede en un Estado pueda ser parte de un grupo más amplio formado por empresas con sede en otros Estados. No es necesario gastar muchas palabras para criticar a una solución de este tipo y justificar el rechazo de la misma, implicando ella un deterioro de la situación actual, no tanto en términos de gestión de las crisis, cuanto desde el punto de vista de la economía. La segunda, en vez, que hubiera sido un verdadero paso adelante, consistiría en la adopción de un enfoque universalista, solicitado muchas veces por la doctrina⁵⁴. Las razones por las cuales tampoco la segunda opción puede adoptarse, en un sentido opuesto al aplicado en la hipótesis anterior, son bien conocidas: por una parte, se requeriría demasiado esfuerzo por parte de los Estados, que todavía no están listos –también desde un punto de vista emotivo– a ceder soberanía en un asunto tale como la quiebra, que tiene connotaciones de Derecho público y en el que vive todavía una fuerte actitud parroquial y el deseo de controlar la actividad comercial que se desarrolla en el Estado; por otro lado, la profunda diferencia entre las regulaciones de quiebra en vigor en los Estados interpone un obstáculo adicional a la posibilidad de avanzar en la dirección indicada.

El de la universalidad limitada es también el esquema adoptado por la propuesta analizada en ese comentario, la cual, aun previendo formas de cooperación, mantiene el enfoque llamado “*entity by entity*”, adoptado también en la versión actual del reglamento que, por lo tanto, será remodelado pero no modificado en sus principios fundamentales. El sistema establecido por las nuevas normas beneficia de la experiencia adquirida en la cooperación entre los síndicos del procedimiento principal y los de los procedimientos secundarios, con base en el art. 31 del Reglamento en vigor. La Comisión, de hecho, consideró otra posibilidad, que ella llama de la “*procedural consolidation*”, según la cual un solo

principios y de las directrices, mientras que la segunda fase, que acabará al final de este año, consta en la formación de los jueces (para más referencias *vid.* el sitio: <http://www.tri-leiden.eu/news/news-overview/judgeco-public-draft-of-principles-and-guidelines/>).

⁵⁴ Cf., *v.gr.*, H. Hirte, *loc. cit.*, p. 229 y S.L. Bufford, *loc. cit.*, pp. 407 ss.

juez habría sido competente para todos los procedimientos y un sólo síndico habría sido designado en relación con ellos⁵⁵. Ella reconoce los beneficios potenciales de esta solución, reiterando lo que tradicionalmente se ha revelado acerca del modelo universalista. En particular, este modelo garantizaría una gestión eficaz del procedimiento, evitaría pérdidas resultantes de la apertura de múltiples procedimientos paralelos y tendría un impacto económico positivo en las empresas involucradas. Sin embargo, también se reconoce que esta solución podría conducir a un empeoramiento de la posición de los acreedores de las sociedades filiales con respecto a la actual y entonces que, si fuese aprobada, debería ser acompañada de medidas que garanticen un trato justo a todos los acreedores, como, por ejemplo, disposiciones uniformes de derecho europeo sobre el tratamiento de los acreedores extranjeros. La misma Comisión, empero, luego justifica la elección a favor de la primera opción en el sentido de su mayor adecuación a la situación actual y, por tanto, de su capacidad para llegar a un mayor número de aprobaciones⁵⁶.

La misma razón por la cual no fue adoptado un modelo universalista puro está a la base de la decisión de no ofrecer una definición de COMI de grupo, decisión que contrasta con el alto grado de integración que existe entre los Estados miembros en el ámbito del derecho de la insolvencia⁵⁷. Probablemente, también la decisión de introducir en los arts. 42 *bis*, 42 *ter* y 42 *quater* una previsión que somete la cooperación prevista en estas normas y, en el sólo art. 42 *ter*, la posibilidad por los tribunales de designar a una persona u órgano que actúe siguiendo sus instrucciones, a su compatibilidad con las normas procesales aplicables a los varios procedimientos afectados se justifica por las mismas razones. Sin embargo, desde esta última referencia parece deber ser percibida como incluyente las normas procesales nacionales aplicables a cada procedimiento, la previsión en cuestión parecía privar a las disposiciones mencionadas su alcance *prima facie* muy innovador.

Volviendo ahora y finalmente al enfoque de la universidad limitada, hay que recordar que de hecho, como pone de relieve el juez Luciano Panzani, la solución de la coordinación de los procedimientos es la que prevalece en el debate internacional. Sin embargo, se trata de un sistema que, mediante la promoción de la autonomía privada, depende de la capacidad y de las competencias de los participantes⁵⁸ y, por lo tanto, como se ha correctamente señalado, difícilmente podría funcionar adecuadamente en los casos en donde existe un fuerte conflicto entre los acreedores locales y los de la sociedad madre en relación con los obje-

⁵⁵ European Commission, Commission Staff working document, *loc. cit.*, p. 31 y p. 34.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 42 ss, esp. p. 46.

⁵⁷ P. Fazzini y M.M. Winkler, *loc. cit.*

⁵⁸ *Ibid.*

tivos que deben ser alcanzados⁵⁹. En cambio, cuando la coordinación tiene éxito, los síndicos y los tribunales competentes en relación a los procedimientos abiertos en varios Estados contra las empresas de un mismo grupo suscriben los protocolos antes mencionados⁶⁰.

A partir de este último aspecto, sin embargo, urge destacar que, de hecho, ninguno de los documentos citados parece añadir mucho más a lo que las partes ya hicieron antes de forma espontánea en ausencia de dichas iniciativas. Por otra parte, el valor añadido resultante de una aprobación de la práctica por los documentos y los estudios publicados por asociaciones privadas de especialistas y profesionales se relaciona con la particular influencia que estos tienen en los gobiernos estatales, a pesar de la falta de un poder *stricto sensu* legislativo. En esta perspectiva, los resultados no parecen ser tan decepcionantes, sin perjuicio de la necesidad de no pararse y de continuar la búsqueda de una disciplina que se adapte con el tiempo al desarrollo de la realidad económica.

Por último, hay que señalar que, teniendo en cuenta los objetivos que generalmente se persiguen en el contexto de un procedimiento de quiebra⁶¹, el modelo actualmente propuesto tiene la ventaja de ofrecer una solución en principio bastante fácilmente predecible por terceras personas.

Bibliografía

- Armour, J.: "European Cross-Border Insolvencies: The Race goes to the Swiftest?", *Cambridge L.J.*, 2006 pp. 505–507.
- Baccaglini, L.: "Il caso Eurofood: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera", *Il Corriere giuridico*, 2006, pp. 123–129.
- Bachner, T.: "The Battle over Jurisdiction in European Insolvency Law", *European Company and Financial L. Rev.*, 2006, vol. 3 n° 3 pp. 310–329.
- Bariatti, S.: "Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood", *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 203–219.
- Bariatti, S.: "L'applicazione del Regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, pp. 673–700.
- Benedettelli, M.V.: "Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2004, pp. 499–530.

⁵⁹ L. Panzani, "Il progetto della Commissione europea di riforma del Regolamento 1346/2000", *Il Fallimentarista*, 24 abril 2013, párr. 9.

⁶⁰ En el sitio del *International Insolvency Institute* se han publicado 45 desde 1991: cf. <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewcategory/573.html>.

⁶¹ Sobre los cuales, cf. por ejemplo I. Mevorach, "The 'Home Country' of a Multinational Enterprise Group Facing Insolvency", *Int'l Comp. L. Q.*, 2008, pp. 427–448, 433 ss.

- Berends, A.J.: "The Eurofood Case: One Company, Two Main Insolvency Proceedings: Which One is the Real One?", *Netherlands Int'l L. Rev.*, 2006, pp. 331–361.
- Biermeyer, T.: "Court guidance as to the COMI concept in cross-border insolvency proceedings", *Maastricht J. Eur. Comp. L.*, 2011, pp. 581–587.
- Bufford, S.L.: "Center of main interests, international insolvency case venue, and equality of arms: the Eurofood decision of the European Court of Justice", *NWJILB*, 2007, pp. 351–419.
- Dammann, R.: "L'application du règlement CE n° 1346–2000 après les arrêts Staubitz-Schreiber et Eurofood de la CJCE", *Recueil Dalloz*, 2006, Jur. pp.1752–1760.
- Fabiani, M.: "Gruppi d'impresa ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria", *Int'l Lis*, 2004, pp.95–99.
- Fabries, E.: "Droit international et européen. Groupes de sociétés et procédure d'insolvabilité", *La Semaine juridique – édition générale*, 2006, I, 157, pp. 1392–1393.
- Fazzini, P. y M.M. Winkler: "La proposta di modifica del regolamento sulle procedure di insolvenza", *Dir. comm. int.*, 2013, pp. 141–165.
- Flaschen, E.D. y R. J. Silverman: "Cross-border Insolvency Cooperation Protocols", *Texas Int'l. L. J.*, 1998, pp. 587–612.
- Fumagalli, L.: "Apertura della procedura principale, competenza giurisdizionale e riconoscimento della decisione", *Giurisp. comm.*, 2007, pp. 324–338.
- García Gutiérrez, L.: "Eurofood IFSC Ltd: una nueva decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en torno al Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, pp. 125–143.
- Honorati, C.: "Higher courts, lower courts and preliminary ruling: a lesson from Interedil", *Int'l Lis*, 2012, pp. 134–141.
- Jault-Seseke, F. y D. Robine: "Procédure d'insolvabilité : critères et date d'appréciation du centre des intérêts principaux du débiteur", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2012, pp. 189–208.
- Khairallah, G.: The "Centre of the Debtor's Main Interests": Comments on the Eurofood Judgment of the ECJ", *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law*, vol. 11, 2009, pp. 111–122.
- Leandro, A.: "Fallimento: sul centro di interessi della società individuazione legata al punto di vista dei terzi", *Guida al Diritto*, 2011, n° 45, pp. 94–96.
- Leandro, A.: "Trasferimento di sede e determinazione del COMI", *Riv. dir. societario*, 2012, II pp. 77–83.
- Lienhard, A.: "Centre des intérêts principaux d'une filiale étrangère d'un groupe", *Recueil Le Dalloz*, 2006, *Act. Jur.*, pp. 1286–1287.
- Lupoi, M.: "Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure d'insolvenza: il caso "Eurofood" e non solo", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, pp. 1393–1427.
- Mastrullo, T.: "Critères et date d'appréciation du centre des intérêts principaux : les précisions de l'arrêt Interedil Srl", *Rev. soc.*, 2012, pp. 120–122.
- Menjucq, M. y R. Dammann: "Regulation No 1346/2000 on Insolvency Proceedings: Facing the Companies Group Phenomenon", *Bus. L. Int'l*, 2008.
- Mevorach, I.: "The 'Home Country' of a Multinational Enterprise Group Facing Insolvency", *Int'l Comp. L. Q.*, 2008, pp. 427–448.
- Moss, G. y C. Paulus: "Coordination of multinational corporate group insolvencies: solving the COMI issue", *Proceedings of the Thenth Annual Insolvency Conference*, 7–8 junio 2010.
- Mucciarelli, F.M.: "Da Monopoli a Londra, passando dal Lussemburgo: appunti sull'emigrazione delle società italiane", *Giurisp. comm.*, 2012, II, pp. 583–591.

- Mucciarelli, F.M.: "Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi", *Giurisp. comm.*, 2008, I, pp. 1224–1233.
- Mucciarelli, F.M.: "The Hidden Voyage of a Dying Italian Company, from the Mediterranean Sea to Albion", *European Company and Financial L. Rev.*, 2012, vol. 9, n° 4, pp. 571–579.
- Panzani, L.: "Il progetto della Commissione europea di riforma del Regolamento 1346/2000", *Il Fallimentarista*, 24 abril 2013.
- Panzani, L.: "La nozione di COMI nella disciplina comunitaria dell'insolvenza transfrontaliera: i casi Interedil e Rastelli", *Int'l Lis*, 2012, pp. 32–39.
- Rémery, J.P.: "L'application à une filiale du règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité", *Rev. soc.*, 2006, pp. 371–381.
- Seraglini, C.: "L'ordre public et la faillite internationale: une première application dans le cadre de l'affaire Eurofood", *Faillite Internationale et Conflits de Juridictions : Regards Croisés Transatlantiques. Cross-border Insolvency and Conflict of Jurisdictions: a US-EU experience*, Bruselas, Bruylant, 2007, pp. 171–196.
- Sexton, E.A.V.: "Current Problems and Trends in the Administration of Transnational Insolvencies Involving Enterprise Groups: the Mixed Record of Protocols, the Uncitral Model Insolvency Law, and the EU Insolvency Regulation", *Chicago J. Int'l L.*, 2012, pp. 811–839.
- Van Galen, R.: "The European Insolvency Regulation and Groups of Companies", *paper* presentado en el *INSOL Europe Annual Congress*, Cork, Irlanda, 16–18 octubre 2003, www.insol-europe.org.
- Warren, E. y J.L. Westbrook: "Court-to-Court Negotiation", *Am. Bankruptcy Institute J. L.*, 2003, pp. 28–43.
- Wessels, B.: "Cross-border Insolvency Law in Europe: Present Status and Future Prospects", *PER*, 2008, pp. 24 ss.
- Wessels, B.: "The Ongoing Struggle of Multinational Groups of Companies under the EC Insolvency Regulation", *Eur. Comp. L.*, 4, 2009, pp. 169 ss.
- Winkler, M.M.: "Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la Corte di giustizia si pronuncia sul caso Eurofood", *Int'l Lis*, 2006–07, pp. 15–20.

LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL: COORDINACIÓN DE COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN (EL REGLAMENTO EUROPEO EN LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS GLOBALES DEL III/ALI, LOS PRINCIPIOS DEL TLCAN/ALI, LA LEY MODELO DE LA UNCITAL, Y EL CONCORDATO DE LA BARRA INTERNACIONAL)

Dale Beck FURNISH *

SUMARIO: I. El problema de la insolvencia internacional. II. Las fuentes internacionales: reglamentos, leyes modelos y pautas. III. El problema de la insolvencia internacional en términos del DIPr: ¿cuál es el enfoque indicado?: 1. La variedad de leyes nacionales sobre la insolvencia y materias relacionadas. 2. El universalismo. 3. El territorialismo. IV. La distinción entre la competencia y la jurisdicción en la insolvencia internacional: 1. La competencia. 2. La jurisdicción. V. Perspectivas europeas hechas globales: universalistas territoriales. VI. Pensamiento final.

RESUMEN: El presente artículo contempla las modificaciones (2012) propuestas al Reglamento Europeo sobre las Insolvencias Transfronterizas (2002) en la luz de otras fuentes contemporáneas, como la Ley Modelo de la Uncitral (1997) y los principios para Norte América (TLCAN/ALI—2006) y globales (III/ALI—2012). En este contexto, considera los conceptos del universalismo y del territorialismo, y de la competencia y de la jurisdicción, y concluye que la práctica entre tribunales de la cooperación, la comunicación y la coordinación está dando resultado, con mucho desenvolvimiento por adelante a causa de la falta de armonización de leyes nacionales.

PALABRAS CLAVE: INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA — REGLAMENTO EUROPEO — UNIVERSALISMO Y TERRITORIALISMO — COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN — COOPERACIÓN JUDICIAL — PRINCIPIOS GLOBALES.

ABSTRACT: This article contemplates the proposed modifications (2012) to the European Regulations on Transnational Insolvencies (2002) in the light of other contemporary sources on international

* Profesor Emérito. Facultad de Derecho. Arizona State University. El autor quiere reconocer y agradecer las contribuciones invaluables al presente trabajo por el Bibliotecario David Gay, adepto en investigaciones nacionales e internacionales, y la Lic. Mary Curtin, ayudante de investigación y egresada en la promoción de 2014, ambos de la Sandra Day O'Connor College of Law en la Arizona State University. Los dos sobrepasaron lo suficiente en cumplir con sus tareas y compartieron las inquietudes del autor en el tema, salvándose de errores de hecho, Derecho y juicio. Desafortunadamente, no pudieron salvarme de todos y los que quedan corresponden únicamente al autor.

insolvencies, including Uncitral's Model Law (1997), and principles drafted for North America (NAFTA/ALI-2006) y for the world (III/ALI-2012). In this context, it considers the concepts of universalism and territorialism, and of competence and jurisdiction, and concludes that the practice of cooperation, communication and coordination between courts of different nations is creating a workable system, but the diversity in national laws leaves much to sort out in the future.

KEYWORDS: CROSS-BORDER INSOLVENCIES – EUROPEAN REGULATION – UNIVERSALISM AND TERRITORIALISM – COMPETENCE AND JURISDICTION – JUDICIAL COOPERATION – GLOBAL PRINCIPLES.

I. El problema de la insolvencia internacional

El Derecho mercantil internacional ha impactado el mundo jurídico a comienzos del siglo XXI, impulsado por una globalización cada vez más insistente en el intercambio de bienes, servicios y personas. Esta nueva realidad ha inundado las normas y los sistemas que intentan reglamentarla. El Derecho siempre se queda atrás de los cambios que los seres humanos imponemos, pero el ritmo del cambio ha acelerado en esta generación. Las deudas monetarias sobrevuelan las fronteras, mientras las leyes tradicionales que las regulan están creadas y aplicadas dentro de límites nacionales. Cuando una empresa se encuentra en estado de insolvencia, a menudo afectará a partes, obligaciones, bienes y empleos en múltiples países. Da lugar a una situación riquísima en conflictos de leyes, casi una tormenta perfecta en el Derecho internacional privado (DIPr). La situación se complica aún más cuando algunos insolventes buscan iniciar el proceso en naciones con leyes más favorables, creando una especie de turismo en la insolvencia¹.

El proceso, como en la sucesión de un difunto, quiere reunir todos los intereses con valor económico—el patrimonio del insolvente, o la “masa”²—y comprometer a todas las partes afectadas en una sola sentencia. La insolvencia de una empresa hace la prueba de ácido del sistema mercantil, como ningún otro proceso judicial. Las empresas arman una estructura financiera complicada, y mientras más escala tenga la empresa, más complicada son sus finanzas. Las operaciones internacionales complican el asunto en un factor múltiple, agregando una “cuarta dimensión” a la insolvencia. Mientras la empresa continúa con una firme base económica y cumple con sus deudas y otras obligaciones, la infraestructura

¹ En inglés el fenómeno se conoce como *forum shopping*.

² Con referencia a la Ley de Concursos Mercantiles de México (en adelante “LCM”), art. 4(V), la “masa” se define como “la porción del patrimonio del [insolvente] integrado por sus bienes y derechos, con excepción de los expresamente excluidos en términos de esta Ley, sobre la cual los [acreedores] puedan hacer efectivos sus créditos.”

jurídica de la operación no se expone³. En el momento en el que surgen problemas, sin embargo, todo se pone a prueba. Los acreedores concurren para litigar sobre la prioridad y la validez de sus garantías. Las obligaciones de la empresa se cuestionan. Su rutina se rompe, y todo está en juego: hasta su existencia misma.

La insolvencia busca una resolución integral, liquidando o reorganizando la masa en un procedimiento único, pero multifacético por su resolución de toda la gama de derechos, obligaciones e intereses que hacen el activo y el pasivo del insolvente. En el Derecho, no existe un proceso igual en sus tensiones para el sistema legal y sus diversas figuras jurídicas⁴.

Con su enfoque omni-incluyente, el tribunal encargado de una insolvencia necesita una competencia la más amplia posible. En los EE UU, *v.gr.*, se suele afirmar que la competencia de los tribunales especializados en una quiebra⁵ se extiende a todas partes del mundo, del espacio y hasta otros planetas⁶, en ejercicio del poder judicial sobre toda la masa de la persona insolvente. En la insolvencia internacional este concepto de armar un procedimiento único choca directamente con la necesidad de entablar procedimientos supletorios en varios otros países, muchos con normas y políticas jurídicas distintas a los del tribunal original, pues salen de otra base legislativa. En otras palabras, mientras el proceso debe de ser *in rem*, sobre la masa, y no debe haber ninguna posibilidad de procesos independientes de la insolvencia, en la realidad para funcionar depende de procesos supletorios en muchos países.

Quizás más impactante todavía que los efectos sobre bienes, en el procedimiento de la insolvencia podría rescindir relaciones jurídicas pendientes en el momento de la demanda, que de otra forma serán ejecutables conforme a Dere-

³ Cuando tenía pocos años, mi bisabuelo –banquero en un pueblito de Iowa– solía decirme, “La mejor garantía siempre es un deudor solvente y responsable”. En ese momento no podía entender de qué hablaba, pero nunca lo olvidé, y con el tiempo sus palabras han cobrado verdad y sabiduría.

⁴ Lo distingo del procedimiento de la sucesión, que trata de la liquidación final de los negocios de una persona natural y la distribución de los bienes restantes. Es semejante en muchos aspectos, pero normalmente falta el elemento de la insolvencia, y si hay un negocio, lo pasa al heredero en plena función.

⁵ En los EE UU, todo proceso de insolvencia se dice “quiebra” (*bankruptcy*) y la ley que regula la insolvencia lleva el nombre de Código de Quiebras (CdQ), 11 USC §§ 101 ss. Para entender los poderes de los tribunales federales de quiebras, se tiene que consultar también 28 U.S.C. §§ 151–58, 1334, 1408–12, y otros artículos.

⁶ Conforme al art. 541 CdQ, la masa del insolvente consiste en todo su patrimonio, “donde esté ubicado y por quien tenga posesión”. *Vid.* también la expresión sobre la jurisdicción en el 28 U.S.C. 1334(e), que dispone que “el tribunal donde se comienza un caso de quiebra tendrá la jurisdicción exclusiva sobre (1) la propiedad, no importa donde esté ubicado, del deudor en el momento de comenzar el caso”.

cho. Anula personas jurídicas, obligaciones contractuales y laborales, responsabilidades civiles, y hasta préstamos con garantía.

¿Cómo resolver los conflictos de leyes en la resolución de todas las obligaciones del deudor insolvente frente a todos sus bienes, anulando en el proceso muchos intereses creados y establecidos conforme a Derecho? El asunto se complica cuando la competencia sin límite choca con la desarmonía de las leyes nacionales en la materia. Hay diferencias enormes de país a país en las leyes de insolvencia, inclusive en cuanto a sus disposiciones sobre la competencia de sus tribunales en las insolvencias internacionales. Y el mismo grado de diferencias se encuentra en las leyes que afectan y son afectadas por el proceso de insolvencia, tales como las leyes sobre las garantías mobiliarias, los derechos laborales, el medioambiente, las operaciones bancarias, y muchas más.

Se ha rechazado la posibilidad de un convenio internacional, quizás por la dificultad de elaborarlo, habida cuenta de las diferencias a nivel nacional. Frente a esa diversidad, la gama de asuntos afectados ni debe ni puede resolverse con la aplicación de una sola ley nacional sobre la insolvencia. ¿O sí?

Quisiera tratar en este trabajo un tema en plena discusión en varios foros, tanto nacionales como internacionales, y tanto académicos como políticos. Lo haré desde una perspectiva americana. En Norte América hemos conseguido entre Canadá, EE UU y México un arreglo funcional a través de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (conocida por “CNUDMI”, o “Uncitral”, sus siglas en inglés), promulgado en los tres países⁷, pero aún más por haber armonizado las leyes de garantías mobiliarias, del concurso mercantil y otras leyes implicadas, una hazaña motivada por la integración bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Hemos podido coordinar muchos de los problemas implícitos en las insolvencias regionales, sin la necesidad de imponer las leyes de un país sobre las leyes de los otros dos⁸.

Quisiera comparar el sistema regional vigente en la zona del TLCAN con el sistema emergente en la Unión Europea, dado que son los dos intentos actuales de más importancia y que podrían fijar normas y prácticas para el resto del mundo. Primero, expondré el panorama de propuestas de fuentes internacionales.

⁷ Y otros 16 países más. Vid. https://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997_model_status.html.

⁸ Vid., v.gr., J.L. Westbrook, “An Empirical Study of the Implementation in the United States of the Model Law on Cross Border Insolvency”, *Am. Bankr. L. J.*, n° 87, 2013, pp. 247 ss. En especial, destaca que entre Canadá y los EE UU, habían hasta ahora 282 insolvencias transfronterizas, mientras con México solamente 9. El segundo país más numeroso era el Reino Unido, con 101. *Id.*, en p. 269, Tabla 1, “Chapter 15 Filings by Country”.

II. Las fuentes internacionales: reglamentos, leyes modelos y pautas

El tema se ha tratado mucho en los últimos veinticinco años. La Uncitral, foro activo desde hace mucho tiempo en la redacción de leyes modelos mercantiles, tomó la insolvencia internacional como objeto de una Ley Modelo, pero paralelamente con otros foros donde hicieron fuentes de otras formas. En el sector privado un sub-comité de la Asociación de la Barra Internacional redactó un Concordato. Seguido a esos, los organismos regionales de la Unión Europea y el TLCAN [bajo los auspicios del *American Law Institute* (ALI)] y, más recientemente, el Instituto Internacional de la Insolvencia (III) en colaboración con el ALI han producido un Reglamento y Principios de Cooperación sobre insolvencias en sus respectivas regiones.

Producto de estas inquietudes mantenidas tras décadas, han salido a la vista cinco fuentes posibles de normas sobre la insolvencia internacional. Son, en orden cronológico, el Concordato sobre la Insolvencia Transfronteriza, de la Sección sobre Derecho de Negocios del Comité J de la *International Bar Association* (1995)⁹; la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la Uncitral (1997)¹⁰; el Reglamento sobre los Procedimientos de la Insolvencia, de la Unión Europea (2000)¹¹; el proyecto sobre la Insolvencia Transnacional: Cooperación y Principios de Cooperación entre los Países del TLCAN, redactado bajo los auspicios del ALI con participación mexicana y canadiense (2003)¹², y los *Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases* (Principios para la Cooperación Global en Casos de Insolvencia Internacional) bajo los auspicios del III y el ALI (2012)¹³. Actualmente, han propuesto modificar el Reglamento Europeo, en 2012¹⁴.

Estas diversas fuentes tienen aplicaciones muy distintas. Ninguna tuvo un efecto completamente satisfactorio, por las razones explicadas abajo. El problema admite mejoras pero siempre con unas reservas. El Concordato y los Principios son pautas aconsejables, sin vigencia jurídica oficial, que podrían orientar

⁹ *International Bar Association, Committee J Cross-Border Insolvency Concordat*, 17 septiembre 1995 (en adelante, "Concordato").

¹⁰ Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, del 30 mayo 1997 (en adelante, "Ley Modelo").

¹¹ Convenio de la Unión Europea sobre los Procedimientos de Insolvencia, 2000 O.J. (L160) 1 (en adelante, "Reglamento"). Entró en vigor el 31 mayo 2002.

¹² American Law Institute, *Transnational Insolvency: Cooperation Among the NAFTA Countries: Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries*, 2003 (en adelante, "Principios ALI/TLCAN").

¹³ Vid. <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/36/5897.html>. (en adelante "Principios III/ALI").

¹⁴ Vid. [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2012\)0744_/com_com\(2012\)0744_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2012)0744_/com_com(2012)0744_es.pdf) (en adelante "Propuesta").

las prácticas y los criterios de los sectores más afectados. El Reglamento entró en vigencia en la UE en 2002, pero no pretende surtir efectos fuera de la Unión. La Ley Modelo se ha promulgado en México, EE UU y Canadá, entre otros países. Entonces las únicas normas con proyección internacional y aplicación obligatoria, al menos en los países que las han adoptado para el régimen nacional, son la Ley Modelo y el Reglamento Europeo, conocido como 1346/2000.

III. El problema de la insolvencia internacional en términos del DIPr ¿cuál es el enfoque indicado?

No solamente las empresas multinacionales, sino también las nacionales y las personas naturales, suelen tener bienes, obligaciones, derechos e intereses en varios países, una tendencia creciente. Cuando una de esas personas deviene insolvente, un suceso relativamente inusitado pero inevitable en cierto porcentaje de casos, surgen problemas de DIPr que no han pasado inadvertidos. En muchos países, los tribunales no manejan muchas insolvencias. El procedimiento no da beneficios ni a deudores ni a acreedores, y no lo buscan¹⁵. Este fenómeno, sin embargo, puede tener altos costos socio-económicos. Si ningún acreedor va a recibir nada en pago, quizás no tenga sentido exigir un proceso jurídico. Pero en los casos de una masa con recursos cabría hacer una liquidación y distribución ordenada entre los acreedores y otros reclamos. Dejar el insolvente desaparecer sin hacerle ningún control jurídico ni auditoría puede comportar injusticia financiera y aumentar los costos del crédito.

En otros países, los procesos de insolvencia han aumentado en número –por ejemplo, en los EE UU se inician anualmente más de 200.000 casos de empresas insolventes¹⁶, y en Europa otros 200.000– dando lugar a una serie de juicios que han sido noticia por sus efectos internacionales.

1. La variedad de leyes nacionales sobre la insolvencia y materias relacionadas

Las leyes nacionales de insolvencia muestran dos modelos distintos. Primero, el moderno, que procura la rehabilitación del deudor honrado, presunta víctima de sucesos económicos fuera de su control, con la finalidad de mantenerse como participante en la economía. Por cierto, es muy bajo el porcentaje de las reorganizaciones –cuyo modelo que mejor conozco es el Capítulo 11 del Código de

¹⁵ V.gr., en Centroamérica, los procedimientos de la concurrencia y de la quiebra, aunque existen en las legislaciones nacionales, son desconocidos ante los tribunales. Típicamente, los juristas mercantilistas no pueden recordar el último caso judicial de insolvencia. Vid. www.bizlawreform.com/assess_CAFTA.

¹⁶ De alrededor de unos dos millones de casos de quiebra cada año.

Quiebras estadounidense— que resultan en la continuación de una empresa viable. Fluctúa, pero solo alrededor de 5% de las empresas postulantes logran reorganizarse, con el resto consignado a una liquidación total. Aún en la liquidación dan cierto alivio al deudor. En caso de la persona jurídica, desaparece después de rendir todos sus bienes y derechos a beneficio de los acreedores. Sus accionistas entonces pueden volver al negocio con una nueva persona jurídica¹⁷. En caso de la persona natural, le permite conservar ciertos bienes por ley exentos de ejecución, que pueden ser de valor significativo¹⁸, y empezar una nueva vida económica sin deuda ninguna.

Es más, la incidencia de reorganizaciones exitosas aumenta mientras más valor esté en juego. Hay miles de pequeñas y medianas empresas (PME) que caen de la reorganización a la liquidación. Suelen no contar con los recursos suficientes para ordenar sus asuntos y poner todos sus acreedores de acuerdo. Una sola empresa grande agrega el valor total y el número de empleados de muchas PME. Las empresas grandes tienen la ventaja de más recursos y mejores abogados. Hasta los mismos jueces, conscientes de los intereses en juego en la reorganización, se esfuerzan con el procedimiento para que salga a flota la industria grande.

La ley tradicional de insolvencia, por el otro lado, inculpa al deudor y presume la presencia de conducta sospechosa en el caso de la insolvencia¹⁹. Busca descubrir el fraude u otra mala conducta económica y sancionarla. Descarta las posibilidades de mantener a flota al insolvente por una reorganización. Ignora las posibilidades de salvar el empleo a mucha gente y la posibilidad de pagar más a los acreedores. Rechaza el valor reivindicatorio de los relativamente pocos negocios rescatables de la insolvencia.

Entre las leyes tradicionales y las leyes modernas de insolvencia, hay muchas leyes intermedias, que han pasado de disposiciones que castigan al insolvente pero no han llegado a las disposiciones que más apoyan y cuidan al deudor y las otras partes con todas las medidas desarrolladas en la práctica moderna.

La actividad de la Uncitral en este campo señala el estado actual mundial del Derecho de insolvencia. Después de muchos años de deliberación, la Comisión

¹⁷ Se suele decir que entre los ingredientes de la receta del éxito en los negocios está haber quebrado alguna que otra vez.

¹⁸ *V.gr.*, en el sistema estadounidense se permite al deudor quedarse con su residencia, exenta de ejecución de los acreedores. El valor exento se fija por cada Estado. En algunos casos —Florida y Texas— el valor no tiene límite, mientras la vivienda se encuentra en un terreno limitado a media hectárea.

¹⁹ En este caso el contenido de la ley conserva el sentido original del procedimiento de “bancarrotas,” en que los comerciantes insolventes desafortunados de las ferias medioevales sufrían la pérdida completa de sus negocios cuando les quitaba todos sus bienes y rompían “su banca”, dejándoles sin posibilidades de seguir en el comercio.

pudo sacar un Guía Legislativa sobre el Derecho de insolvencia²⁰, pero no una ley modelo. No hubo consenso en el foro. Tuvo que recurrir a la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza, aceptando la diversidad de leyes nacionales en la materia.

El conflicto de leyes sobre la insolvencia se complica con el conflicto de leyes sobre las garantías mobiliarias, donde también existen muchas diferencias de país en país. Estas leyes definen la prelación entre acreedores con reclamos sobre lo que hoy en día cuenta por la mayoría del activo del deudor. Las leyes de insolvencia como las leyes sobre las garantías mobiliarias experimentan reformas en muchos países, muy a menudo en conjunto con otras leyes mercantiles que afectan la insolvencia. No obstante la tendencia en pro de la reforma, y la armonización de la zona TLCAN, falta mucho para armonizar los regímenes europeos y en otras partes del mundo. Mientras no existe jerarquía única de prioridades entre acreedores, no existe garantía sino un caos de reclamos, una cacofonía sin tono ni voz principal. Esta situación existe en muchos países en la insolvencia. La armonización mundial de estas leyes podría ordenar la jerarquía de prioridades a niveles nacionales, y terminaría con los conflictos de leyes en las insolvencias internacionales, pero no se producirá en el futuro cercano.

Frente a estas circunstancias, la discusión de la insolvencia transfronteriza ha centrado entre dos campos: los que abogan por una política “universalista” y los que la oponen con un paradigma “nacionalista” o “territorialista”. Convendría definir con cuidado esos conceptos y cuestionar si son los únicos, o los mejores, aplicables.

2. El universalismo

Este paradigma disfruta una aceptación entusiasta en la comunidad académica, mientras experimenta un rechazo por los que hacen las políticas y las leyes en los países soberanos del mundo. El factor determinante, a criterio de los universalistas, es la eficiencia de aplicar una sola fuente jurídica a la resolución de las múltiples deudas, reclamos, disputas y controversias que surgen en el proceso de la insolvencia. Invocan el concepto básico de la insolvencia: debe ser un solo caso que reúna y resuelva todo. Se busca la justicia esencial de aplicar un sistema integral a la masa entera, sin que importe donde se encuentren sus incidentes. Si se permite dividir el proceso según varias leyes nacionales distintas en sus efectos, conflictivas en la disposición de los mismos bienes y derechos, no hay manera de evitar la injusticia. Las partes iguales o semejantes en sus circunstancias recibirán tratos distintos según los países en que se encuentren ellas

²⁰ https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf.

o los bienes, las obligaciones, los derechos u otros asuntos que traen al proceso. Las partes recibirán trato distinto, y se frustra la posibilidad de un efecto global en la resolución judicial. Habrá resoluciones variadas, y un efecto total que nadie podría predecir ni sujetar a la orden.

Para la doctrina universalista, la mejor forma de llevar a cabo el proceso, y resolver todos los problemas jurídicos variados presentes en ello, es escoger y aplicar una sola ley de insolvencia para resolver todas las disputas involucradas, en cualquier parte del mundo. Eso quiere decir identificar a un juez competente desde el principio y de allí someter todo a éste, por encima de las otras leyes nacionales que pudieran tener aplicación. La competencia legislativa y la jurisdicción seguirán la competencia judicial inicial. Una vez establecida una jurisdicción principal responsable del procedimiento principal, a todas las otras jurisdicciones afectadas les quedarán procedimientos “no principales,” o supletorios. Les toca aportar cooperación y ejecución al procedimiento principal en aplicación de la ley singular, subordinando las suyas al efecto del bien en conjunto.

Por leerlo aquí y fijarse en las implicaciones, salta a la mente todas las objeciones a tal rendición de poderes a un tribunal principal extranjero, con su procedimiento, su ley y todo su régimen de insolvencia, ajenos si no antagónicos al esquema nacional del tribunal en otro país donde llegan a rogar la cooperación y la ejecución.

Consciente de los problemas políticos y prácticos de la doctrina del universalismo, contemplamos su concepto central: ¿cómo se determina el tribunal competente para abrir el procedimiento principal? Según la Ley Modelo de la Uncitral²¹, se trata del juez del CPID (centro de intereses principales del deudor), esto es, del “Estado donde el comerciante tenga el centro de sus principales intereses”²². Se presume que el domicilio será el CPID, pero se admiten pruebas en contra²³.

Una vez sentado el procedimiento principal, todos los otros procedimientos no— principales servirán de apoyo a aquel, cooperando en aplicar sus reglas y disposiciones a las obligaciones, a los derechos, a los bienes y a las partes que se

²¹ Arts. 279(II) y 296, ¶2(I) LCM. El CdQ no cambió su expresión tradicional de la competencia cuando promulgó la Ley Modelo, y dispone que “*solo una persona quien resida o tenga su domicilio, su lugar de negocios, o bienes en los Estados Unidos podría hacerse deudor bajo esta ley*”: art. 109(a) CdQ. Designa para abrir la insolvencia el tribunal “donde se encuentra el domicilio, residencia, lugar principal de negocios en los Estados Unidos, o bienes principales en los Estados Unidos”, 28 § 1408(1) U.S.C.

²² Siguiendo la Ley Modelo, art. 16(3). El término también se utiliza en el Reglamento de la Unión Europea sobre los Procedimientos de Insolvencia, DO L160, 2000 (de aquí en adelante, “Reglamento”). Entró en vigor el 31 mayo 2002. El mismo término aparece en los Principios ALI/TLCAN.

²³ Art. 295, ¶3 LCM.

encuentran dentro de su respectiva jurisdicción para efectuar las disposiciones de la ley principal. Viene a ser el compromiso de los tribunales supletorios recibir las cartas rogatorias, y ejecutar los órdenes y las sentencias emitidas del tribunal principal que lleva el procedimiento principal, cuando este carece de jurisdicción efectiva, creando una cooperación global en aplicar la regla única del procedimiento principal.

Puede haber preocupaciones sobre la prueba del CPID, criterio fundamental para el universalismo. La doctrina clásica no ha desarrollado tanto el concepto del CPID, y es por naturaleza subjetivo en su aplicación. No comparto esas preocupaciones. Las operaciones y los intereses de una persona insolvente pueden dispersarse sobre varios países, y puede haber domicilios de conveniencia, pero los tribunales aplicarán la CPID en forma efectiva, ganando seguridad mientras más sentencias desarrollan una jurisprudencia sofisticada en la materia. Se ha producido una buena base jurisprudencial en pocos años. Ha descubierto un problema, en la competencia sobre subsidiarios²⁴, que pueden tener un CPID distinto de la casa matriz, pero representa la especie de dificultad esperada en las operaciones internacionales, que la práctica asimilará sin mayores dificultades.

No serán los problemas con el concepto del CPID los que condenarán el universalismo al fracaso. El problema serio con el universalismo radica en su hostilidad al poder legislativo nacional, expresado en la diversidad de regímenes sobre la insolvencia. Existe mucha discusión y poco consenso sobre el tema.

El universalismo impone la *lex fori concursus* y ordena aplicarla en todas partes—sin respetar al *forum loci executionis*— en nombre del procedimiento. Tendrá sus efectos por encima de la *lex rei sitae* y el *locus regit actum*, que se supone no tendrá aplicación ninguna en la definición de la masa ni en la determinación de las obligaciones y los derechos que la componen, resultado infeliz en términos del DIPr. Esta doctrina topa con consideraciones importantes como la posible falta de jurisdicción legislativa²⁵ y el depender de una cooperación internacional que podría no darse (pues no existe obligación al respecto). El tribunal principal, “competente” según el concepto de la Ley Modelo de la Uncitral, no tiene el poder necesario para ejercitar su competencia, porque muchos asuntos se quedan sujetos a la competencia y la jurisdicción de los tribunales de otros países. ¿Declinará su competencia y su jurisdicción a favor de una competencia y una jurisdicción derivadas del concepto de una competencia “principal”? Por lo visto, muchos dirán que, “no”²⁶.

²⁴ El ejemplo mejor conocido es el as. C-341/04: *Eurofood IFSC Ltd.*, 2006, ECR I-3813.

²⁵ Vid. art. 121(II) Constitución; art. 14 Cc,

²⁶ V.gr., en los EE UU, muchos predecían el fin de la soberanía nacional por haber promulgado la Ley Modelo. Vid. J.J. Chung, “The New Chapter 15 of the Bankruptcy Code: A Step Toward Erosion of

3. El territorialismo

El otro paradigma, más favorecido por las autoridades estatales y los abogados en ejercicio²⁷, se denomina el territorialismo. Fiel a las reglas tradicionales del DIPr, el territorialismo respetaría la jurisdicción territorial definida por las fronteras nacionales y aplicaría las leyes nacionales del lugar de los bienes, derechos u obligaciones en juego. Así que en la visión territorialista, bienes situados en Francia –aunque se encuentra el insolvente domiciliado y con su centro de principales intereses en Italia, donde inició su proceso de insolvencia– se someterán a un procedimiento netamente francés, en cuanto a la norma aplicable y el tribunal competente. Toda cuestión acerca de los bienes del insolvente en otra jurisdicción soberana –España o Alemania, supongamos– se resuelven según las leyes y ante los tribunales de España y de Alemania.

Los que apoyan el territorialismo encuentran en ello la aplicación de principios claros, establecidos y probados durante siglos en el DIPr; un método de resolución que evita retos a la soberanía; un método que respeta las expectativas de las partes que acordaron su asunto fijándose en la ley local; un método que deja al poder judicial local aplicar su propio derecho, cómodo y conocido; y, al fin y al cabo, un método que permite a las partes identificar anticipada y acertadamente el Derecho nacional aplicable a cualquier bien de la masa internacional, sin importar donde se desarrolla el procedimiento de insolvencia.

Un elemento importante en el territorialismo son los intereses locales, eco del *Volksgeist* de Savigny. Se supone que las leyes nacionales expresan las inquietudes y conceptos de justicia y prácticas mercantiles de sus pueblos, a veces a nivel de orden público²⁸. Supeditar estas inquietudes y conceptos a las políticas ajenas inherentes en leyes procedentes de otras poblaciones no es aceptable para muchos. Si aceptan el concepto universalista, la legislatura nacional acepta a ciegas un régimen ajeno sobre la insolvencia, acordándose respetar unas leyes cuya aplicación se determinó por la casualidad del domicilio o el CPID, o porque el insolvente haya procurado establecerse en un país con leyes que le favorece indebidamente según el criterio legislativo del otro país “secundario” en el proceso.

Dicen los territoriales, con mucha razón, que el concepto universalista es contrario a la idea básica del DIPr. Establecer una competencia original que plantea

National Sovereignty”, *NW. J. Int’l L. & Bus.*, vol. 89, 2006, p. 27; L.M. LoPucki, “Global and Out of Control?”, *Am. Bank. L.J.*, vol. 79, 2005, p. 79

²⁷ *Vid.*, v.gr., L.M. LoPucki, “The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy”, *Mich. L. Rev.*, vol. 98, 2000, pp. 2216 ss, esp. p. 2219.

²⁸ Art. 1 LCM: “La presente ley es de interés público...”.

un proceso que toda otra jurisdicción tendrá que reconocer y ejecutar es contrario a los principios del *execuatur*, el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. En muchos sentidos, en el momento en que se trata de intereses fuera de su jurisdicción estatal, la competencia y la jurisdicción del lugar del caso principal se vuelven artificiales y dependientes de la competencia y jurisdicción legítimas. El principal puede sentenciar pero no ejecutar. Depende de los tribunales no-principales para prestarle el poder necesario para hacer realidad su competencia principal. Y en el tema de la insolvencia, con sus efectos amplios y profundos en la sociedad, habrá razones para no prestárselo.

Por tomar un ejemplo cerca a la casa, la LCM mexicana que incorpora la Ley Modelo sobre las Insolvencias Transfronterizas de la Uncitral muestra las inquietudes que dan vida al territorialismo. En su art. 283—en el Título XII sobre la cooperación en los procedimientos internacionales—dice, “Nada de lo dispuesto en este Título podrá interpretarse en un sentido que sea contrario a lo dispuesto [en el resto] de esta Ley, o de cualquier manera que sea contraria a los principios fundamentales de Derecho imperantes en la República Mexicana”. Es más, no importa la procedencia, para su reconocimiento en México, el procedimiento principal debe observar la visita de verificación y formular la sentencia de concurso mercantil conforme a los requisitos de la ley mexicana, y no a los requisitos del Estado de origen²⁹.

La Ley Modelo Uncitral, por todas las razones soberanas detalladas arriba y el consenso del foro, no pudo elegir categóricamente la doctrina universalista. Tuvo que permitir la norma mexicana. Bajo su art. 20, incisos (2) y (4), la Ley Modelo invitó a un país crear excepciones en el momento de adoptarla, e indicar que “toda norma de Derecho interno relativa a la insolvencia” a la cual las pretensiones universalistas de la Ley Modelo “estarán supeditadas”. Si el país adoptivo impone criterios territorialistas, insistiendo en sus propias leyes de insolvencia por encima de la ley de competencia principal, reduce la Ley Modelo a un reglamento de cooperación judicial, que no se atreve a buscar un esquema universal para una insolvencia transfronteriza. Entonces, depende del legislador de cada país si la Ley Modelo introduce criterios universalistas o territorialistas. Las posibilidades de que predominen criterios universalistas son muy escasas.

En la región del TLCAN, las normas de Derecho interno relativas a la insolvencia no discrepan tanto, debido a dos décadas dedicadas a la armonización. Las excepciones que pusieron los tres países partes al TLCAN no introdujeron muchos conflictos regionales de leyes, porque no había muchas discrepancias entre los tres sistemas y la armonización sigue en marcha. No obstante, esas mismas excepciones defienden las leyes nacionales de sistemas fuera de la re-

²⁹ Art. 293 LCM.

gión, que no comparten el mismo grado de armonización. Allí, pueden proliferar los conflictos de leyes. Se solucionan esos conflictos por aplicar la ley nacional, la *lex sitae*, un resultado bendecido por el DIPr.

IV. La distinción entre la competencia y la jurisdicción en la insolvencia internacional

En este contexto cobra fuerza la distinción entre la competencia y la jurisdicción. Puede parecer que no hay distinción, que los dos términos son sinónimos. Pero en el contexto de la insolvencia internacional se expone unas diferencias conceptuales importantes que iluminan el fenómeno, como intento explicar abajo. La aplicación de la competencia entrega el caso ante un tribunal, pero la aplicación de la jurisdicción determina si las resoluciones del tribunal competente se van a ejecutar, o no, ante un tribunal con jurisdicción sobre los particulares del caso.

1. La competencia³⁰

Por competencia, se entiende “la facultad del juez para ejercer la jurisdicción que le corresponde en un caso concreto”³¹. La competencia definida en la LCM mexicana³² es típica para una ley de insolvencia: corresponde al “Juez de Distrito con jurisdicción en el lugar en donde el [insolvente] tenga su domicilio”³³. Por su naturaleza, la insolvencia internacional trata de un deudor con domicilio en un país, mientras cuenta con intereses y bienes en otros. Idealmente, habrá un tribunal principal, cuya competencia arrastre dentro de su órbita todo el asunto, y después varios tribunales secundarios. Los secundarios también tienen que ser

³⁰ Es interesante contemplar la etimología de la palabra antes de analizar su sentido jurídico. Viene del raíz Latín *competere*—de la cual *competentia* forma el participio presente, y *competens* el participio activo—que quiere decir calificarse, juntarse, acordarse, adecuarse, ponerse en simetría. Entonces el sentido etimológico del término enfatiza las acciones consensuales de ponerse junto y de acuerdo en un proceso, sentido correspondiente al presente contexto.

³¹ L. Pereznieta, *Derecho internacional privado. Parte general*, 7ª ed., México, Ed. Oxford, 1998, p. 191.

³² En el CdQ estadounidense, el art. 109, 11 U.S.C. §109, las bases de la competencia son más expansivas, y cualquier persona “quien resida o tenga un domicilio, un lugar de negocios, o propiedad en los Estados Unidos . . . podría hacerse un deudor” ante los tribunales de quiebras federales. En otra sección, del Título 28 del *United States Code*, dispone, 28 U.S.C. 1408, que un proceso de insolvencia debe de iniciarse ante el tribunal federal en el Distrito “donde el domicilio, residencia, lugar de negocios en los EE UU, o los bienes principales en los EE UU, de la persona natural o jurídica objeto de tal caso se habían ubicado en los 180 días inmediatamente anteriores al caso,” o la mayoría de estos 180 días. Iguales en las dos leyes nacionales, porque vienen como parte de la Ley Modelo de Insolvencias Internacionales, promulgada en México y en los EE UU.

³³ Art. 17 LCM.

competentes, pero con competencias limitadas a sus poderes jurisdiccionales sobre personas o bienes, no sobre la insolvencia. Las leyes nacionales empiezan con esta orientación, reclamando una competencia global sobre la insolvencia ante sus tribunales, hasta los límites de la masa y asuntos relacionados. El procedimiento principal llegará a los países secundarios en persona de su representante, quien “estará legitimado para comparecer directamente ante el juez en los procedimientos que regula esta ley”³⁴.

¿Quién será “el juez” a que se refiere? En el país secundario donde se presenta el representante, tiene que ser el juez que tenga poder de ejecución sobre bienes o derechos que forman parte de la masa. La competencia en este caso se determina en torno al control factible del juez sobre los intereses o bienes en juego. Si se trata de un bien corporal, la competencia y la jurisdicción caería donde se ubica el bien. Si se trata de un derecho, la competencia y la jurisdicción caería donde se ubica el demandado³⁵.

No será una competencia derivada de la competencia original donde comenzó el caso de insolvencia, sino limitada en su jurisdicción y poder por la existencia de ella. La competencia del caso principal abarca todo aspecto implicado en la insolvencia, mientras la competencia de los tribunales secundarios debe fijarse en los objetos dentro de su poder local. El proceso principal se hace cargo de todo; la insolvencia es un proceso de por sí integral. Los procesos secundarios se limitan a los asuntos dentro de su poder ejecutorio, con la función—mientras no la obligación³⁶—de recibir las comunicaciones del tribunal principal, llevar a cabo su disposición y devolverlo informe sobre las acciones realizadas.

Siguiendo con el ejemplo mexicano, el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF), en sus arts. 24 y 156, reconocen la competencia del juez del lugar de cumplimiento de un contrato³⁷ y del lugar de situación del bien cosa³⁸. O sea, disponen una regla general de *lex rei sitae*. Por otro lado, acto seguido reconocen una excepción derivada del principio *mobilia sequuntur personam*, en el caso de acciones reales sobre muebles o de acciones personales o del estado civil, donde

³⁴ Art. 286 LCM. El art. 1512 CdQ, también producto de la adopción de la Ley Modelo de la Uncitral (art. 12), dice la misma cosa. *Vid.* también art. 279 LCM, el art. 1505 CdQ y el art. 5 Ley Modelo, que tratan del nombramiento del representante para procesos extranjeros, en vez de la recepción del representante procedente del extranjero.

³⁵ El problema se complica si se trata de un país como México o los EE UU, repúblicas divididas en estados. Al menos en estos casos, se supera el problema con hacer de la insolvencia una competencia federal, que alcanza toda la república desde el tribunal original.

³⁶ La Ley Modelo pone una excepción por el orden público en todo caso (art. 6). *Vid.* art. 1506 CdQ, y art. 280 LCM.

³⁷ Art. 24 (II) CFPC y art. 156 (II) CPCDF.

³⁸ Art. 24 (III) CFPC y art. 156 (III) CPCDF.

la competencia caerá en el domicilio del demandado³⁹. La segunda regla reconoce que el juez competente es el “del lugar del domicilio del deudor”⁴⁰, una referencia que cede paso a la competencia general basada en el CPID, un nexo que bien puede ser su domicilio, pero admite otras posibilidades perentorias. A final de cuentas, las reglas de *lex rei sitae* y de *mobilia sequuntur personam* deben—nuevamente, de forma ideal, en pos de una teoría coherente—de supeditarse a la regla de *lex fori concursus*.

La competencia determinada por el CPID pretende dictar la ley aplicable para conseguir una resolución global de todos los asuntos pendientes del insolvente, en pro de una eficiencia procesal y una justicia única que reúna a todos los participantes en sus efectos. Depende, sin embargo, de la voluntad jurisdiccional de los tribunales secundarios que ejercen los poderes de su propio sistema sobre la resolución procedente del tribunal principal, o cooperan con este en llegar a resoluciones mutuas. Cuando existen conceptos distintos de la justicia en la insolvencia tal y como existen, habrá resistencia a los propósitos de la competencia principal y la tendencia de no reconocer su predominio global. Tales circunstancias premian la cooperación para lograr una resolución que reconcilia los intereses en conflicto a la vez con servir los propósitos de la insolvencia.

La competencia convocada para la insolvencia hace una combinación de todos los asuntos en una competencia, en nombre de “economía procesal”⁴¹. Como vemos, la competencia ligada al CPID o domicilio del deudor tendrá toda una serie de implicaciones distintas cuando ese nexo y sus leyes son extranjeros. La economía procesal aceptable dentro de un sistema nacional vuelve más problemática cuando se trata de situaciones internacionales, y los conflictos de garantías constitucionales, leyes, costumbres, políticas, y soberanías que implican.

Hay insolventes internacionales conscientes de estas circunstancias, y a la vez conscientes que ciertas competencias nacionales les sean más propicios que otros. Siendo internacionales en sus actividades, les abre la posibilidad de escoger donde mejor les conviene iniciar la insolvencia. Debido a eso, se han presentado una serie de casos de *forum shopping*⁴² en que el insolvente en contemplación de plantear un proceso de insolvencia procura establecer su domicilio o centro de principales intereses en el lugar cuya legislación más le favorece.

³⁹ Art. 24 (IV) CFPC y art. 156 (IV) CPCDF.

⁴⁰ Art. 24 (V) CFPC y art. 156 (VII) CPCDF.

⁴¹ L. Pereznieta, *op. cit.*, p. 194 menciona la “protección al deudor al centralizar todas las acciones [y también] a los acreedores ya que tendrán la oportunidad de conocer la existencia de otros acreedores, la naturaleza de las reclamaciones y la procedencia de éstas.”

⁴² *Vid.*, v.gr., las insolvencias abiertas ante tribunales ingleses por empresas que buscan ampararse en los arts. 895–901 de la *Companies Act* (2006); v.gr., *Rodenstock* (2011) EWHC 1104 y *Tele Columbus* (2010) EWHC 1944.

2. La jurisdicción⁴³

La jurisdicción trata del poder judicial de aplicar la norma al caso concreto y después ejecutar la sentencia emitida en aplicación de la norma, con sus efectos generales y obligatorios. Aun cuando hay competencia, puede que el juez no tenga la jurisdicción sobre el asunto. Bienes muebles que caen bajo su competencia por pertenecer a un deudor con su CPID/domicilio en su distrito judicial pueden escapar físicamente a otra jurisdicción donde el juez de competencia principal no tendrá poder sobre ellos. Este es el caso típico de las insolvencias transfronterizas. No es tan difícil identificar el juez competente para abrir la insolvencia, sea por el domicilio del deudor o por otros factores que define su CPID. Toda persona tiene domicilio único y, en el caso de criterio alternativo, debe de tener solo un CPID. Lo difícil será hacer de la competencia original el factor determinante. Mientras la competencia se podría fijar, tratándose de intereses, obligaciones, derechos y bienes en países distintos, surgen problemas de jurisdicción—del poder efectivo y aplicable sobre la cosa—desde el principio.

Es menester derivar un sistema que ponga las cuestiones jurisdiccionales al servicio de la competencia, si quieren una competencia única y factible, o rector, en sus efectos. Si se admite la posibilidad de múltiples competencias, aun cuando una sea original y varias secundarias, entonces las cuestiones jurisdiccionales se simplifican en el grado que los conflictos se aumentan. Si se opta por una competencia principal, cuya ley de insolvencia se aplica en todas las jurisdicciones implicadas, acaba con todo conflicto de leyes, pero la soberanía no se rinde a tal grado. La cooperación ofrece la única forma de superar el dilema. En ausencia de la armonización de leyes, se podría contar con la armonización de procedimientos y propósitos.

La discusión sobre cómo resolver los problemas de jurisdicción en la insolvencia transfronteriza ha centrado entre dos campos: los que abogan por una política “universalista” y los que la oponen en favor del “territorialismo.” Conceptos de la competencia y de la jurisdicción están al centro del debate, y quisiera enfocarlo sobre esos conceptos. Los universalistas buscan en la cooperación internacional mediar el problema, reclutando los jueces cuya competencia aparte de la insolvencia les da poderes jurisdiccionales sobre los elementos de la insolvencia a convertir su competencia en una supletoria, o no principal, suje-

⁴³ De nuevo, quisiera aludir a la etimología de la palabra, para reflejar las raíces en la aplicación actual. Jurisdicción deriva de las palabras latín de *ius*—ley— y *dictio* —dice—. El sentido viene más definitivo que la competencia. “La ley dice” trae un sentido de poder innegable, de compulsión irresistible. En verdad, tal sería el poder de un tribunal con jurisdicción, con los recursos de la fuerza oficial a su disposición para ejecutar su sentencia. O sea, la jurisdicción necesariamente incluye la competencia sobre el asunto específico, pero la competencia general no necesariamente incluye la jurisdicción sobre los asuntos específicos implicados en ella.

tando su jurisdicción al servicio de la competencia principal. Los territorialistas no cederán esa jurisdicción arraigada en una competencia natural fortalecido con poder de ejecución y resolución para entregarlo al servicio de otra jurisdicción extranjera, una soberanía con intereses que discrepan de los locales en muchos particulares.

Vuelvo a repetir, si todos tuviéramos las mismas leyes sobre la insolvencia, no tendríamos el problema. Sea por la ley del tribunal principal, o por las leyes de los tribunales secundarios, en caso de una armonización el resultado sigue igual y no importa el porqué. No puede haber conflicto. Desgraciadamente, desde hace mucho tiempo estamos muy lejos de la armonización. Afortunadamente, la necesidad es la madre de la invención; el derecho encontrará camino liso y recto para los fletes cotidianos. En nuestros días, parece que el camino de la cooperación y la comunicación han encontrado forma de coordinar las diversidades en regímenes nacionales y de hacerlos coherentes en las insolvencias internacionales.

V. Perspectivas europeas hechas globales: universalistas territoriales

El Reglamento Europeo ratificado en mayo de 2000 –el 1346/2000– es la fuente más instructiva sobre insolvencias internacionales, sobre todo por haberse madurado y refinado en sus diez años de aplicación como fuente oficial dentro de una región cohesiva. Deja una jurisprudencia creciente, mina de pepitas preciosas en orientación sobre la materia. Además, da lugar a prácticas ingeniosas y saludables por la iniciativa de una abogacía concentrada en una materia de alta importancia económica. Sus antecedentes se han llevado a nivel mundial por el Instituto Internacional de Insolvencias y el proyecto conjunto con el *American Law Institute* de proponer los *Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*⁴⁴ (Principios Globales para Cooperación en Casos de Insolvencia Internacional) (“Principios Globales,” de aquí en adelante), cuyos dos *Rapporteurs* son europeos, Ian Fletcher de Inglaterra y Bob Wessels de Países Bajos.

El Reglamento tiene aspectos frustrantemente ambiguos, igual que la Ley Modelo, pero las ambigüedades se han precisado por la jurisprudencia y la práctica, exponiendo los puntos débiles en el sistema y adoptando medidas para subsanarlos. Funciona dentro de la Unión Europea, comprometiendo a sus Estados Miembros, sin pensar en regir sobre procedimientos fuera de la Unión⁴⁵. Pero en la realidad, tiene mucha influencia mundial, concretamente en el III que lleva su punto de visto al otro lado del Atlántico. En este sentido, tiene mayor impacto que los Principios del ALI/TLCAN, aun cuando muchos de los participantes en

⁴⁴ <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/36/5897.html>.

⁴⁵ Párrs. 5, 8 y 14 Preámbulo y arts. 3–16 Reglamento.

el proyecto de los Principios (2003) participaron en el proyecto de los Principios Globales III/ALI (2012). A final de cuentas, los Principios Globales combinan lo mejor de una fuente oficial—el Reglamento—con lo mejor de un juego de pautas informales—los Principios—que funcionan dentro de un sistema informal conseguido por la armonización y el espíritu de cooperación.

Destaca el ejemplo del concepto de la competencia para iniciar el procedimiento de la insolvencia. Dentro de los países miembros, el Reglamento insiste que el procedimiento principal se debe llevar a cabo en el estado donde está el centro de principales intereses del deudor (CPID)⁴⁶. El Reglamento define el “centro de principales intereses” de una “compañía o persona jurídica” como “el lugar de la oficina registrada,” una presunción que funcionará “en ausencia de pruebas al contrario”⁴⁷. En su Preámbulo, el Reglamento expresa que “el centro de principales intereses debe corresponder al lugar donde el deudor conduce la administración de sus intereses en forma regular y de tal modo sea posible de cerciorarse por terceras partes”⁴⁸.

Las experiencias de una década han posibilitado la clarificación del concepto y del ejercicio de la competencia⁴⁹. De entrada, probó la virtud de llevar el lenguaje del Preámbulo al texto del Reglamento como la prueba del CPID⁵⁰. De allí agregaron en las modificaciones que el tribunal debe examinar ex officio si tiene la competencia correspondiente y fundar su determinación⁵¹; que debe especificar si es un procedimiento principal o secundario⁵²; y que debe contemplar el CPID de personas naturales, diferenciando entre comerciantes y laicos⁵³. Las modificaciones procuraron proveer una notificación efectiva a los acreedores extranjeros⁵⁴, a los que les permite objetar la apertura⁵⁵. Además, admite la posibilidad de tratar en la insolvencia acciones derivadas⁵⁶ o relacionadas a ella⁵⁷,

⁴⁶ Párrs. 14–21 Preámbulo y arts. 3(1)–16 Reglamento.

⁴⁷ Art. 3(1) Regl. No definió el centro de principales intereses para una persona natural; suponía que el domicilio y/o residencia determine la competencia de un procedimiento de insolvencia, pero el Reglamento no lo trataba.

⁴⁸ Párr. 13 del Preámbulo. *Vid.* también el párr. 12.

⁴⁹ Propuesta, SWD (2012) 416 final, Considerando n° 4.

⁵⁰ *Id.*, párr. 11, agregando nuevo Considerando 13a al Preámbulo del Reglamento Reformado; ¶ 22, reformando art. 3(1). *Vid.* as. C–396/09: *Interedil*, 14 (2011), que adoptó ese lenguaje en la aplicación del CPID.

⁵¹ Propuesta, SWD (2012) 416 final, párr. 9, agregando nuevo Considerando 12a; párr. 3, agregando nuevo art. 3b(1).

⁵² *Id.*, párr. 23, agregando nuevo art. 3b(1), 3b(2).

⁵³ *Id.*, párr. 22, reformando art. 3(1).

⁵⁴ *Id.*, considerandos; párrs. 14–17, agregando nuevos considerandos; párr. 30, reformando los arts. 21 y 22; *vid.* también párr. 29, agregando los arts. 20a–20d, estableciendo el sistema europeo de registro de insolvencias.

⁵⁵ *Id.*, agregando art. 3b(3).

⁵⁶ *Id.*, agregando art. 3a(1).

nuevamente reivindicando la eficiencia procesal⁵⁷. Incluye también en la insolvencia procedimientos con efectos de arreglar las deudas del insolvente sin quitarle control de la empresa ni llegar a la liquidación, reconociendo los dichos procedimientos “híbridos” o “pre-insolvencias”⁵⁸. Tampoco es necesario abrir una insolvencia secundaria—y a la cual quitaría también la necesidad de ser una liquidación⁶⁰—siempre y cuando no sea necesario para proteger los intereses de los acreedores locales⁶¹.

Las modificaciones también abren y apoyan mucho la cooperación y la coordinación entre tribunales de distintos países, y entre liquidadores y tribunales, formalizando procedimientos y tratos derivados de las mejores prácticas observadas en la primera década del Reglamento⁶². De nuevo, tiene el propósito de hacer del tribunal cuya competencia original se estableció por el CPID el tribunal principal para un procedimiento coherente. Han refinado mucho la práctica de la insolvencia a base del CPID.

Las modificaciones propuestas parecen hacer muchos cambios, todos en respecto del CPID y la competencia del tribunal principal, pero en efecto no implica cambio de ninguna política básica puesta en el Reglamento 1346/2000. Solo hace caso a las lecciones aprendidas para perfeccionar su aplicación, sin cambiar su visión. La nota distintiva en el contexto europeo es contar con una aplicación común del concepto CPID en todas sus implicaciones, apoyado por la casación de la Corte Europea de Justicia. En los países miembros del TLCAN, puede haber aplicaciones distintas del mismo criterio sin foro común que las resuelvan. Mientras en la UE, el concepto camina hacia una aplicación cada vez más coherente y refinada, en el TLCAN las variaciones no tienen resolución. Las recomendaciones de modificaciones al Reglamento demuestran el fenómeno.

La esperanza sobresaliente a nivel mundial radica en el buen ejemplo del Reglamento y su reconocimiento en los Principios Globales III/ALI, un documento que imita mucho al Reglamento. Mientras el Reglamento funciona bien en la

⁵⁷ *Id.*, agregando art. 3a(2).

⁵⁸ *Id.*, agregando el art. 3a (3). El nuevo art. 3a codificaría el as. C-339/07: *DekoMarty*, 2009.

⁵⁹ *Id.*, considerando n° 3; párr. 7, agregando nuevo Considerando 9a; párr. 21, reformando Art. 1(1). Según el Sumario Ejecutivo, SWD(2012) 417 final, párr. 2.2.1, muchos de los Estados miembros reformaron sus leyes sobre la insolvencia en los últimos años, muchos desde la vigencia del Reglamento, y casi dos tercios (14 países) tienen procesos híbridos o pre-insolvencia que escapan su alcance.

⁶⁰ Propuesta, SWD (2012) 416 final, Considerando (5); párrs. 39–40, reformando los arts. 35 y 37.

⁶¹ *Id.*, considerando (5); párr. 34, art. 29a; y párr. 12, agregando los nuevos considerandos 19a y 19b.

⁶² *Id.*, considerando (7); párr. 13, reformando Considerando 20; y párr. 14, agregando los nuevos considerandos 20a y 20b; párrs. 35–45, reformando los arts. 31, 33–35, 37, 39–41, y agregando los arts. 31a y 31b.

EU, como fuente oficial, sus reglas, políticas y buenas prácticas tendrán cada vez más aplicación en el resto del mundo a través de los Principios Globales III/ALI.

No quisiera decir que la perfección se ha alcanzado. En Europa, sigue la diversidad de leyes sobre la insolvencia⁶³, las garantías mobiliarias y otras implicadas. Y no han propuesto ninguna modificación al lenguaje original del art. 28, con arreglo al cual, “salvo disposición opuesta en este Reglamento, el Derecho aplicable a los procedimientos secundarios será el del Estado Miembro dentro de cuyos territorios se abren los procedimientos secundarios”. El Reglamento no incluye muchas disposiciones sustantivas opuestas a la regla general, y la amplía con referencias específicas. Explícitamente, señala que la apertura de un procedimiento principal de insolvencia “no afectará” a los derechos creados bajo otras leyes, tales como: derechos reales (art. 5 Regl.), cesiones de derechos (art. 6 Regl.) y la retención de título (art. 7 Regl.). Explícitamente, señala que otros actos jurídicos “serán gobernados solamente” por la ley del Estado Miembro donde está ubicado el bien o interés objeto del acto: contratos relacionados a bienes inmuebles (art. 8 Regl.), sistemas de pago y mercados financieros (art. 9 Regl.) contratos de empleo (art. 10 Regl.), los efectos de derechos inscritos en un registro (art. 11 Regl.) actos en detrimento de los acreedores (art. 13 Regl.), la protección de terceras partes compradores (art. 14 Regl.) y los juicios pendientes en el momento de iniciar el procedimiento de insolvencia (art. 15 Regl.). En resumen, en el Preámbulo el Reglamento reconoció “el hecho que como resultado de leyes sustantivas ampliamente diferentes no es práctico introducir procedimientos de insolvencia de efectos universales en la [UE] entera” (Preámbulo del Reglamento). La Propuesta no contiene mayores modificaciones a esta serie de preferencias a la ley nacional del “Estado Miembro dentro de cuyos territorios se abren los procedimientos secundarios”⁶⁴.

Es decir, el Reglamento defiende y seguirá defendiendo las leyes nacionales de sus Estados Miembros en caso de una insolvencia europea. Es decisivo en identificar el tribunal competente para el procedimiento principal, e insistir en su competencia principal exclusiva, pero también es claro en hacer de ese tribunal un administrador en amparo de intereses territoriales, por sus reglas sobre el

⁶³ Quizás la razón principal para no poder sacar una ley modelo sobre la insolvencia en la Uncitral, que tuvo que conformarse con una Guía Legislativa sobre la Insolvencia (2005). Disponible en https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf.

⁶⁴ Proponen: cambiar “el cuerpo general de acreedores” por “todos los acreedores,” en art. 4(2)(m); agregar un nuevo art. 6a, especificando la ley aplicable a los acuerdos *netting* como la ley del contrato que gobierna tales acuerdos; agregar un nuevo art. 10a, refiriendo a contratos sobre bienes inmuebles (art. 8) y de empleo (art. 10) y permitiendo el tribunal principal terminar o modificar tales contratos cuando la ley del Estado Miembro requiere la aprobación del tribunal que abrió la insolvencia pero no hay procedimiento de insolvencia en ese Estado Miembro; agregar “procesos de arbitraje” entre los procesos pendientes cuando la insolvencia, en art. 15.

derecho aplicable. El Reglamento ha dispuesto con mucho detalle las prohibiciones que cancelan cualquier pretensión del tribunal que inicia el procedimiento principal de imponer su propia ley como regla universal. Mientras el tribunal principal no tiene poderes universales de resolución, sus leyes no tienen tanta importancia. Pero, por lo visto, tampoco obstaculiza demasiado la resolución de insolvencias europeas la insistencia en las leyes nacionales por encima de la ley de donde se abrió la insolvencia inicial. El sistema aparentemente funciona con tanto éxito –o es tan discutido que no hay consenso– que la Propuesta dejó el Reglamento sin modificaciones sustantivas en esa índole.

Entonces, globalmente la Propuesta fortalece el sistema de una competencia principal, respetuosa de las leyes nacionales de otros Estados Miembros implicados en la masa del insolvente. Sus efectos chocantes con el concepto de la insolvencia como un proceso unificado se han suavizados por las muchas modificaciones a favor de más cooperación y comunicación entre el tribunal principal y los tribunales secundarios, como entre el síndico, los tribunales y todos los otros participantes.

Quizás no sorprenda que la idea de mitigar la aplicación de diversas leyes conflictivas en una sola insolvencia por medio de la cooperación y la comunicación prevaleciera no solamente en la UE, sino también en los Principios Globales III/ALI. Declaran inicialmente su “objetivo primordial de mejorar la coordinación y la armonización de los procedimientos de insolvencia [internacional] por comunicaciones entre las jurisdicciones involucradas”⁶⁵ y “no intentan interferir con el ejercicio independiente de jurisdicción por los tribunales nacionales”⁶⁶. Los Principios Globales III/ALI también utilizan el CPID como la base de competencia principal, pero su Principio 13 incluye una definición más elaborada y acertada del concepto⁶⁷. Los Principios Globales III/ALI cuidan de no presumir en contra de la ley nacional de donde están ubicados bienes y operaciones del insolvente⁶⁸.

En total, los Principios Globales III/ALI se mantienen fieles a los métodos y políticas establecidos por el Reglamento y la propuesta de modificaciones. Son más flexibles, en la medida en que permiten las comunicaciones entre tribunales⁶⁹, y más cuidadosa al detallar los propósitos generales de la insolvencia⁷⁰, pero los Principios Globales III/ALI llevan los criterios europeos al nivel mundial. Lo que han logrado y lo que lograrán es una especie de universalismo mo-

⁶⁵ Pauta 1.1 Principios Globales III/ALI.

⁶⁶ Pauta 1.2 Principios Globales III/ALI.

⁶⁷ Vid. Principio 13, y esp. 13.3 Principios Globales III/ALI.

⁶⁸ Vid. Pautas 1.2 y 18; Principios 3, 14.1, 14.3, 24.2, 30, 31, 34, y 35 Principios Globales III/ALI.

⁶⁹ Vid. Pautas 3–10, Principio 23 Principios Globales III/ALI.

⁷⁰ Vid. Principio 1 Pauta 1.1 Principios Globales III/ALI.

dificado, en palabras de Jay Westbrook, “un término que empieza con la ideal del universalismo—administración mundial de una insolvencia multinacional por un sol tribunal o autoridad—y después la modifica en su aplicación para reflejar el desarrollo pragmático de la cooperación y su experiencia aumentada sobre el tiempo”⁷¹.

VI. Pensamiento final

En teoría, es más eficiente aplicar una sola ley sustantiva a una insolvencia transfronteriza, por lo que en principio debería favorecerse el universalismo en la insolvencia internacional. Pero existen muchas razones prácticas en contra de la aplicación de una sola ley, obstáculos insuperables. Los intereses locales — desde el orden público y las garantías constitucionales hasta las prácticas mercantiles y las situaciones económicas— se oponen, para oponerse a un procedimiento extranjero, si este insiste e intenta imponerse. Afortunadamente, no tenemos que escoger. El Reglamento, y ahora Los Principios Globales III/ALI, toman un camino construido sobre la cooperación y la comunicación y no en la confrontación, un universalismo modificado, un proceso más que un sistema fijo. Deja tranquilos a los intereses soberanos, y a la vez trata de reconciliarlos y ponerlos de acuerdo para coordinar insolvencias internacionales exitosas.

Quizás el problema de la insolvencia transfronteriza —o más bien la insolvencia en sí— es que es todavía joven para el Derecho⁷². No ha transcurrido aún suficiente tiempo ni estamos suficientemente experimentados como para identificar una solución satisfactoria para todos los casos, ni predecir hasta donde llegará el proceso. Como muchos problemas jurídicos, encontrará su solución poco a poco, entre discusiones académicas, diplomáticas y profesionales. Además, la insolvencia internacional también dependerá mucho de la jurisprudencia generada por casos concretos y de los abogados que ejercen en la materia. A ver donde van.

⁷¹ En su artículo citado en la nota 8 supra, en la página 250. En inglés, escribió, “*modified universalism... is a term which begins with the ideal of universalism—worldwide management of a multinational insolvency by a single court or authority—and then modifies its application to reflect the pragmatic development of cooperation with increasing experience over time.*”

⁷² V.gr., la Comisión habló de un nuevo concepto europeo de la insolvencia de empresas, “sugiriendo que las leyes nacionales de insolvencia deben aproximarse, por ejemplo, con respeto a las reglas de facilitar una segunda oportunidad a los empresarios . . . reservada a los empresarios en las quiebras honradas”. COM (2012) 742 final, 5.

Bibliografía

- Chung, J.J.: "The New Chapter 15 of the Bankruptcy Code: A Step Toward Erosion of National Sovereignty", *NW. J. Int'l L. & Bus.*, vol. 89, 2006, p. 27 ss.
- LoPucki, L.M.: "Global and Out of Control?", *Am. Bank. L.J.*, vol. 79, 2005, pp. 79 ss.
- LoPucki, L.M.: "The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy", *Mich. L. Rev.* vol. 98, 2000, pp. 2216 ss.
- Pereznieto, L.: *Derecho internacional privado. Parte general*, 7ª ed., México, Ed. Oxford., 1998.
- Westbrook, J.L.: "An Empirical Study of the Implementation in the United States of the Model Law on Cross Border Insolvency", *Am. Bankr. L. J.*, n° 87, 2013, pp. 247 ss.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS SEGÚN EL REGLAMENTO BRUSELAS I EN GRECIA

Apóstolos ÁNCIMOS *

SUMARIO: I. Introducción. II. El procedimiento de execuátur. 1. Los detalles de la solicitud: A) Competencia material; B) Competencia territorial. 2. Mandatario *ad litem*. 3. Documentación exigida. 4. La primera etapa del procedimiento: el execuátur: A) Ejecutoriedad; B) Solicitud de no-reconocimiento. C) Exclusividad del procedimiento de execuátur; D) Las facultades del tribunal. III. Procedimiento de recurso: 1. Sobre la naturaleza jurídica del recurso. 2. Rebeldía de los litigantes en el procedimiento de recurso. 3. De la exclusividad del recurso. IV. Los motivos de denegación: 1. Orden público: A) Orden público procesal; B) Orden público sustantivo. 2. Emplazamiento del demandado: A) Sentencia dictada en rebeldía; B) Decisiones *ex parte*; C) La cédula de emplazamiento; D) Suficiencia de plazo; E) Falta de impugnación de la resolución extranjera ante el Tribunal de origen; F) Notificación de la sentencia extranjera. 3. Inconciliabilidad de las sentencias. 4. Falta de competencia judicial internacional. 5. Revisión de fondo. 6. Falta de ejecutividad en el Estado de origen. V. Otras cuestiones: 1. Suspensión del procedimiento. 2. Medidas cautelares. VI. Conclusiones.

RESUMEN: Este artículo presenta la aplicación del Convenio de Bruselas y del Reglamento relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en la República Helénica. Se centra en la cuestión del reconocimiento y la ejecución, y describe el procedimiento que se sigue de acuerdo con la legislación griega. El artículo examina las cuestiones de conformidad con el modelo de Reglamento Bruselas I [Capítulo III]; aclara las peculiaridades nacionales, e informa sobre las soluciones dadas por los tribunales griegos; registra la jurisprudencia publicada existente, y contiene una serie de decisiones no publicadas. La conclusión general a partir de casi 25 años de aplicación de los instrumentos mencionados en Grecia es positiva. Los motivos de denegación han sido apenas aceptados por los tribunales griegos. La libre circulación de las resoluciones judiciales se salva-guarda en Grecia.

PALABRAS CLAVE: SENTENCIAS EXTRANJERAS – RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN – REGLAMENTO BRUSELAS I– GRECIA – MOTIVOS DE DENEGACIÓN.

ABSTRACT: This article presents the application of the Brussels Convention and the Brussels I Regulation on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters in the Hellenic Republic. It focuses on the issue of recognition and enforcement, and describes the procedure followed

* Abogado– Tesalónica (Grecia).

according to Greek law. The article examines the issues in accordance with the Brussels I Regulation pattern [Chapter III]. It sheds light to domestic peculiarities, and reports on the solutions given by Greek courts. It records the existing reported case law, and contains a number of unreported decisions in the field. The overall conclusion from a nearly 25-years application of the above instruments in Greece is a positive one. Grounds for refusal have been scarcely accepted by Greek courts. Free circulation of judgments is safeguarded in Greece.

KEYWORDS: FOREIGN JUDGMENTS – RECOGNITION AND ENFORCEMENT – BRUSSELS I REGULATION – GREECE – GROUNDS FOR REFUSAL.

I. Introducción

La República Helénica llegó a ser miembro de la Comunidad Económica Europea en 1981. Sin embargo Grecia tardó casi 10 años en dar inicio a la aplicación del Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹ (en adelante, CB). En el año 1986, el profesor Kerameus y el difunto profesor Evrigenis presentaron un informe sobre el Convenio de adhesión de Grecia al Convenio de Bruselas². Grecia ratificó el Convenio en virtud de la Ley nº 1814/1988³. Casi 12 años más tarde, el Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, RB)⁴ sustituyó al CB. Ambos instrumentos han sido objeto de numerosos trabajos doctrinales especializados, cuyos frutos se recogen desde 1990 en diversas monografías⁵, a diferencia de la escasa literatura científica so-

¹ DO L nº 299 de 31.12.1972, pp. 2 ss.

² Vid. Información sobre el Informe de los Profesores D. Evrigenis y K. D. Kerameus relativo al Convenio de adhesión de la República de Grecia al Convenio de Bruselas en lo referente a la competencia judicial y la aplicación de Decisiones en materia civil y comercial de 1968, DO C 298, 24.11.1986.

³ *Boletín Oficial de Grecia*, Parte A 249/11.11.1988.

⁴ Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 12 de 16.1.2001, pp. 1 ss.

⁵ En orden cronológico: Gíafis, *Sobre los requisitos del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras entre los Estados Miembros de la CEE* (1990) [Προϋποθέσεις αναγνώρισεως δικαστικών αποφάσεων μεταξύ των κρατών της ΕΟΚ], Áncimos, *Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras dictadas en rebeldía* (2002) [Αναγνώριση και εκτέλεση ερήμην αλλοδαπών αποφάσεων], Kaissis, *Aspectos de orden público en el proceso de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos arbitrales* (2003) [Εκφάνσεις της δημόσιας τάξης στην αναγνώριση και εκτέλεση αλλοδαπών δικαστικών και διαιτητικών αποφάσεων], Yiannopoulos, *Protección provisional del acreedor en la fase del executur según el Reglamento 44/2001* (2007) [Προσωρινή προστασία του δανειστή στο στάδιο κηρύξεως της εκτελεστότητας κατά τον Κανονισμό 44/2001], y Triantafylidis, *Medidas cautelares en litigios civiles internacionales* (2008), p. 231 ss. [Τα ασφαλιστικά μέτρα στις διεθνείς ιδιωτικές διαφορές]. En cuanto a tratados, vid. principalmente Yessiou-Faltsi, *Derecho de la ejecución forzosa*, t. III – *La ejecución forzosa internacional* (2006) [Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως III – Η διεθνής

bre la materia que existía hasta entonces⁶. El propósito de este artículo es presentar brevemente los principales hallazgos de casi 25 años de implementación de los mencionados instrumentos en el ordenamiento jurídico griego. Me centraré en la jurisprudencia disponible, publicada⁷ y no publicada, dejando al margen las publicaciones científicas. Para facilitar la comprensión, el trabajo seguirá el orden del capítulo III, sección 2, del RB [arts. 38 ss]; es decir, se presentarán las etapas del procedimiento de execuátur según lo previsto en tales disposiciones y se hará referencia a la sección 1 [reconocimiento] cada vez que resulte necesario.

II. El procedimiento de execuátur

En la implementación del Reglamento de Bruselas, los tribunales griegos han aplicado de forma uniforme el art. 38 en lo que respecta a las sentencias susceptibles de ejecución provisional⁸, órdenes de pago⁹, resoluciones¹⁰ u órdenes¹¹ de

αναγκαστική εκτέλεση]. Por último pero no menos importante, hay que mencionar el libro del Prof. Nikas, *Derecho procesal civil internacional* (2008) [Ευρωπαϊκό Δικονομικό Διεθνές Δίκαιο], que es una recopilación de todos los textos de los Reglamentos relevantes, ofreciendo una referencia detallada de la jurisprudencia Griega sobre el CB y el RB. Otra colección de jurisprudencia de derecho procesal civil internacional se puede hallar en el libro de Vassilakakis (ed.), *Litigación civil internacional – Jurisprudencia comentada*, 2008, p. 153 ss [Δικονομικό Διεθνές Δίκαιο – Σχολιασμένη νομολογία].

⁶ Remontándonos al pasado, solo encontramos el trabajo de referencia del profesor Maridakis, sobre la ejecución de sentencias extranjeras, publicado en 1943 (y en tercera y última edición en 1970).

⁷ Las revistas jurídicas a las que se hará referencia son las siguientes: Armenópulos [de aquí en adelante: *Arm* (Αρμενόπουλος)], *Revista Jurídica Jónica* (Ιόνια Επιθεώρηση Δικαίου), *Revista del Derecho Bancario, de los Títulos & la Bolsa Valores* (Επιθεώρηση Τραπεζικού, Αξιογραφικού & Χρηματοπιστηριακού Δικαίου), *Crónicas del Derecho Privado* (Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου), *Jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Creta* (Νομολογία Εφετείου Κρήτης), *Justicia Helénica* (Ελληνική Δικαιοσύνη), *Revista del Derecho Mercantil* (Επισκόπηση Εμπορικού Δικαίου), *Tribuna Legal* (Νομικό Βήμα), *Archivo de Jurisprudencia* (Αρχείον Νομολογίας), *Revista del Procedimiento Civil* (Επιθεώρηση Πολιτικής Δικονομίας), *Derecho de Empresas y Sociedades* (Δίκαιο Επιχειρήσεων & Εταιριών), *Jurisprudencia Aquea* (Αχαϊκή Νομολογία), *Jurisprudencia del Pireo* (Πειραιϊκή Νομολογία), *Dike* [ΔΙΚΗ], *Teoría y Práctica del Derecho Civil* (Εφαρμογές Αστικού & Αστικού Δικονομικού Δικαίου) [de aquí en adelante: TPDC]. Puede encontrarse información sobre algunas de estas revistas en: H. Yessiou-Faltsi, en: *Blanpain, International Encyclopedia of Laws – Civil Procedure*, 2004, Kluwer Law International, pp. 62 ss. Además, se hace referencia a las siguientes bases de datos jurídicas: 1) *Isócrates*, es decir, la base de datos del Colegio de abogados Atenas, y 2) *Nomos*, una base de datos privada, que ha sido precursora en la materia.

⁸ TPI Atenas 4140/2006, *Tribuna Legal*, 2006, 1523.

⁹ AP Tesalónica 200/2008 & 2253/2010, no publicadas, TPI Atenas 2370/1990, *Dike*, 1991, 260, TPI de Corfu 154/2007, *Revista Jurídica Jónica*, 2007, 167, TPI Cavala 135/1991, *Revista del Derecho Bancario, de los Títulos & la Bolsa Valores*, 1995, 92, TPI Tesalónica 7954/19998, *Arm*, 1998, 590, TPI Xanthi 67/2004, *Crónicas del Derecho Privado*, 2005, 997, TPI Xanthi 347/2003, *Arm*, 2003, 1306.

¹⁰ TPI Jania 49/2005, *Jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Creta*, 2005, 384.

¹¹ AP Atenas 5591/1998, *Dike*, 2002, 1309.

pensión alimenticia, actos por los cuales el secretario judicial liquida las costas del proceso¹², así como medidas provisionales o cautelares¹³.

1. Los detalles de la solicitud

A) Competencia material

Grecia ha declarado competente para conocer de la declaración de ejecutoriedad al TPI (Μονομελές Πρωτοδικείο)¹⁴. Esta atribución de competencia sigue la práctica establecida conforme al Código de Procedimiento Civil (art. 905.1) y se ha implementado en la práctica sin problemas¹⁵.

B) Competencia territorial

Con respecto a la competencia territorial, el Reglamento contempla dos opciones. Así, en virtud del art. 39.2º, el solicitante tiene derecho a presentar su solicitud en el lugar del domicilio de la parte contra la que se solicitara la ejecución o en el lugar de ejecución. La segunda opción abre una nueva vía para los acreedores, que no contempla el Derecho interno (art. 905.1º CPC). Al igual que en materia de competencia material, los tribunales han aplicado la regla correctamente¹⁶, con alguna excepción, que finalmente han corregido las cortes de apelación¹⁷.

¹² AP Tesalónica 31/2003, no publicada, TPI Tesalónica 33114/1995, *Arm*, 1996, 363, TPI Tesalónica 825/1996, *Arm*, 1998, 1520.

¹³ TPI Tesalónica 10387/2002, *Arm*, 2002, 1350.

¹⁴ *Vid.* el Art. 39.1º en relación con el anexo II RB, y Art. 32 CB. Conviene precisar que este tribunal es uno de tres TPI en Grecia. En particular, los casos son juzgados – dependiendo de su competencia material – bien por el Juez de Paz [Ειρηνοδίκη], el TPI unipersonal [Μονομελές Πρωτοδικείο], o el TPI colegiado, integrado por tres magistrados [Πολυμελές Πρωτοδικείο]. El segundo tribunal es competente para otorgar la ejecutoriedad de sentencias extranjeras.

¹⁵ *Vid.*, v.gr., TPI Tesalónica 2261/1998, *Arm* 1998, 478, TPI Tesalónica 265/1997, *Arm*, 1997, 672, AP Atenas 3209/2006, *Justicia Helénica*, 2007, 271.

¹⁶ TPI Atenas 2370/1990, *Dike*, 1991, 260 [domicilio], TPI de Rodas 165/2006, *Arm*, 2006, 739 [lugar de ejecución], AP Pireo 71/2005, *Justicia Helénica*, 2005, 541.

¹⁷ AP Tracia 272/2006, *Nomos*, AP Tesalónica 1694/2011, no publicada. En la primera decisión, el solicitante optó equivocadamente por el lugar de ejecución, sin tener en cuenta de la norma aplicable no era el art. 39.2º RB, sino el art. 32 CB. Basándose en los hechos del caso en cuestión, la AP admitió el recurso, porque la parte recurrente residía de Heraklion, Creta; por lo que el criterio del lugar de ejecución no podía aplicarse bajo el régimen convencional. En la segunda decisión, la AP anuló a la sentencia del TPI, porque el recurrente residía en Düsseldorf, [el propio solicitante notificó la decisión del TPI a Alemania] y su única propiedad en Grecia se encontraba en una región diferente, por lo que los tribunales Tesalónica carecían de competencia.

2. *Mandatario ad litem*

Una de las cuestiones más polémicas, que ha dado lugar a encendidos debates en Grecia, gira en torno al art. 40.2º RB (*ex* 33.2ºCB). El Derecho griego no está familiarizado con el deber del solicitante de elegir domicilio para la notificación del procedimiento. Por otro lado, el CPC griego prevé la función del mandatario *ad litem* en los arts. 142–143. En virtud del art. 142.1º CPC, si la persona que desea designar un mandatario *ad litem* reside en el extranjero, la designación se llevará a cabo mediante una declaración ante la Secretaría del TPI de la capital¹⁸. Esta disposición bastante rígida y anacrónica supone un obstáculo para los acreedores extranjeros que desean iniciar el procedimiento de ejecución en Grecia. Algunas decisiones judiciales concedieron validez equivalente a las designaciones hechas en virtud de actos notariales o poderes consulares¹⁹. No obstante, los tribunales han dictado sentencias contradictorias: inicialmente los tribunales desestimaron las solicitudes por considerar que la falta de designación de un mandatario *ad litem* constituía una infracción de los requisitos formales que exige la ley, además de generar gastos adicionales al deudor/recurrente que se vería obligado a notificar el recurso en el extranjero²⁰. Una resolución de la AP de Tesalónica supuso un punto de inflexión en la práctica judicial, al considerar que la falta de designación de un mandatario *ad litem* hasta el momento en el que se notifica la decisión que declara ejecutable a la sentencia extranjera, no es suficiente para debilitar su validez. Otra conclusión sería contraria al objetivo declarado de la Convención (hoy día Reglamento), es decir, facilitar la libre circulación de resoluciones judiciales en el espacio judicial europeo. Por otro lado, la falta de designación de mandatario *ad litem* tampoco podría considerarse un motivo de denegación en el procedimiento del recurso subsiguiente. A la luz de lo anterior, y teniendo en cuenta los derechos legítimos del deudor, los tribunales optaron por el juicio salomónico: mientras el solicitante no designe mandatario, no comenzará a correr el plazo para la presentación del recurso²¹.

Los abogados que representan a los acreedores extranjeros han invocado el art. 143.1º CPC, en virtud del cual el abogado designado legalmente según el art. 96 CPC, se considera *ipso iure* mandatario *ad litem* para todas las notificaciones

¹⁸ Tras este requisito: TPI Atenas 4140/2006, *Tribuna Legal*, 2006, 1523, y TPI Atenas 6720/2010, *Revista del Procedimiento Civil*, 2011, 222.

¹⁹ TPI Tesalónica 24084/2007, *Arm*, 2007, 1752.

²⁰ TPI Tesalónica 511/1994, *Arm*, 1994, 1409 = *Arm*, 1995, 208, TPI Tesalónica 28242/1998, *Arm*, 1999, 973.

²¹ AP Tesalónica 267/1999, *Arm*, 1999, 718. En este caso la parte recurrente solicitó la desestimación. Por su parte el Tribunal consideró que la parte recurrente no sufría ningún perjuicio, dado que había interpuesto el recurso antes de la entrega de la decisión de primera instancia y, en consecuencia, desestimó la solicitud.

del procedimiento. En un principio los tribunales rechazaron este argumento, ya que el mismo precepto limita su alcance hasta la notificación de la decisión y no más allá de ese momento²². Una sentencia del TS adoptó un enfoque más liberal, al entender que el art. 143 CPC debería aplicarse en el sentido de que el abogado designado en virtud del art. 96 CPC se considera como un mandatario *ad litem*, incluso después de que el tribunal se pronuncie sobre la solicitud del execuátur, ya que dicha decisión no es una sentencia, sino más bien un orden judicial, y por tanto el recurso puede notificarse al abogado designado según el art. 143.1º CPC²³.

3. Documentación exigida

El art. 53 RB enumera los documentos que el solicitante debe presentar ante el Tribunal, con el objetivo a declarar la resolución extranjera ejecutable. Prima facie se podría afirmar que únicamente se requiere una copia auténtica de la sentencia y la certificación prevista en el art. 54. Sin embargo, la práctica en Grecia ha demostrado que estos documentos no son suficientes. En primer lugar y ante todo, resulta necesario aportar una traducción de la sentencia por una persona autorizada, ya que en caso contrario el tribunal exigirá tal documento en aplicación del art. 55.2º RB. En segundo lugar, un certificado que acredite el carácter ejecutivo de la sentencia, que también exige de traducción por una persona autorizada. Por último, los tribunales griegos eran reacios a otorgar el execuátur si el solicitante no aportaba un certificado que acredite que la resolución no es inconciliable con otras decisiones dictadas en el país. Esta era una exigencia bajo el régimen del CB²⁴, pero tras la modificación introducida en el art. 41 RB cabe afirmar que tal certificado no resulta exigible: es decir, en la actualidad sólo se requiere presentar una copia original de la sentencia, debidamente tradu-

²² AP Tesalónica 267/1999, *Arm*, 1999, 718, TPI Tesalónica 511/1994, *Arm*, 1994, 1409 = *Arm*, 1995, 208. El TPI de Rodas 165/2006, *Arm*, 2006, 738, rechazó a la solicitud, porque no se había acreditado ninguna designación legal según el art. 96 CPC. Por el contrario, el TPI Tesalónica 2261/1998, *Arm*, 1998, 478, otorgó el execuátur a una decisión alemana sobre la base de una interpretación opuesta, es decir que el abogado que firma la solicitud en nombre del acreedor se considera como un mandatario *ad litem* a los efectos del art. 33.2º CB. Siguiendo esta línea de argumentación, también TPI Larisa 336/2010, *Nomos*.

²³ TS 608/2008, *Nomos*. El fallo se basó en una resolución anterior del TS, que abordó la misma cuestión, aunque en este caso desde la posición contraria: el acreedor del fallo inglés impugnó la notificación del recurso a su abogado (en su calidad de mandatario *ad litem*), invocando la violación del art. 33.2º CB. El TS desestimó la solicitud, indicando que su presentación por el abogado en nombre de la empresa inglesa cumplía con el requisito establecido en el CB, *vid.* TS 1321/2004, *Justicia Helénica*, 2005, 1435. Asimismo la AP Tesalónica 363/2004, no publicada.

²⁴ AP Pireo 606/1997, *Justicia Helénica*, 1997, 1896, TPI Cavala 135/1991, *Revista del Derecho Bancario, de los Títulos & la Bolsa de Valores*, 1995, 92. También en el ámbito del RB, *Vid.* TPI de 4140/2006, *Tribuna Legal*, 2006, 1523.

cida, y la certificación del art. 54 RB, para apoyar el procedimiento del *execuátur*²⁵. En el caso de no aportarse esta última, los tribunales griegos aceptan documentos equivalentes conforme al art. 55.1º RB²⁶.

4. La primera etapa del procedimiento: el *execuátur*

A diferencia del régimen previsto en el art. 34.2º CB²⁷, el RB (art. 41) no contempla una revisión de los motivos de denegación. Los tribunales griegos están siguiendo esta regla sin excepción²⁸.

A) Ejecutoriedad

Por el contrario, continúa siendo un requisito imprescindible la ejecutoriedad de la sentencia extranjera en el Estado en que se dictó²⁹, aunque sea con carácter provisional³⁰. El momento para determinar si se cumple este requisito es cuando se otorga la ejecución en Grecia³¹.

B) Solicitud de no-reconocimiento

Los tribunales griegos se han pronunciado sobre una solicitud de no-reconocimiento de una orden inglesa en Grecia en aplicación del art. 39 RB. En atención a la naturaleza del Reglamento, es decir, facilitar la libre circulación de sentencias dentro de la UE, el Tribunal desestimó tal solicitud³². De manera similar, también se desestimó una acción declaratoria negativa para el no-reconocimiento de una sentencia inglesa, al presuponer la acción declaratoria una solicitud sobre la existencia o no existencia de una relación jurídica, lo que no era el objeto del asunto³³.

²⁵ Así TPI Atenas 6543/2009, *Isócrates*.

²⁶ TPI Larisa 336/2010 & 453/2010, *Nomos*: Las órdenes inglesas incluían un mandamiento de ejecución, considerado suficiente por el Tribunal a los efectos del art. 55.2º RB.

²⁷ *Vid.* entre otras, TPI Tesalónica 265/1997, *Arm* 1997, 672.

²⁸ De hecho, en las resoluciones otorgando *execuátur* se suele además afirmar que ninguno de los motivos de denegación se puede hacer valer contra la resolución extranjera (...), *vid.* TPI Larisa 336/2010 y 453/2010, *Nomos*.

²⁹ AP Tesalónica 267/1999, *Arm* 1999, 718.

³⁰ TPI Atenas 4140/2006, *Tribuna Legal*, 2006, 1523.

³¹ AP Tesalónica 31/2003, no publicada, TPI Volos 81/2011, *Arm*, 2012, 380.

³² TPI Atenas 3265/2003, *Justicia Helénica*, 2004, 596: El tribunal declaró que el art. 33.2º en relación con el art. 38 RB deben ser aplicados a las peticiones positivas, es decir, solicitudes de reconocimiento de una sentencia extranjera, y no al revés. De todas maneras, el solicitante no está privado de su derecho de defensa, ya que puede impugnar el reconocimiento de la orden en el procedimiento de recurso, en el que podrá invocar los motivos de denegación.

³³ TPI Atenas 5292/2010, *Revista del Procedimiento Civil*, 2011, 212.

C) Exclusividad del procedimiento de execuátur

El procedimiento de execuátur es la única vía procesal admisible para que un acreedor extranjero inicie la ejecución en Grecia. En este sentido, los tribunales han desestimado una solicitud para obtener una orden de pago griega, basada en el título extranjero³⁴. Por otro lado, una intervención tanto por el deudor³⁵ como por el acreedor (en el marco de una solicitud de no-reconocimiento)³⁶ de la sentencia han sido aceptadas en el procedimiento de execuátur.

D) Las facultades del Tribunal

En la etapa del execuátur el TPI tiene dos opciones: admitir la solicitud y declarar la ejecución, o desestimar la solicitud y denegarla por incumplimiento de los requisitos del RB. En ningún caso, el Tribunal podrá modificar, corregir, aumentar, o disminuir el contenido del título extranjero, o proceder a una interpretación auténtica de la sentencia³⁷. Los límites del art. 41 RB son suficientemente claros en este sentido: tras cumplir las formalidades, se otorgará inmediatamente la ejecución de la resolución, sin proceder a ningún examen de los motivos de denegación. Además, en ningún caso podrá llevarse a cabo una revisión en cuanto al fondo de la resolución extranjera³⁸.

III. Procedimiento de recurso

Según dispone el art. 43 RB, la decisión sobre la solicitud presentada en virtud del art. 38 y siguientes podrá ser recurrida por cualquiera de las partes. Más allá de la cuestión fundamental de los motivos de denegación, en la práctica judicial se han planteado una serie de cuestiones que también merecen atención.

1. Sobre la naturaleza jurídica del recurso

Una primera cuestión que generó grandes dudas en Grecia fue la de la interpretación de los términos utilizados en los arts. 43 RB y 36 CB. A diferencia de la versión española, donde se utiliza prácticamente la misma terminología³⁹, los textos griegos presentaban discrepancias que dieron lugar a resoluciones contradictorias. La cuestión llegó al TS que finalmente zanjó la polémica en el año

³⁴ TPI Xanthi 347/2003, *Arm*, 2003, 1306.

³⁵ TPI Atenas 6720/2010, *Revista del Procedimiento Civil*, 2011, 219.

³⁶ TPI Atenas 3265/2003, *Justicia Helénica*, 2004, 596.

³⁷ AP Tesalónica 1159/2001, no publicada.

³⁸ AP Pireo 71/2005, *Justicia Helénica*, 2005, 541.

³⁹ “Podrá interponer recurso” y “puede ser recurrida”.

2001⁴⁰. Concretamente, la terminología utilizada en los arts. 36.1º, y 37–40 CB no hace referencia específica a una apelación sino que el término utilizado ha de considerarse equivalente al de “recurso”⁴¹. El recurso se presentará en Grecia ante la Audiencia Provincial⁴². Una norma básica de la práctica procesal civil griega exige que los recursos contra las resoluciones de los tribunales de primera instancia se presenten en la Secretaría de la corte que dictó la resolución impugnada⁴³, por lo que varios abogados interpusieron los recursos en la Secretaría del TPI competente. La sorpresa vino cuando varias Audiencias Provinciales desestimaron los recursos por no haberse presentado debidamente, recurriendo los tribunales al análisis de la naturaleza jurídica del recurso en cuestión para fundamentar su decisión y a la terminología del CB. La consecuencia fue que los tribunales se han pronunciado en distintos sentidos, dando lugar a distintas interpretaciones que pueden resumirse de la siguiente manera: Conforme a la primera, el término “recurso” alude al conjunto de recursos jurídicos en primera y segunda instancia, por lo que se consideran aplicables al procedimiento el régimen general de recursos, con la excepción de que el “recurso” se presente en la Secretaría de la AP, que es el tribunal competente con arreglo al art. 37 CB⁴⁴. Además, dado que el recurrente no está obligado a notificar la apelación según la Ley griega⁴⁵, las previsiones de los arts. 36.2º CB y 43.5º RB se refieren solo al acto de presentación, excluyendo el acto del emplazamiento⁴⁶. No obstante, la opinión contraria considera que el recurso tiene la naturaleza de una intervención por tercero⁴⁷. Como consecuencia de esta interpretación, que es la que parece haberse impuesto⁴⁸, la parte recurrente tiene la obligación de notificar el documento en el plazo de uno o dos meses respectivamente⁴⁹.

⁴⁰ TS 1024/2001, *Justicia Helénica*, 2002, 402 = *Archivo de Jurisprudencia*, 2001, 217 [caso principal].

⁴¹ En Griego: “προσφυγή”.

⁴² En Griego: “εφετείο”.

⁴³ Art. 495.1º CPC.

⁴⁴ AP Pireo 419/1994, *Arm*, 1995, 506. Asimismo AP Pireo 1103/1995, *Arm*, 1996, 360, AP Pireo 429/1996, *Arm*, 1996, 1364, AP Tesalónica 1695/1998, *Arm*, 1998, 726 = *Revista del Derecho Mercantil*, 1998, 406, AP Patras 628/2006, *Jurisprudencia Aquea*, 2007, 356.

⁴⁵ Conforme al art. 495.1º CPC, la presentación se considera únicamente completada por la interposición del recurso a la Secretaría judicial.

⁴⁶ AP Atenas 2667/1994, *Tribuna Legal*, 1995, 252, AP Pireo 419/1994, *Arm*, 1995, 506, AP Pireo 1103/1995, *Arm*, 1996, 360, AP Pireo 429/1996, *Arm*, 1996, 1364, AP Pireo 711/2004, *Jurisprudencia del Pireo* 2004, 489, TPI Atenas 1037/2002, *Arm*, 2002, 1831.

⁴⁷ Conforme al art. 585.1º CPC, las disposiciones comunes aplicables al ejercicio de la acción también se aplican a la intervención por tercero.

⁴⁸ TS 1024/2001, *Justicia Helénica*, 2002, 402 = *Archivo de Jurisprudencia*, 2001, 217, TS 608/2008, *Nomos*, TS 1028/2009, *Revista del Procedimiento Civil*, 2010, 51.

⁴⁹ AP Atenas 4738/1993, *Justicia Helénica*, 1995, 220, AP Tesalónica 1695/1998, *Arm*, 1998, 726 = *Revista del Derecho Mercantil*, 1998, 406, AP Tesalónica 267/1999, *Arm*, 1999, 718 = *Revista del Derecho Mercantil*, 1999, 275, AP Tesalónica 31/2003, no publicada, AP Tesalónica 2906/2004, no

2. *Rebeldía de los litigantes en el procedimiento de recurso*

Según la legislación nacional, el declarado en rebeldía puede presentar una acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía⁵⁰. Sin embargo, en materia de aplicación de los regímenes de Bruselas los tribunales griegos son renuentes a admitir tal recurso en aplicación del art. 44 RB⁵¹ (y 37.2º CB⁵²), es decir, que la resolución que decida sobre el recurso sólo podrá ser objeto de los recursos previstos en el anexo IV (recurso de casación)⁵³. Sin embargo, recientemente la AP de Tesalónica se ha pronunciado a favor de la rescisión solicitada por un deudor que no se personó ni en la primera instancia ni en el procedimiento de recurso⁵⁴.

3. *De la exclusividad del recurso*

De igual manera, se considera que el recurso previsto en el art. 43.1º RB (36.1º CB) es el único admisible contra la decisión del executur, excluyéndose sin excepción otros recursos previstos en disposiciones internas⁵⁵.

IV. Los motivos de denegación

Como se sabe por otras jurisdicciones, el recurso del art. 43 RB constituye la parte crucial del proceso. Según las estadísticas, los principales motivos de oposición son la vulneración del orden público y el emplazamiento inadecuado del demandado. Los tribunales griegos se han mostrado reacios a aceptar causas de oposición distintas a las previstas en el RB. En este sentido, se han desestimado recursos que invocaban la inaplicabilidad del RB al caso⁵⁶ y al mismo resultado llegó la AP de Atenas en relación con un recurso que solicita la revocación del executur por abuso de derecho⁵⁷.

publicada, AP Atenas 7701/2004, *Derecho de Empresas y Sociedades*, 2005, 441, AP Atenas 8237/2004, *Justicia Helénica*, 2005, 1530, AP Pireo 110/2004, *Jurisprudencia del Pireo*, 2004/92 = *Dike*, 2005, 831, AP Pireo 71/2005, *Justicia Helénica*, 2005, 541, AP Patras 628/2006, *Jurisprudencia Aquea*, 2007, 356, AP Tesalónica 434/2010, *Arm*, 2011, 79 = *Revista del Procedimiento Civil*, 2011, 199, AP Larisa 157/2010, *Isócrates*.

⁵⁰ Art. 501 ss & 764 párr. 3 CPC.

⁵¹ AP Tesalónica 2321/2007, no publicada.

⁵² AP Atenas 4738/1993, *Justicia Helénica*, 1995, 220, AP Tesalónica 363/2004, no publicada.

⁵³ En Griego: “αναίρεση”, semejante a la noción de *cassation* del Derecho francés.

⁵⁴ AP Tesalónica 164/2010, *Revista del Procedimiento Civil*, 2010, 709.

⁵⁵ AP de Macedonia de Oeste 151/1998, *Arm*, 1999, 1454, TPI Atenas 2068/1995, *Arm*, 1996, 1366, y TPI Tesalónica 13066/2008, *Crónicas del Derecho Privado*, 2008, 545 [intervención procesal], AP Tracia 50/1996, *Arm*, 1999, 715 [restitución].

⁵⁶ AP Atenas 8237/2004, *Justicia Helénica*, 2005, 1530.

⁵⁷ AP Atenas 8237/2004, *Justicia Helénica*, 2005, 1530.

1. Orden público

El art. 34.1º RB contempla como causa de denegación del reconocimiento que la decisión sea manifiestamente contraria al orden público del Estado requerido, que –al menos en Grecia– es uno de los motivos más frecuentes de oposición, en su dimensión tanto material como procesal.

A) Orden público procesal

En relación con la cláusula de orden público en su versión procesal, los recurrentes han invocado los argumentos siguientes:

i) Que una orden del Reino Unido es contraria al orden público si el deudor únicamente puede impugnarla ante la Corte de arbitraje de Londres. La AP de Pireo revocó la decisión dictada por el TPI que concluía que el contenido de la orden inglesa contravenía las nociones básicas de justicia que se recogen en el art. 20.1º de la Constitución Griega y el art. 6.1º CEDH⁵⁸. Por lo tanto, hay una tendencia clara a impedir el reconocimiento de *anti-suit injunctions* en Grecia.

ii) Que el acreedor ha notificado al demandado la cédula de emplazamiento por edicto deliberadamente, no obstante tener conocimiento del paradero del deudor. Esto es claramente una cuestión de prueba. Una resolución publicada del TPI de Drama resolvió a favor del deudor⁵⁹.

iii) Que la sentencia extranjera no estaba motivada. Casi de forma unánime, los tribunales desestiman este motivo, utilizando diversos argumentos: El primero es que tal motivo no se incluye en la lista restrictiva del art. 45 RB⁶⁰; el segundo, que la falta de fundamentación no puede considerarse una vulneración del orden público⁶¹; y en tercer lugar, que este motivo debía haberse planteado ante el Tribunal de origen, por lo que de no haberse hecho o haber sido rechazado por el tribunal extranjero, no puede plantearse ante el tribunal del Estado de destino⁶².

⁵⁸ AP Pireo 110/2004, *Jurisprudencia del Pireo* 2004, 92 = Dike 2005, 831. Igualmente, AP Pireo 31/2012, *Nomos*.

⁵⁹ Bajo el régimen del CB, el TPI Drama 251/2000, *Arm*, 2001, 535, examinó la cuestión de oficio, y encontró que en el marco de los procedimientos previos el solicitante había sido emplazado por el deudor, cuya residencia constaba en el documento notificado. Motivo suficiente para el Tribunal dedujera que el solicitante conocía el paradero del deudor.

⁶⁰ TS 877/2004, *Nomos*.

⁶¹ TS 349/2012, *Crónicas del Derecho Privado*, 2012, 745.

⁶² AP Pireo 419/1994, *Arm*, 1995, 506. Igualmente AP Tesalónica 2121/2002, no publicada, y AP Corfu 193/2007, *Tribuna Legal*, 2009, 557 (bajo el régimen del CB).

iv) Que el solicitante no presentó el permiso del Ministerio griego de Justicia, que exige el art. 923 CPC cuando el deudor sea un Estado extranjero. El Tribunal desestimó el motivo por dos razones: la primera, porque tal permiso no es un requisito previo necesario para la declaración de ejecutoriedad, sino para la iniciación de la ejecución forzosa; y la segunda, porque la parte recurrente no era un Estado sino un organismo público extranjero⁶³.

v) En la última década los tribunales del país se han pronunciado en bastantes ocasiones sobre si una condena en costas excesiva es contraria al orden público. Según las disposiciones legales griegas, las costas procesales no pueden ser superiores a la cuantía litigiosa. Regla sobre la que el TS estableció la doctrina de vulneración del orden público⁶⁴. A juicio del Alto Tribunal, otorgar ejecutividad a estas solicitudes violaría el principio de proporcionalidad, que se recoge en la Constitución griega y la CEDH. Destaca el TS que el carácter excesivo de los costas impide el acceso a la justicia a los ciudadanos griegos, invocando nuevamente las disposiciones de la Constitución griega (art. 20.1º) y la CEDH (art. 6.1º). Esta doctrina del TS ha sido seguida por los tribunales de justicia. Así, una resolución de la AP de Corfú reiteró la línea de argumentación del TS y se negó a otorgar el executur (otra vez) a una orden de costas inglesa⁶⁵. Sin embargo, dos años más tarde, la AP de Lárissa resolvió en sentido contrario, basándose en el hecho de que la cuantía de las costas era significativamente inferior a la cuantía del litigio⁶⁶. Recientemente, la AP de Corfú ha vuelto a denegar la ejecución de una orden de costas y un certificado de las costas de rebeldía del *County Court* de York, alegando que los tribunales griegos no hubieran impuesto una cantidad tan excesiva para un caso similar en Grecia. En particular, el tribunal consideró que una condena en costas de más de 80.000 £ para un caso cuya cuantía era de 17.000 £, contraviene el orden público griego. Tal cantidad se considera manifiestamente desproporcionada y excesiva en relación con el interés económico de la controversia. En consecuencia, la AP otorgó el executur por las otras sumas y rechazó la ejecución por el resto⁶⁷.

vi) Vulneración del derecho de la defensa. Trazar una línea clara entre el orden público procesal y el motivo de oposición que recoge el art. 34.2º RB parece ser un trabajo de Sísifo para la jurisprudencia griega. Esta es la razón por la que muchos tribunales optan por invocar ambas disposiciones, sin asumir la

⁶³ AP Tesalónica 267/1999, *Arm*, 1999, 718 = *Revista del Derecho Mercantil*, 1999, 275.

⁶⁴ TS 1829/2006, *Crónicas del Derecho Privado*, 2007, 635 ss.

⁶⁵ AP de Corfu 193/2007, *Tribuna Legal* 2009, 557.

⁶⁶ AP Larisa 483/2011, *Arm*, 2013, 765.

⁶⁷ AP Corfu 130/2012, *Nomos*.

laboriosa tarea de distinguir sus límites⁶⁸. A veces los tribunales aplican erróneamente el art. 34.1º en lugar del art. 34.2º RB⁶⁹. En cualquier caso, la adopción de medidas cautelares sin audiencia de la contraparte o ex parte no contraviene el orden público, dado que el ordenamiento jurídico griego también contempla esta posibilidad (arts. 687 § 1 y 691 § 1)⁷⁰. Lo mismo cabe afirmar respecto de las órdenes de pago alemanas⁷¹. Además, el emplazamiento por edicto se ha considerado acorde con principios de orden público, en la medida en que esta alternativa también está prevista en las normas procesales griegas (art. 135)⁷².

B) Orden público sustantivo

De forma similar a lo que acontece en relación con el orden público procesal, los deudores han invocado una serie de argumentos para revocar la declaración de ejecutoriedad otorgada en la primera etapa del procedimiento. A continuación se expone un resumen de la jurisprudencia disponible:

i) No se considera contrario al orden público sustantivo el hecho de que la decisión imponga al deudor el pago de la cantidad de 220.252 \$ en concepto de intereses sobre un principal de 714.999 \$⁷³.

ii) Tampoco es contraria al orden público sustantivo una decisión del Reino Unido en la que no especifica la naturaleza de la responsabilidad de los deudores (responsabilidad solidaria o mancomunada)⁷⁴.

iii) La falta de aplicación en el procedimiento extranjero de una disposición legal griega de carácter imperativo tampoco puede considerarse contraria al orden público sustantivo. Con carácter general se considera que la falta de adecuación de la decisión extranjera con las normas nacionales sobre conflictos de leyes o disposiciones imperativas en el sentido del art. 3 Cc no es contraria al orden público. Por el contrario, el elemento decisivo es si los efectos derivados de la resolución adoptada por el tribunal extranjero vulneran los principios funda-

⁶⁸ Así, v.gr., AP Tesalónica 363/2004, no publicada.

⁶⁹ AP Tesalónica 363/2004, no publicada. Aunque el tema estaba relacionado con la cédula del emplazamiento, el tribunal invocó la excepción del orden público.

⁷⁰ AP Tesalónica 2121/2002, no publicada.

⁷¹ AP Tesalónica 200/2008, no publicada.

⁷² AP Tesalónica 139/2001, *Arm*, 2001, 529, AP Tesalónica 164/2010, *Revista del Procedimiento Civil*, 2010, 709.

⁷³ AP Pireo 419/1994, *Arm*, 1995, 506.

⁷⁴ AP Atenas 10698/1995, *Justicia Helénica*, 1996, 1404.

mentales del ordenamiento jurídico griego⁷⁵. Por otro lado, los tribunales han denegado el executur de dos decisiones alemanas, porque su ejecución dificultaría la aplicación de las disposiciones de la Ley de reorganización de empresas, tratándose de una normativa de especial relevancia para la economía nacional y el interés general⁷⁶.

iv) Igualmente se rechaza esta excepción aun cuando las normas aplicadas por el tribunal extranjero carecen de equivalente en el ordenamiento nacional⁷⁷. Por eso, la responsabilidad del gestor naviero del barco, que no es su propietario, no es una institución desconocida en el Derecho griego; tampoco es contraria al orden público su responsabilidad bajo ciertas circunstancias⁷⁸. Por la misma razón se ha descartado la lesión del orden público en el caso de un executur de una sentencia inglesa sobre indemnización de daños en un *Forward Freight Agreement* (FFA)⁷⁹.

v) Tampoco se ha considerado contraria al orden público la ejecución de una sentencia inglesa que se dictó contra un estate. La parte recurrente invocó el art. 313 CPC, que dispone que una decisión es inexistente, si se dictó contra una persona o entidad que no existe. En consecuencia, la decisión anterior no podría aplicarse en Grecia. En este caso el Tribunal aclaró que la figura inglesa de liable estate de una persona fallecida constituye una institución esencial de la Ley inglesa de sucesiones. Además, la ejecución no se dirige contra el estate mismo, sino contra los herederos o el fideicomisario, por lo que debía rechazarse el motivo de oposición invocado⁸⁰.

2. Emplazamiento del demandado

No menos relevancia tiene el segundo de los motivos de denegación de reconocimiento (art. 34.2º RB, ex art. 27.2º CB), como acredita el hecho de que el TS se haya pronunciado hasta en cinco ocasiones hasta el día sobre diversas cuestiones interpretativas en torno a este supuesto. A estos pronunciamientos hay que añadir las más de 20 resoluciones de distintas Audiencias Provinciales.

A) Sentencia dictada en rebeldía

⁷⁵ AP Pireo 617/2004, *Jurisprudencia del Pireo*, 2004, 351

⁷⁶ AP Atenas 7701/2004, *Derecho de Empresas y Sociedades*, 2005, 441

⁷⁷ AP Atenas 1356/2007, *Justicia Helénica*, 2008, 1498.

⁷⁸ AP Pireo 711/2004, *Jurisprudencia del Pireo*, 2004, 489.

⁷⁹ TPI Pireo 4784/2005, *Derecho de Empresas y Sociedades*, 2006, 297.

⁸⁰ AP Pireo 71/2005, *Justicia Helénica*, 2005, 541.

Un requisito esencial del art. 34.2º es la existencia de una sentencia en rebeldía, presupuesto del que se hace depender la aplicación del este motivo de oposición⁸¹. En esta línea, cabe citar una sentencia del TS de 2003, en la que el recurrente alegó que el plazo de 14 días no había sido suficiente para preparar su defensa. El Alto Tribunal griego consideró sin embargo que la resolución inglesa no se había dictado en rebeldía. Además, el recurrente había interpuesto un recurso de anulación en el país de origen⁸². En una situación similar, se rechazó la aplicación del art. 27.2º CB, porque el deudor había presentado un recurso ante el tribunal de origen y estuvo presente en el procedimiento en cuestión⁸³.

B) Decisiones *ex parte*

Uno de los temas más controvertidos en relación con el art. 34.2º RB ha sido el de la ejecutoriedad en el país de destino de las decisiones extranjeras dictadas *ex parte*. A pesar de la conocida resolución del TJCE en el caso *Denilauer / Couchet*, el TS griego y una resolución de la AP de Tesalónica⁸⁴ se apartaron de la doctrina comunitaria. Así, en 2009 una sentencia del TS desestimó la casación, invocando a una norma procesal nacional, el art. 323.3º CPC, según el cual una decisión será reconocida y ejecutada sin audiencia de la parte demandada, si la privación del derecho a ser oído se aplica del mismo modo a los nacionales del país de origen⁸⁵.

C) La cédula del emplazamiento

Atendiendo al tenor literal del art. 34.2º RB (27.2º CB), este motivo de oposición sólo opera respecto de las deficiencias relacionadas con la entrega de la cédula del emplazamiento. Por contra, no cabe su alegación en relación con documentos posteriores⁸⁶, como el protocolo de aplazamiento de un tribunal fran-

⁸¹ Pero *vid.* AP Atenas 2667/1994, *Tribuna Legal*, 1995, 252, examinando el asunto a la luz del art. 27.2 BC, aunque no se trataba de una decisión dictada en rebeldía. *Vid.* también AP Atenas 8237/2004, *Justicia Helénica*, 2005, 1530, que analizó la cuestión del punto de vista del orden público, llegando a la misma conclusión, es decir, que no había lesión de los derechos de defensa, dado que el recurrente había formulado oposición en el juicio extranjero.

⁸² TS 36/2003, *Crónicas del Derecho Privado*, 2003, 450.

⁸³ TPI Tesalónica 825/1996, *Arm*, 1998, 1520.

⁸⁴ AP Tesalónica 2121/2002, no publicada.

⁸⁵ TS 1028/2009, *Revista del Procedimiento Civil*, 2010, 55.

⁸⁶ AP Tesalónica 3299/2000, *Arm*, 2001, 377: La Audiencia Provincial subrayó que ni el art. 171 CPC italiano, ni el art. 27.2º CB contemplan la notificación de estos documentos. Asimismo AP Atenas 2163/2003, *Justicia Helénica*, 2004, 1476.

cés. Es al demandado al quien corresponde actuar diligentemente e informarse sobre la nueva fecha de la vista⁸⁷.

D) Suficiencia de plazo

Conforme a la nueva redacción introducida por el RB, corresponde a la parte recurrente demostrar que no se le entregó la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, quedando sin efecto la versión anterior del art. 27.2º CB⁸⁸. Tras la sentencia *Klomp/Michel* del TJCE, los tribunales griegos proceden a una interpretación uniforme del asunto⁸⁹, desvinculada de la normativa interna⁹⁰. Los tribunales griegos han tenido un acercamiento liberal al tema. En particular, la AP de Atenas dejó sin efecto una resolución del TPI que había denegado el executur a una decisión inglesa, por considerar que el plazo de 21 días otorgado por el Tribunal del Estado de origen no fue insuficiente, puesto que el único acto que el recurrente tenía que hacer era devolver un acuse de recibo al tribunal inglés, junto con una declaración en la que manifiesten si acudirán a la audiencia⁹¹. De manera similar, los tribunales han desestimado el motivo del art. 34.2º RB en el supuesto de no haberse aportado el certificado de la citación a la luz del art. 53.2º⁹². Por otro lado, los tribunales han considerado que “el plazo era suficiente” también en los casos en que el emplazamiento se realizó por edicto⁹³, siempre y cuando no se pudiera acreditar que el solicitante optó por tal forma de notificación a pesar de conocer el lugar de residencia del demandado⁹⁴.

E) Falta de impugnación de la resolución extranjera ante el Tribunal de origen

La imposibilidad de invocar el art. 34.2º RB en el supuesto de que el demandado no hubiera recurrido la resolución extranjera ante los tribunales del Estado de origen ha sido confirmada por el TS griego en una sentencia de 2009⁹⁵. En

⁸⁷ AP Atenas 7307/2002, *Revista del Derecho Mercantil*, 2003, 203, AP Atenas 2163/2003, *Justicia Helénica*, 2004, 1476.

⁸⁸ Sobre el régimen anterior, *vid.* TS 2293/2009, *TPDC*, 2010, 1139 y AP Atenas 3209/2006, *Justicia Helénica*, 2007, 271.

⁸⁹ AP Tesalónica 267/1999, *Arm*, 1999, 718.

⁹⁰ AP Atenas CoA 2163/2003, *Justicia Helénica*, 2004, 1476.

⁹¹ AP Atenas 10698/1995, *Justicia Helénica*, 1996, 1402. Igualmente AP Tesalónica 267/1999, *Arm*, 1999, 718 = *Revista del Derecho Mercantil*, 1999, 275.

⁹² AP Atenas 1356/2007, *Justicia Helénica*, 2008, 1498.

⁹³ AP Tesalónica 164/2010, *Revista del Procedimiento Civil*, 2010, 709.

⁹⁴ AP Tesalónica 2321/2007, no publicada, TPI Drama 251/2000, *Arm*, 2001, 535.

⁹⁵ TS 7/2009, *Revista del Procedimiento Civil*, 2009, 480. Igualmente AP Tesalónica 434/2010, *Arm*, 2011, 79 = *Revista del Procedimiento Civil*, 2011, 199.

este caso, el recurrente (una empresa griega) sostuvo que no recibió la notificación del procedimiento francés, por lo que no se personó en la causa del Tribunal de origen, cuya resolución le fue entregada junto con la decisión del executur en Grecia. La AP de Atenas desestimó su recurso en una sentencia que posteriormente confirmaría el TS, que consideró que incluso en esas circunstancias el deudor podría haber recurrido la sentencia en virtud del art. 490 del Código de Procedimiento Civil, cosa que no hizo. En la misma línea cabe mencionar un auto reciente del TS desde 2012, esta vez en relación con una decisión holandesa, en el que el Alto Tribunal manifiesta que a pesar de las deficiencias que presentaba la cédula del emplazamiento, que condujo a la declaración en rebeldía, ésta última fue notificada a los recurrentes, que disponían de 8 semanas para presentar una acción de rescisión contra la decisión en virtud del art. 14 CPC holandés, desistiendo sin embargo de tal derecho, por lo que el TS rechazó que se hubiera producido violación alguna del derecho de audiencia de los recurrentes⁹⁶.

Por último, si el demandado recurrió la sentencia extranjera ante el Tribunal de origen, no podrá volver a hacerlo ante el Tribunal de destino, ya que pesa sobre este último la prohibición de revisar el fondo del asunto⁹⁷. Por lo tanto, invocar la violación de los derechos de la defensa no es aceptable de ninguna manera⁹⁸. Esta interpretación resulta también aplicable incluso si el recurso no se presentó oportunamente por el demandado ante el Tribunal del Estado de origen⁹⁹.

F) Notificación de la sentencia extranjera

Los problemas interpretativos que generó el art. 47.1° CB han sido superados por la nueva disposición del art. 42.2° RB. El demandante habrá de entregar la resolución extranjera desde el momento en que se notifique la decisión nacional sobre el executur. En aplicación de esta previsión, los tribunales están desestimando el motivo del art. 34.2°, siempre que el solicitante acredite que la entrega se produjo en el plazo mencionado¹⁰⁰. Además, el motivo ha de ser rechazado si la parte recurrente ha interpuesto un recurso ante el tribunal extranjero¹⁰¹.

⁹⁶ TS 349/2012, *Crónicas del Derecho Privado*, 2012, 745.

⁹⁷ AP Tesalónica 139/2001, *Arm*, 2001, 529.

⁹⁸ AP Tesalónica 200/2008, no publicada.

⁹⁹ AP Tesalónica 1257/2011, *Revista del Procedimiento Civil*, 2011, 770.

¹⁰⁰ AP Tesalónica 2321/2007, no publicada; AP Atenas 1356/2007, *Justicia Helénica*, 2008, 1498, AP Pireo 606/1997, *Justicia Helénica*, 1997, 1896.

¹⁰¹ AP Pireo CoA 711/2004, *Jurisprudencia del Pireo*, 2004, 489.

3. *Inconciliabilidad de las sentencias*

Este motivo de oposición apenas ha sido invocado ante los tribunales griegos, si bien resulta necesario mencionar un auto del TS de 2004 que dejó sin efecto una resolución de la AP, que no apreció ninguna inconciliabilidad entre una decisión inglesa sobre daños y perjuicios derivada de responsabilidad extracontractual y una decisión interna anterior que desestimaba la acción del litigante inglés por infundada en el mismo asunto¹⁰². Por otra parte, una decisión interna inconciliable que ha sido dictada después del procedimiento del execuátur y dejada sin efecto antes de la vista del recurso, no constituye un motivo de oposición válido según el art. 34.3º RB¹⁰³. También se ha considerado que la existencia de una solicitud de medidas cautelares ante los tribunales griegos no es motivo suficiente para denegar la ejecución de un embargo preventivo alemán¹⁰⁴.

4. *Falta de competencia internacional*

En la fase de procedimiento del execuátur rara vez se han hecho valer cuestiones de competencia internacional ante los tribunales griegos, que por otro lado han desestimado sin excepción tales pretensiones. Así, el TS en un supuesto en que se invocaron cuestiones de competencia internacional y litispendencia en relación con la cláusula del orden público. En aplicación del art. 28.3º CB, el Alto Tribunal griego concluyó que tales motivos no pueden ser objeto de revisión amparándose en aspectos de orden público por el tribunal de destino¹⁰⁵. Varios tribunales de segunda instancia han llegado a la misma conclusión antes y después del auto del TS¹⁰⁶.

5. *Revisión de fondo*

Tampoco han encontrado eco en los tribunales griegos las pretensiones de revisar las sentencias extranjeras en cuanto al fondo. Posibilidad que ha sido rechazada por los órganos jurisdiccionales en aplicación de los arts. 45.2º y 36 RB. En concreto, en aplicación del art. 45.2º RB se ha rechazado la alegación del recurrente de que no debía la cantidad indicada en la sentencia extranjera¹⁰⁷. Del mismo modo, tampoco se ha apreciado una violación del orden público en la

¹⁰² TS 1321/2004, *Arm*, 2005, 1620 = *Justicia Helénica*, 2005, 1434.

¹⁰³ AP Tesalónica 2253/2010, no publicada.

¹⁰⁴ TPI Tesalónica 10387/2002, *Arm*, 2002, 1350.

¹⁰⁵ TS 36/2003, *Crónicas del Derecho Privado*, 2003, 450 = *Justicia Helénica*, 2004, 431.

¹⁰⁶ AP Atenas 2667/1994, *Tribuna Legal*, 1995, 252, AP Pireo 617/2004, *Jurisprudencia del Pireo*, 2004, 351, AP Atenas 1356/2007, *Justicia Helénica*, 2008, 1498 [competencia internacional], AP Atenas 7307/2002, *Revista del Derecho Mercantil*, 2003, 203 [*lis pendens*].

¹⁰⁷ AP Tesalónica 2321/2007, no publicada.

aplicación al caso de una ley que el recurrente estimaba inaplicable, ya que los inequívocos términos del art. 29 CB impiden cualquier revisión del asunto¹⁰⁸.

6. Falta de ejecutividad en el Estado de origen

Como ya se ha señalado, el art. 45.1º RB contiene una remisión a los motivos de denegación especificados en los arts. 34 y 35. La cuestión que se ha planteado es si el recurrente puede invocar la falta de ejecutoriedad de la sentencia extranjera, a pesar del carácter restrictivo del art. 45.1º. La conclusión ha sido que la ejecutividad de la decisión en el Estado de origen debía ser examinada, conforme a lo dispuesto en el art. 38.1º RB, aunque no se incluya expresamente entre los motivos de denegación¹⁰⁹. Sin embargo, no constituye un requisito previo que la sentencia extranjera sea firme¹¹⁰, o que se considere ejecutable según el Derecho interno¹¹¹.

V. Otras cuestiones

1. Suspensión del procedimiento

Según el art. 46 RB, el tribunal que conociere del recurso previsto en los arts. 43 o 44 podrá, a instancia de la parte contra la que se solicitare la ejecución, suspender el procedimiento si la resolución extranjera hubiese sido objeto de recurso ordinario en el Estado miembro de origen o si el plazo para interponerlo no hubiese expirado. En consonancia con esta previsión, el TPI de Tesalónica desestimó una solicitud para suspender el procedimiento, por considerarse incompetente para conocer del asunto¹¹². Mayor complejidad presentó una resolución de la AP de Pireo¹¹³ en la que el Tribunal de origen había desestimado una acción de rescisión y la oposición a la ejecución de una decisión inglesa. Además, en virtud de la decisión se impedía al deudor recurrir estos pronunciamientos. Sin embargo, el Tribunal griego admitió un documento emitido por el *London Civil Appeals Office of Royal Courts of Justice*, que había sido notificado a los abogados del deudor. Según este escrito, una audiencia estaba programada con respecto a la solicitud del demandado para apelar a las decisiones anteriores. A la vista de estos hechos, el Tribunal del Pireo decidió a suspender

¹⁰⁸ AP Pireo 711/2004, *Jurisprudencia del Pireo*, 2004, 489.

¹⁰⁹ AP Tesalónica 1927/2012, *Arm*, 2013, 1503.

¹¹⁰ AP Pireo 606/1997, *Justicia Helénica*, 1997, 1896, sobre una resolución inglesa, AP Tesalónica 3299/2000, *Arm*, 2001, 377, con respecto a una resolución italiana.

¹¹¹ AP Tesalónica 3299/2000, *Arm*, 2001, 377.

¹¹² TPI Tesalónica 3066/2004, *Arm*, 2004, 578.

¹¹³ AP Pireo 960/1995, *Dike*, 1997, 772.

el procedimiento, si bien no invocó al art. 38.1º CB [46.1º RB], sino que fundamentó su decisión en el art. 254 CPC griego, que autoriza al juez a ordenar la reapertura de los procedimientos, si considera necesario ampliar los elementos de juicio o una mayor explicación de los hechos. En el caso que nos ocupa, el Tribunal era reacio a suspender el procedimiento en virtud del art. 38.1º CB, al no haberse acreditado suficientemente que había expirado el plazo para recurrir la resolución. Por esta razón, optó por una reapertura y decidir así tras haber escuchado a las partes y disponer de nuevos elementos de juicio.

2. Medidas cautelares

El derecho del solicitante a pedir medidas cautelares según el art. 39 CB ha dado lugar a confusión y a resoluciones contradictorias en el país. En un principio el TS declaró de forma inequívoca que la redacción del art. 39 no requería la existencia de un peligro inminente que el solicitante debería invocar y probar. Por otro lado, la norma no hace referencia alguna a las distintas medidas cautelares que pueden adoptarse¹¹⁴. En relación con una solicitud del embargo preventivo antes de la iniciación del procedimiento de execuátur, una resolución posterior al auto del TS subrayó la necesidad de la declaración de ejecutoriedad como presupuesto para la adopción de medidas provisionales conforme al art. 39 CB¹¹⁵. La decisión fue objeto de dura crítica, si bien en la actualidad ha de considerarse superada tras las modificaciones introducidas por el art. 47 RB y la jurisprudencia posterior¹¹⁶. En este sentido, la resolución más reciente¹¹⁷ ha abordado una serie de cuestiones en relación con el art. 47 RB. En particular, el Tribunal concluyó que los trámites procesales adecuados para la aplicación del art. 47.1º son los mismos que los del procedimiento de execuátur, es decir, la jurisdicción voluntaria, pudiendo por tanto solicitarse una orden preliminar (medidas provisionales). En dicho procedimiento, el solicitante puede solicitar una orden preliminar¹¹⁸. Por otro lado, la falta de audiencia no perjudica al deudor, en la medida en que se le reconoce el derecho a impugnar la orden preliminar¹¹⁹. Además, el Tribunal analizó la competencia del tribunal nacional a la luz del art. 47.1º, confirmando su competencia con arreglo al criterio del lugar de la ejecución que contempla el art. 39 RB. Por otra parte, el Tribunal confirmó que la redacción del art. 47 no excluye ninguna medida provisional de carácter no pecuniario. Por último, pero ciertamente no menos importante, el Tribunal subrayó

¹¹⁴ TS 109/2001, *Dike*, 2002, 724.

¹¹⁵ TPI Tesalónica 4826/2004, *Arm*, 2004, 736.

¹¹⁶ TPI Atenas 7924/2009, *TPDC*, 2010, 580.

¹¹⁷ TPI Tesalónica 26982/2010, *Revista del Procedimiento Civil*, 2011, 335.

¹¹⁸ Art. 781 CPC.

¹¹⁹ Art. 781.2º CPC.

que el solicitante no tiene el deber de acreditar la existencia de un peligro inminente.

VI. Conclusiones

La valoración de este inventario de 25 años de aplicación del CB y RB en el ámbito del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en Grecia es en general positiva. Los tribunales griegos han adoptado una postura liberal en la aplicación de estos instrumentos comunitarios. Los principales motivos de denegación, esto es, el orden público y los derechos de defensa en caso de rebeldía (art. 34.1º y 2), sólo han sido admitidos en contadas ocasiones por los tribunales griegos, a pesar de haber sido reiteradamente invocados por los recurrentes. En general, las dilaciones y dificultades del procedimiento del execuátur se han debido principalmente a las omisiones procesales y/o errores cometidos por los abogados de los solicitantes. En otras palabras, los litigantes extranjeros tienen muy buenas perspectivas para obtener, prontamente y sin mayores complicaciones, la declaración de ejecutoriedad en Grecia. Es, por el contrario, la ejecución forzosa que le sigue conforme a las normas internas la que presenta mayores dificultades, cuando no obstáculos insalvables. Pero esa es otra historia...

INFLEXIONES EN LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO EN MATERIA MIGRATORIA Y DE EXTRANJERÍA

Ana FERNÁNDEZ PÉREZ *

SUMARIO: I. Planteamiento general. II. Asunción progresiva de competencias por las CC AA. 1. Reconocimiento de una mayor capacidad de actuación. 2. Manifestaciones del reparto constitucional de competencias. 3. Planes autonómicos de inmigración. III. Inmigración y extranjería en las reformas de los Estatutos de Autonomía. 1. Replanteamiento del reparto competencial. 2. El art. 138.1º del Estatuto de Cataluña y la STC 31/2010, de 28 de junio. 3. El polémico RD 1162/2009, de 10 de julio. IV. Participación de las Entidades Locales. 1. Problemas derivados del reparto competencial. 2. Justificación de la intervención municipal. 3. Competencias locales en materia de inmigración. V. Consideraciones finales.

SUMARIO: El Estado autonómico y la creciente la importancia del fenómeno migratorio ha hecho preciso un replanteamiento del reparto competencial en materia de inmigración y extranjería. En la actualidad tanto las Comunidades Autónomas como los municipios, confluyen con el Estado en la asunción de determinadas competencias, referidas a ámbitos de protección o de política social en los que los entes territoriales citados tienen constitucional o legalmente atribuidas competencias. Con este sustrato se ha podido configurar una cierta política migratoria de carácter autonómico que ha acentuado la diversidad por los diversos modos de proceder de cada Comunidad Autónoma en particular. Existen importantes títulos competenciales autonómicos de carácter sectorial, muchos de ellos compartidos con el Estado, que inciden directamente sobre la inmigración y este cúmulo precisa un marco legal de coordinación y cooperación entre las políticas locales, autonómicas y estatales. Esta coordinación es esencial para llevar a cabo una gestión adecuada para los intereses de los protagonistas implicados.

PALABRAS CLAVE: POLÍTICAS DE INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA – COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DEL ESTADO – COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS – COMPETENCIA DE LOS ENTES LOCALES – REPARTO COMPETENCIAL.

ABSTRACT: *The Autonomous State and the growing importance of migration have required a re-thinking of the distribution of powers in the field of immigration and foreigners. Currently, both municipalities and autonomous communities share certain competences with the State. Within the areas of protection or social policy those local and regional authorities have powers constitutional or legally conferred. This substratum has set up a certain immigration policy at the regional level, which has*

* Profesora contratada doctora (acreditada) Universidad de Castilla-La Mancha.

accentuated the diversity due to the various modes of action of each region in particular. There are important autonomous competence titles of sectorial character, many of them shared with the State, that directly affect immigration and this juxtaposition requires a legal framework for coordination and cooperation between municipal, autonomous and State policies. This coordination is essential to carry out proper management in the interests of the players involved.

KEYWORDS: IMMIGRATION POLICY –POLICY OF FOREIGNERS – EXCLUSIVITY COMPETENCE OF THE STATE – REGIONAL COMPETENCES – LOCAL COMPETENCES – DISTRIBUTION OF COMPETENCES.

I. Planteamiento general

1. La regulación de la inmigración, asilo y refugio constituye una competencia exclusiva del Estado de acuerdo con el art. 149.1.2 de nuestra Norma Fundamental, pero el incremento de la inmigración irregular en España ha dado lugar a que las CC AA y los Ayuntamientos presten atención asistencial a los inmigrantes que se encuentran en el territorio nacional y ello aunque en los distintos Estatutos de Autonomía, en su versión primitiva, nada se hubiese previsto al respecto, salvo en el caso de Canarias. A partir de aquí, la evolución del fenómeno migratorio en España impide mantener su consideración como competencia exclusiva del Estado pese a la referencia textual, sin matices, de la norma constitucional; no se puede configurar la competencia que expresa como un título horizontal de alcance ilimitado, ya que lo contrario supondría invadir competencias autonómicas sectoriales¹. De ello se han hecho eco algunos de los Estatutos de Autonomía “de segunda generación” al asumir auténticas competencias en materia de extranjería, que han mostrado una sensibilidad creciente hacia los flujos migratorios y una marcada preocupación por dar respuesta a la generalización de la inmigración irregular², normalizando con ello la práctica desplegada por algunas CC AA especialmente afectadas por la inmigración³.

Conviene precisar que “inmigración” y “extranjería” son dos conceptos que han experimentado inflexiones importantes en su interpretación y aplicación. Las competencias en estas materias han encontrado una progresiva modulación superándose la consideración de que las actividades públicas en este sector se limitan a la determinación de quiénes pueden acceder a nuestro país y quiénes pueden ser expulsados, que son actos de soberanía y que el Estado está única-

¹ S. Ripol Carulla, “Comentario al artículo 149.1.2.^ª”, M.E. Casas Baamonde, M.E. y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Comentarios a la Constitución Española: XXX aniversario*, Las Rozas, Fundación Wolters-Kluwer, 2008, p. 2.276–2.280.

² M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “La intervención autonómica en las autorizaciones de residencia y trabajo”, *Relaciones Laborales*, n° 20, 2009, pp. 67 ss.

³ E. Rojo Torrecilla y F. Camas Roda, “La reforma de los Estatutos de Autonomía y su impacto en la normativa estatal de inmigración”, *Revista del Ministerio de Trabajo*, n° 80, 2009, pp. 97–117.

mente habilitado en función de su carácter de derechos fundamentales⁴. A ello hay que agregar dos factores de peso, de un lado, la cada vez más pujante política europea de inmigración, con una manifestación expansiva competencial, que afecta a muchos de sus aspectos esenciales⁵ y, de otro lado, en el ámbito interno del Estado, la tendencia a autolimitar una competencia de carácter exclusivo en virtud de la asunción estatutaria de competencias en estas materias.

2. Es cierto que desde esta última dimensión, el 149.1.2 CE incorpora una habilitación al Estado para regular la situación de los inmigrantes en España. El apoyo de esta afirmación puede sustentarse en la STC (Pleno) nº 71/1982, de 30 de noviembre y se justifica en el denominado “deber constitucional de colaboración” (SSTC Pleno 80/1985, de 4 de julio y 152/1988, de 20 de julio). Pero existen otros precedentes importantes de este enfoque. Como pusiera de relieve el Consejo de Estado en su Dictamen nº 322/2009 (Trabajo e inmigración) de 26 de marzo de 2009

“Esa competencia general y exclusiva del Estado en materia de inmigración y extranjería, prevista en el artículo 149.1.2 de la Constitución, comprende cuestiones de orden puramente externo –caso de la política europea de inmigración, en conexión con la acción exterior del Estado (art. 149.1.3 CE)– y de orden propiamente interno. Pero en uno y otro caso es el Estado el titular indudable de la competencia, pues las decisiones en la materia afectan a la configuración de la población y aun del pueblo que constituye su sustrato personal. Desde esta perspectiva del art. 149.1.2 CE, las competencias asumidas por las CC AA en sus Estatutos sobre la autorización inicial de trabajo en España se insertan en aquellos aspectos del régimen jurídico de los extranjeros que puedan encontrarse relacionados con materias sobre las que ostenten algún género de competencia, como es el caso de la ejecución de la legislación laboral, prevista en el art. 149.1.7 CE. En cuanto la entrada del extranjero no comunitario en España se haga con intención de entrar en el mercado de trabajo, el ejercicio de la competencia estatal afecta a la dinámica del mercado de trabajo, donde tiene competencias ejecutivas la Comunidad Autónoma. En atención a esa competencia ejecutiva, el Estado ha podido introducir, a consecuencia de la asunción estatutaria de competencias propias, una autolimitación del ejercicio de una competencia originaria sobre la decisión de entrada, residencia y salida del territorio, que es inherente a la propia soberanía”⁶.

⁴ Cf. P. Santolaya Machetti, “Extranjería y nuevos estatutos de autonomía”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, nº 4, 2007, pp. 159–184, esp. 160–161.

⁵ Vid., *inter alia*, E. Aja y L. Díez (coords.), *La regulació de la immigració a Europa*, Barcelona, Col·lecció d'Estudis Socials de la Fundació “La Caixa”, 2005; I. Blázquez Rodríguez, “Hacia una política común de inmigración en la UE”, *Revista del Poder Judicial*, nº 66, 2002, pp. 107–142; J. Cruz Villalón, “La política comunitaria de inmigración”, *Relaciones Laborales*, 2009, nº 2, pp. 133–160; A. Fernández Pérez, “Manifestaciones de la gestión de los flujos migratorios en la UE”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2006–2, pp. 1411–1424; J.C. Fernández Rozas, “Génesis y constitucionalización de la política migratoria en la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 223–251; J. Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la UE. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, Colex, 2002; A. Muñoz Aunión, *Política migratoria de la Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

⁶ <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2009-322>.

Y esta construcción fue corroborada por la STC 31/2010, de 28 de junio en su pronunciamiento sobre el art. 138 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) que contiene planteamientos decisivos en materia de distribución de competencias entre el Estado y las CC AA (FJ nº 83), siendo la primera decisión del TC que se pronuncia expresamente sobre la competencia en materia de inmigración⁷. De acuerdo con el TC es obvio que la inmigración es una materia que ha sido reservada con carácter exclusivo al Estado ex art. 149.1.2 CE y el art. 138.1º EAC sería claramente inconstitucional si, como parece deducirse de su enunciado, pretendiese atribuir a la CA competencias en dicha problemática. Sin embargo, las potestades recogidas en el precepto estatutario no se traducen en la atribución a la Generalitat de competencia alguna en materia de inmigración, siendo lo relevante a la hora de pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto no su rúbrica o la denominación de la materia o título competencial en cuestión, sino el alcance material de las concretas competencias o potestades estatutariamente atribuidas a las CCAA.

3. Si este es el punto de llegada no puede desconocerse todo un largo proceso de asunción competencial en el capítulo que nos ocupa donde las CC AA se han enfrentado a la actitud de la Administración central de querer reservarse la totalidad de las políticas migratorias frente a importantes reclamaciones descentralizadoras⁸. De una parte, se ha llevado a cabo una ordenación propia y diversificada de la política social y, de otra, los Estatutos de Autonomía han puesto un cierto acento en algunos fines sociales expresando la voluntad de la CC AA de perseguir, con carácter preferente, objetivos específicos de la política social y económica, para la satisfacción de las necesidades prioritarias y peculiares de cada Comunidad. Complementariamente, y de acuerdo con el art. 150.2º CE, se suscitó la posibilidad de recibir del Estado la transferencia de las competencias ejecutivas en materia de inmigración –exceptuando el control de fronteras y la concesión de la nacionalidad–, especialmente en relación con las oficinas de extranjeros, con la finalidad de descentralizar las actuaciones administrativas y a la ejecución de la legislación estatal de trabajo, incluida la inspección laboral. El resultado ha sido que, en la mayoría de los Estatutos de Autonomía se han incluido referencias específicas en relación con el principio del Estado social, entre otras, la promoción de una efectiva igualdad de los grupos sociales en inferioridad jurídica o económica como las mujeres, los jóvenes y los inmigrantes.

⁷ L. García Juan, “La STC 31/2010, de 28 de junio. Punto y final en materia de competencias en inmigración”, *Revista Catalana de Dret Públic*, nº. 42, 2010. http://www10.gencat.net/eapc_revistadret/recursos_interes/Notes/Laura_Garcia_RCDP_42.pdf.

⁸ J.L. Monereo Pérez, “La distribución de competencias en el Estado Social Autónomo en materia de políticas de empleo e inmigración”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, nº 198, 2007, pp. 15–35.

II. Asunción progresiva de competencias por las CC AA

1. Reconocimiento de una mayor capacidad de actuación

3. Durante una primera etapa la legislación de extranjería ignoró de manera casi general la realidad del Estado compuesto, de forma que las competencias autonómicas en materia de trabajo, sanidad, asistencia social y otros muchos aspectos relacionados con la vida de los inmigrantes eran susceptibles de permanecer en manos de la Administración central, absolutamente al margen de los criterios ordinarios de reparto competencial, en el momento en que el sujeto al que debían ser aplicadas era un extranjero y no un nacional. La primera respuesta hacia el fenómeno migratorio y, por tanto también en cuanto a la distribución competencial, se plasmó en la LO 4/2000 que, aunque no incorporó disposiciones con instrumentos específicos respecto a la integración social del inmigrante, introdujo una perspectiva original de respuesta del Estado ante la inmigración, aunque lógicamente manteniendo el control de los flujos migratorios. Con ello se pretendía la integración de los trabajadores extranjeros, especialmente si contaban con cierto grado de permanencia.

Aunque la LO 11/2003, de 29 de septiembre, no implantó cambio alguno en la LEx relacionado con las competencias en materia migratoria, la LO 14/2003, de 20 de noviembre modificó preceptos en varias leyes, incluyendo la LEx: la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP-PAC. Dicha LO expresó en su exposición de motivos, como el primero de sus objetivos, la mejora de la gestión simplificando los trámites administrativos y mejorando el régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España, con el fin de favorecer la inmigración legal y la integración. Dentro de las modificaciones relevantes cabe referirse a la nueva redacción del ap. 3 del art. 31 LEx, precepto que sería desarrollado posteriormente por los arts. 45 ss RD 2393/2004, de 30 de diciembre y actualmente por los arts. 123 y ss RD 557/2011 (REx 2011). Asimismo introdujo un nuevo ap. 5 en el art. 42, que confirió cierto protagonismo a las CC AA al considerar que éstas, junto con los Ayuntamientos, deberían colaborar con la Administración General del Estado en la programación de las campañas de temporada. En este marco normativo cabe agregar que tras el RD 2393/2004, que derogó el anterior REx/2001, se registró un cambio importante hacia una ampliación de la participación de las administraciones descentralizadas en la gestión de la política migratoria, que confirió un mayor papel a los Ayuntamientos si cabe que a los entes autonómicos.

4. Estas orientaciones se plasmaron en las reformas de los Estatutos de Autonomía producidas durante los años 2006 y 2007. En concreto, la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, dispuso en su art. 138.2º que “corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña”, competencia que se ejercerá “en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros”, y que incluye: “a) La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena. b) La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere la letra a) y la aplicación del régimen de inspección y sanción”. Y el tercer apartado del precepto aseveró que “corresponde a la Generalitat la participación en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título V” (dedicado a las relaciones institucionales de la Generalitat –en particular, su art. 183 regula la Comisión Bilateral Generalitat–Estado–).

Por su parte, la LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en su art. 62.1º (“inmigración”) dispuso que “corresponden a la Comunidad Autónoma: a) Las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes, en el marco de sus competencias. b) La competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia y de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado. Esta competencia incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción”. A ello añade, en su segundo apartado, que “la Comunidad Autónoma participará en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Andalucía y, en particular, la participación preceptiva previa en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título IX” (“Relaciones institucionales de la Comunidad Autónoma”: arts. 218 a 247)⁹.

5. Dichas orientaciones determinaron, asimismo, la reforma del REx para adaptarlo al hecho de haber asumido, algunas CC AA, competencias en materia

⁹ T. Bravo Dueñas, “Comunidades Autónomas e inmigración: competencias y funciones a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, *Competencias y estrategias de las Comunidades Autónomas en Inmigración. Una visión desde la Comunidad Autónoma Andalucía* (I. Blázquez Rodríguez, coord.), 2009, pp. 18–26.

de autorizaciones iniciales de trabajo de extranjeros no comunitarios. La idea fundamental de dichas reformas estatutarias se centró en redefinir los ámbitos materiales y funcionales de las competencias autonómicas precisando al máximo las materias competenciales y las funciones que corresponden a cada título, ampliando así la esfera de exclusividad¹⁰. Debe tenerse en cuenta que el art. 149.1.7 CE reserva al Estado la competencia exclusiva sobre legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las CC AA y, de este modo, la cuestión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la atribución de competencias ejecutivas en materia de autorización de trabajo de extranjeros reside en la consideración de ésta como una materia de inmigración o extranjería, o como una materia de ejecución de la legislación laboral¹¹.

La consolidación del Estado autonómico no ha paliado en absoluto la situación sino que incluso parece haberse acentuado una línea contraria con el REx/2011, que, entre otros aspectos indudablemente llamativos desde este punto de vista, regula, en los arts. 264 ss, los Centros de Migraciones, aparentemente con la intención de mantener y hacer crecer una red pública de esos Centros, dependiente del Estado y gestionada por la Secretaría de Estado de Inmigración en todo el territorio nacional. Esto ha dado lugar a que, en términos jurídicos, se produjera una superposición del art. 149.1º.2 CE: inmigración y extranjería como competencia exclusiva del Estado, sobre la prevista en el 148.1.20: asistencia social, competencia exclusiva de todas las CC AA¹².

¹⁰ Vid. J.M. Montilla Martos y M.C. Vidal Fueyo, "Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas", *Foro Inmigración y Ciudadanía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en la Colección Foro, nº 15, Madrid, 2007.

¹¹ Respecto de la "materia laboral" reservada a la legislación estatal, la STC 35/1982, de 14 de junio determinó que no es la que se refiere genéricamente al mundo del trabajo, sino en un sentido concreto y restringido, la que "regula directamente la relación laboral, es decir, [...] la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios en favor de los que y bajo la dirección de quienes se prestan estos servicios" (BOE, 28-VI-1982); vid. asimismo STC nº 360/1993, de 3 de diciembre. Se ha hablado así de una cierta actividad legislativa, configuradora de una política laboral paralela a la estatal, en un bloque más o menos amplio de materias "perilaborales" (cf. V. Sempere Navarro, "Ordenamiento laboral español y Comunidades Autónomas", en *Tendencias actuales del Derecho del trabajo. Perspectiva iberoamericana*, Murcia, Universidad de Murcia, 1990, pp. 147 ss. Vid., asimismo, A. Cámara Botía, "Las competencias ejecutivas de la C.A.R.M. en materia laboral", *Derecho social de la Región de Murcia* (F. Cavas Martínez y C. Sánchez Trigueros, dirs.) Murcia, Universidad de Murcia, 2007, pp. 83 ss.

¹² No obstante, el TC, de manera constante y desde su primera jurisprudencia, a los supuestos en los que una misma actividad material podía estar incluida en varios títulos competenciales, ha resuelto que es de aplicación del "principio de especificidad de la competencia". Así, la STC 71/1982, 30 noviembre, en un supuesto susceptible de ser enmarcado tanto en sanidad como en defensa del consumidor, señala que "el carácter específico de la sanidad respecto al plural de la defensa del consumidor, determina que la inclusión en regla de más amplio alcance deba ceder ante la regla más especial" (BOE, 29-XII-1982). Igualmente en el concurso de reglas competenciales al que nos estamos refiriendo, entre inmigración y

6. Cabe insistir en que la materia de “extranjería” presenta una pluralidad de componentes, alguno de los cuales se encuentra en directa relación con ciertas competencias autonómicas, por ejemplo como hemos visto en materia de ejecución de la legislación laboral (art. 149.1.7 CE). Ello implica inexorablemente que las materias que el art. 149.1.2 CE atribuye en exclusiva al Estado pueden quedar matizadas cuando se pongan en relación con otros poderes públicos que ostentan atribuciones en materias que no afecten al núcleo de la competencia estatal. En efecto, el logro de los fines básicos del Estado social, tales como el pleno empleo y el acceso a la educación de todos los sectores sociales, también está presentes en la actividad legislativa y planificadora de las CC AA. Para su consecución, en el ámbito autonómico se han desarrollado políticas sociales orientadas a la extensión y generalización de los servicios sanitarios, educativos, así como de las prestaciones económicas a los diversos grupos que necesitan de intervención específica. Las actuaciones relativas a la tercera edad, la protección frente al desempleo o ayudas para la adquisición de la vivienda se incluyen, entre otras, en un amplio concepto de asistencia social desarrollada por las Administraciones autonómicas. En este sentido las CC AA han asumido la competencia exclusiva en materia de asistencia social y puesto en marcha los respectivos sistemas para promover la solidaridad entre los ciudadanos, favoreciendo su libre y pleno desarrollo en el marco de la igualdad¹³. Y ello, como más tarde se insistirá, pese a que la consecución de la igualdad efectiva a veces requerirá concretas acciones o prestaciones diferenciadas de servicios comunes para garantizar su efectividad¹⁴. Los sistemas de servicios sociales se han orientado en su acción, al menos en una triple dirección: la prevención y la eliminación de las causas que están en el origen de las situaciones de marginación, la previsión de adecuados medios para la integración y el desarrollo de la Comunidad y la consecución del bienestar social de los ciudadanos. Con ello se ha llegado a la situación incongruente de que siendo la inmigración competencia exclusiva del Estado, las actuaciones públicas en uno de los aspectos esenciales de la política migratoria, cual es el proceso de integración de las personas inmigradas, ha sido objeto del ejercicio de competencias sectoriales por parte de las CC AA¹⁵.

asistencia social resulta verosímil que el TC aplicara ésta solución si hubiera de pronunciarse sobre la titularidad de la gestión de los Centros de Migraciones.

¹³ J.L. Monereo Pérez, “Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales”, *Temas laborales*, nº 100, 2009, pp. 295–328.

¹⁴ E. Roig Molés, “Autonomía e inmigración: competencias y participación de las CC AA y las Entidades Locales en materia de inmigración”, *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, en M. Revenga Sánchez, coord.), Valencia, Tirant lo blanch–Giuffrè, Universidad de Cádiz, 2005, p. 367.

¹⁵ Cf. J.A. Montilla Martos, “La distribución de competencias en inmigración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la reforma del Estado autonómico”, *Las competencias en inmigración del*

7. Precisamente es en el contexto de la integración social y económica de la población inmigrante donde se insertan el conjunto de competencias o potestades, de evidente carácter asistencial y social que los Estatutos atribuyen a las CC AA, y que en ningún caso relegan la competencia exclusiva del Estado (STC 31/2010, de 28 de junio). Corresponde pues a las CC AA, como poderes públicos que son, la responsabilidad de garantizar las ayudas financieras, técnicas, humanas y organizativas que permitan el funcionamiento eficaz de los servicios sociales y de la acción social. Estas intervenciones se concretan, en primer lugar, a través de la planificación de los servicios sociales, sanitarios, educativos y culturales y, en segundo lugar, con la coordinación de las administraciones autonómicas, provinciales y locales para la mejor prestación de los servicios. La organización de estos servicios puede variar de una Comunidad a otra, ya sea a través de servicios sociales comunitarios o generales o bien de servicios específicos o especializados.

2. Manifestaciones del reparto constitucional de competencias

8. Justo es reconocer que la normativa estatal ha tratado de mitigar esta situación dando una cierta participación a las CC AA en la adopción de algunas decisiones. Al efecto la LEx contempla ciertos mecanismos de participación institucionalizada entre las diversas administraciones públicas, esencialmente dedica su Título IV a la “Coordinación de los poderes públicos” cuyos aspectos esenciales pueden reducirse a cuatro. En primer lugar, presta atención a la coordinación de los órganos de la Administración del Estado por medio de la unificación en las Oficinas provinciales de los servicios existentes, dependientes de diferentes órganos de la Administración del Estado con competencia en inmigración, con el fin de alcanzar una adecuada coordinación de su actuación administrativa (art. 67). En segundo lugar, asegura la adecuada coordinación de las actuaciones que desarrollen las Administraciones Públicas en materia de inmigración a través de la Conferencia Sectorial de Inmigración (art. 68¹⁶). En tercer lugar, en lo que

Estado y de las Comunidades Autónomas (J.A. Montilla Martos y M.C. Vidal Fueyo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pp. 9–79, esp. p. 14; A. Galera Victoria, “Las políticas de inmigración en el Estado autonómico”, en F.J. García Castaño y N. Kressova (coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, 2011, pp. 1683–1690.

¹⁶ Redactado por el ap. 72 del artículo único de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. De acuerdo con la nueva redacción del párrafo 2º del art. 68 “Las Comunidades Autónomas que asuman competencias ejecutivas en la concesión de la autorización inicial de trabajo, deberán desarrollarlas en necesaria coordinación con las competencias estatales en materia de extranjería, inmigración y autorización de residencia, de manera que se garantice la igualdad en la aplicación de la normativa de extranjería e inmigración en todo el territorio, la celeridad de los procedimientos y el intercambio de información entre las Administraciones necesario para el desarrollo de sus respectivas competencias. La

conciene al movimiento asociativo de los inmigrantes apoya a los sindicatos, organizaciones empresariales y a las organizaciones no gubernamentales que, sin ánimo de lucro, favorezcan su integración social, facilitándoles ayuda económica, tanto a través de los programas generales como en relación con sus actividades específicas (art. 69) consolidando al efecto el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, “constituido de forma tripartita y equilibrada, por representantes de las Administraciones Públicas, de las asociaciones de inmigrantes y de otras organizaciones con interés e implantación en el ámbito migratorio, incluyendo entre ellas a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, constituye el órgano de consulta, información y asesoramiento en materia de integración de los inmigrantes” (art. 70.1º)¹⁷. Por último, la Disposición Adicional Segunda contempla la posibilidad de constituir, en atención a la situación territorial y a la especial incidencia del fenómeno migratorio y a las competencias que tengan reconocidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía en materia de ejecución laboral y en materia de asistencia social, Subcomisiones en el seno de las Comisiones Bilaterales de Cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en concordancia con lo que prevean sus respectivos Estatutos de Autonomía, para analizar cuestiones sobre trabajo y residencia de extranjeros que les afecten directamente.

Se trató de una retractación de reducido alcance que, aparte de no solucionar las posibles invasiones competenciales, se ha desarrollado de manera enormemente reducida mediante su representación en un inoperante Consejo Superior de la Política de Inmigración, con presencia claramente minoritaria¹⁸, en el Foro de la Inmigración y en la puesta en funcionamiento de subcomisiones de cooperación bilaterales con algunas CC AA.

coordinación deberá realizarse preservando la capacidad de autoorganización de cada Comunidad Autónoma así como su propio sistema de descentralización territorial”.

¹⁷ La creación en 1994 del “Foro para la integración social de los inmigrantes”, fue iniciativa importante para que las CC AA tomaran conciencia de su responsabilidad al tiempo que las impulsó a diseñar sus primeras estrategias públicas. R. Barranco Vela, “Coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración (arts. 67, 68, 69 y 70)”, *Comentario sistemático a la Ley de extranjería* (M. Moya Escudero, coord.), Granada, Comares, 2001, pp. 945–979. Su composición, competencias y régimen de funcionamiento se encuentra recogido en el RD 3/2006, de 16 de enero.

¹⁸ Esta situación fué tratada de paliar, v.gr., por el Parlamento de Cataluña que en la Resolución 858/VI de 27 junio 2001 incluyó el siguiente pasaje: “Es preciso potenciar la presencia y la participación de la Generalitat en el Consejo Superior de Política de Inmigración, y garantizar que las competencias de éste comprendan, además de la fijación de las líneas fundamentales de la política de integración de los inmigrantes, el establecimiento de los contingentes. Es aconsejable, además, crear un órgano de participación en las decisiones del Estado sobre política de inmigración, o ampliar las funciones y competencias de los meramente destinados al intercambio de información” (BOPC, n.º 206, de 11 julio 2001).

9. Pese a ello las CC AA, en efecto, han ido asumiendo, bien es verdad que de manera asimétrica, competencias y diseñando planes a medida que se han ido enfrentando con el fenómeno de la inmigración en suelo propio.

i) Teniendo en cuenta que las principales CC AA receptoras de inmigración extranjera han sido, desde los años ochenta hasta la actualidad, Andalucía, Madrid y Cataluña, las Administraciones autonómicas y locales que primero han ido diseñando políticas de integración¹⁹.

ii) El REx/2004 introdujo una decisión al menos sorprendente, creando un órgano, mantenido en el REx/2011 que parecía destinado a ocupar un lugar fundamental en la política de extranjería basada en el empleo de los extranjeros: la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, con especial relevancia para la determinación del contingente, compuesta por organizaciones sindicales y empresariales y adscrita a la Secretaría de Estado de Inmigración, sin que participen en ella las CC AA²⁰.

iii) La Conferencia de Presidentes²¹, celebrada en Madrid el 11 de enero de 2007, acordó configurar a la Conferencia Sectorial de Inmigración²² como foro estable que se encargaría, principalmente, del tratamiento de los menores no acompañados, la puesta en marcha de una Agencia Nacional de Inmigración y la participación de las CC AA en los Consejos de Ministros europeos en materias de inmigración.

iv) Desde 1998 hasta 2005, los Convenios bilaterales entre Estado y las CC AA se convirtieron en el principal instrumento para canalizar las relaciones interadministrativas en materia de inmigración²³. Su objetivo era básicamente la

¹⁹ Pionera en este sentido fue Cataluña, Comunidad que ya desde 1993 cuenta con el diseño de un plan que se define como Global, Participativo y Reivindicativo y que puso en marcha la Generalitat bajo el nombre de Plan Interdepartamental de Inmigración 1993–2000, posteriormente reeditado en su versión 2001–2004. Por su parte, la Junta de Andalucía ha creado Foro Andaluz de la Inmigración como órgano de consulta, representación y participación en el ámbito de la política social para inmigrantes.

²⁰ Orden TAS/1713/2005, de 3 de junio, *BOE*, 10–VI–2005.

²¹ Como es sabido la Conferencia de Presidentes es el órgano de máximo nivel político de cooperación entre el Estado y las CC AA y ocupa la cúspide del conjunto de órganos de cooperación multilateral. Está formada por el Presidente del Gobierno, que la preside, y por los Presidentes de las diecisiete Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla.

²² Constituida en el marco de las previsiones del art. 4 Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico y del art. 5 Ley 30/1992, de 26 de noviembre RJAP–PAC.

²³ El contenido del deber de colaboración entre la Administración central y las CC AA se desarrollará a través de uno instrumentos y procedimientos que de manera común y voluntaria establezcan tales Administraciones, entre los que se encuentran los convenios de colaboración que, en síntesis, constituyen una técnica al servicio de la colaboración entre administraciones, aunque es difícil encontrar una definición convencional y única. *Vid., inter alia*, el colectivo coordinado por L. López Nieto, *Relaciones*

asunción de compromisos financieros entre Estado y Comunidad para el desarrollo de una red de información para el Observatorio Permanente sobre la Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, o para la creación de centros de información y primera acogida para inmigrantes (sobre todo a través de ONGs). A partir del año 2000 estos convenios tuvieron un contenido mucho más genérico coincidiendo con el fin de las subvenciones directas del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a ONGs y entidades locales en materia de inmigración. Bien entendido que las ONGs y otras entidades de iniciativa social de apoyo a inmigrantes, las asociaciones de inmigrantes y los sindicatos han realizado una amplia actividad para mantener la cohesión social y evitar la marginación y reforzar la asistencia social al inmigrante.

v) La reforma de la LEx operada por la LO 2/2009 determinó en su art. 68.4º que las CC AA con policía autonómica pudiesen elaborar informes que se aportarían a los expedientes de autorizaciones iniciales y renovaciones de tarjeta. Asimismo, mediante los RR DD 1463/2009, de 18 de septiembre y 206/2010, de 26 de febrero, se traspasó a la Generalitat de Cataluña la función ejecutiva laboral en materia de autorizaciones iniciales de trabajo y en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

10. Complementariamente a la complejidad institucional descrita, el legislador estatal ha reconocido una mayor capacidad de actuación para las CC AA atendiendo al reparto constitucional de competencias. Este hecho se reveló, como vimos, en la configuración de la asistencia social, en los que el propio ejercicio de la autonomía es susceptible de provocar regímenes públicos de ayudas notablemente diferenciados entre las CC AA. Ello sin olvidar que el Estado tiene competencia para establecer las condiciones mínimas de los derechos de los extranjeros, competencia que deviene, del art. 149.1º.1 CE, pues, a pesar del conflicto que implica el término “todos los españoles” del precepto, la ciudadanía se debe concebir como un conjunto de derechos fundamentales y el Estado, debe poder decidir el grado de concordancia entre nacionales y extranjeros que se produce en su ordenamiento jurídico. Así, para establecer el estándar mínimo de sus derechos, garantizados por todas las administraciones, los entes descentralizados puedan recurrir a su capacidad de gasto con el fin de aumentar para los extranjeros determinadas prestaciones.

Procede, pues, efectuar una división competencial de los derechos de los extranjeros en los que, especialmente en los de contenido prestacional, corresponderá al Estado adoptar una serie de decisiones para el conjunto del territorio

intergubernamentales en la España democrática : interdependencia, autonomía, conflicto y cooperación, Madrid, Dickinson, 2006.

español, por ejemplo, determinar el grado de acceso de los irregulares a la asistencia sanitaria pública, pero esa decisión recaerá directamente sobre la gestión descentralizada de esa prestación que a su vez puede elevar ese estándar mínimo. Los ejemplos se pueden multiplicar en todos los campos y en realidad ponen de manifiesto la necesidad de una definición y ejecución cooperativa en estas materias.

11. La competencia estatal en inmigración provoca la consideración de que debemos entender comprendidas en esta materia, las condiciones de entrada, permanencia y expulsión de los extranjeros del territorio nacional, teniendo en cuenta que estamos hablando de una competencia exclusiva en sentido estricto, es decir, que corresponderá al Estado la legislación y ejecución de este tipo de decisiones, sin intervención autonómica alguna. Sin embargo, es preciso resaltar que así como las decisiones en materia de entrada y expulsión están íntimamente ligadas al orden público, las de permanencia, es decir, la mera renovación de situaciones administrativas, se vinculan, en la inmensa mayoría de los casos, a la persistencia de un contrato de trabajo y su mantenimiento en alta en la seguridad social. Por tanto, podrían ser perfectamente consideradas actividades de ejecución de la legislación laboral del 149.1.7 CE y ejecución de servicios de la seguridad social 149.17 CE, ambas, competencias de las CC AA. No resulta pues verosímil defender que en un modelo descentralizado de interpretación de las competencias en materia de extranjería puede resultar adecuado que la normativa, necesariamente estatal, de renovación de autorizaciones de trabajo y los cambios de situación laboral de los extranjeros sea ejecutada por los servicios de las CC AA, es decir, que en este aspecto se considere título más específico de atribución de competencias la actividad laboral que la extranjería.

Por el contrario, distinta debe ser la solución en lo concerniente a las decisiones que impliquen la entrada o expulsión del territorio nacional. En este sentido, es claro que la competencia estatal ha de ser entendida como exclusiva en sentido estricto, y que, en principio, a él corresponde tanto la legislación como la ejecución de las decisiones en este núcleo central de la inmigración, si bien podrían aplicarse las técnicas de transferencia o delegación de competencias estatales previstas en el art. 150.2º CE.

3. Planes autonómicos de inmigración

12. En una primera etapa las actuaciones de las CC AA se centraron en una política de integración concebida de modo amplio, incluyendo asuntos que van desde los aspectos sociales o laborales hasta la sensibilización de la población de acogida o la cooperación al desarrollo. Precisamente, los Estatutos de primera

generación no consideraban la inmigración como una materia que tuviese que ver con su autonomía política sino que entraba de manera excluyente en el ámbito de competencias estatal y ni siquiera era mencionada. En aquel momento el fenómeno no contaba con relevancia significativa y no se tenía en cuenta la incidencia que esa materia horizontal podía tener sobre sus restantes competencias materiales; por eso, antes de la reforma de los Estatutos de Autonomía, éstos no hacían alusión directa a la cuestión migratoria, con la excepción del Estatuto de Autonomía de Canarias, debido a la situación geográfica y a su condición de territorio insular, que decidió incluir dicha materia en su articulado. Concretamente, el art. 37.1º (antiguo art. 36) establece que: “La Comunidad Autónoma de Canarias podrá elevar al Gobierno las propuestas que estime pertinentes sobre la residencia y trabajo de extranjeros en Canarias”²⁴.

Ante la falta de mención expresa en los respectivos Estatutos de Autonomía acerca del fenómeno migratorio, el trabajo de las CC AA en esta materia se fue configurando en la distribución competencial que realiza la Constitución a favor de éstas al conferirles ámbitos como educación, sanidad, Seguridad Social, cultura o protección de menores²⁵; esto es, materias que inciden de manera directa sobre la situación de la población inmigrante asentada en sus regiones. Con ello, las CC AA que tuviesen delegadas dichas competencias estaban facultadas para aprobar las leyes de desarrollo, reglamentos ejecutivos así como la ejecución y gestión en materias específicas de integración, mientras que el Estado es el encargado de la aprobación de la legislación básica.

13. Desde los años noventa, generalizándose en los años dos mil, las CC AA emprendieron planes específicos para la integración social de las personas inmi-

²⁴ Vid. M.A. Asín Cabrera, “Competencias y estrategias de la Comunidad Autónoma de Canarias”, *Competencias y estrategias de las Comunidades Autónomas...*, op. cit., pp. 257–267; id., “Facultades competenciales de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de inmigración”, en E. Álvarez Conde y A.M. Salazar de la Guerra, *Estudios sobre la integración de los inmigrantes*, Madrid, Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, 2010, pp. 317–330; F. Ríos Rull, “La inmigración en Canarias: políticas de integración”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 5, julio 2009, pp. 1–20.

²⁵ Vid., v.gr., Resoluciones de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, 26 de diciembre de 2008 que aprueba el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comunidad Autónoma de Canarias, en la atención a menores extranjeros no acompañados, hecho, en Madrid, a 8 de octubre de 2008 (BOE, 7–I–2009); de 16 de diciembre de 2009, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración, entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Ciudad de Ceuta, sobre atención a menores extranjeros no acompañados (BOE, 28–XII–2009); y de 16 de diciembre de 2009, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración, entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Ciudad de Melilla, sobre atención a menores extranjeros no acompañados (BOE, 28–XII–2009).

grantes²⁶. Cataluña fue la primera en aprobar un plan de inmigración plurianual, el llamado “Primer Plan Interdepartamental de Inmigración (1993–2000)”²⁷; a este primer plan le siguió el segundo Plan interdepartamental de inmigración 2001–2004 y en 2005 se aprobó el “Plan de ciudadanía e inmigración” 2005–2008²⁷. En Andalucía se elaboró un plan específico en el año 2000; dichas medidas de actuación se enmarcaron en el “I Plan Integral para la Inmigración en Andalucía (2000–2004)”, seguido por el “II Plan” para el periodo 2006–2009, aprobado mediante el Decreto 92/2006, de 9 de mayo²⁸. En este sentido, casi todas las CC AA cuentan o han contado con planes específicos para la inmigración, así hemos de mencionar el “Plan Integral para la Inmigración en Aragón (2002–2004)” que precedió al “Plan para la convivencia intercultural en Aragón (2008–2011)”²⁹, el “II Plan de Atención a la Inmigración en las Islas Baleares (2001–2004)”³⁰, el “II Plan Canario de Inmigración (2006–2008)”³¹, el “Plan Integral de Inmigración en Castilla y León (2005–2009)”, aprobado el 7 de abril de 2005, el “Plan de Acción de la Comunidad Autónoma de Extremadura para la Acogida y la Integración de Inmigrantes”, aprobado en 2005³², el “Plan de Inmigración de la Comunidad de Madrid (2009–2012)”³³, el “Plan para la Integración Social de los In-

²⁶ Un análisis global de los Planes de Integración de las comunidades autónomas se encuentra en la obra dirigida por J. Iglesias de Ussel, *Las políticas de integración social de los inmigrantes en las Comunidades Autónomas españolas*, Madrid, Fundación BBVA, 2010.

²⁷ www.gencat.net/benestar.

²⁸ www.juntadeandalucia.es/gobernacion. La Comisión de Justicia e Interior, aprobó en sesión celebrada el día 19 de junio de 2013 y la Proposición no de Ley relativa a impulso III Plan Integral para la Inmigración (BOPA, IX Legislatura, nº 260, 9–VII–2013). Vid., I. Blázquez Rodríguez, “Comunidades Autónomas e integración de los extranjeros: competencias y estrategias (especial referencia a Andalucía)”, en S.A. Sánchez Lorenzo (ed.), *Integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 65 ss, esp. pp. 76 ss.

²⁹ http://aragonparticipa.aragon.es/sites/default/files/libro_plan_integral_para_la_convivencia_intercultural_en_aragon_2008-2011.pdf. Vid. M. Martínez Alfaro y M.S. Rocha Esaá, “Migraciones y desarrollo. Estrategias de intervención para el fortalecimiento del capital social en el Cuarto Espacio”, *Acciones e Investigaciones Sociales*, nº 33, 2º 13, pp. 95–113.

³⁰ http://dgimmi.caib.es/www/esdeveniments/pla_immigracio/INMIGRACION.pdf.

³¹ <http://www.datosdelanzarote.com/Uploads/doc/20080214115748343Presentaci%C3%B3n-Plan.pdf>.

³² M. Beato Espejo, “Competencias de las Administraciones Públicas en emigración y extranjería: en especial, de la Comunidad Autónoma de Extremadura”, en M. Peralta Carrasco, (coord.), *I Jornadas sobre la Ley de Extranjería e Inmigración: Cáceres, 26 a 29 de marzo de 2001*, Cáceres, Universidad de Extremadura, 2003, pp. 24 ss.

³³ http://www.madrid.org/cs/Satellite?cid=1142466092013&language=es&pagename=Portal_Inmigrante%2FPage%2FINMI_pintarContenidoFinal. Z. Pérez i Seguí, “La planificación de las políticas de integración de los inmigrantes en la Comunidad de Madrid”, en R. Tur Ausina, *La integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico español*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 475–497; E. Pérez Martín, “Estudio comparado de la integración social, ámbito europeo, estatal y autonómico: el modelo migratorio de la Comunidad de Madrid”, en E. Álvarez Conde y A.M. Salazar de la Guerra, *Estudios sobre la integración...*, op. cit., pp. 243–279.

migrantes en la Región de Murcia (2006–2009)”³⁴, el “III Plan Vasco de Inmigración, Ciudadanía y Convivencia Intercultural (2011–2013)”³⁵ o el “Plan Director de Inmigración y Convivencia (2008–2011)” de la Generalitat Valenciana³⁶.

En dichos planes autonómicos han participado distintos departamentos de los Gobiernos autonómicos, de manera que las actuaciones que se llevaron a cabo fueron iniciativas coordinadas y complementarias destinadas a satisfacer las necesidades de este colectivo y a garantizar la mejor calidad de vida para todos, registrando una estructura bastante similar. Como rasgos comunes cabe señalar que tras una serie de datos estadísticos, se relatan los objetivos para que se produzca una inmigración ordenada y regular a través de la formulación de unos principios programáticos ambiciosos a partir de los cuales se pretende conseguir que nuestra sociedad sea cada día más justa y solidaria y lograrse una plena integración de todas las personas y para que no se produzcan situaciones de exclusión. En este contexto, la generalidad de los planes autonómicos para la integración social de las personas inmigrantes reconocen la necesidad de la actuación sobre la sociedad de acogida rechazando la inserción pasiva que niega la identidad cultural del inmigrante y la segregación; más concretamente “la cultura del país y región de acogida y adaptarse, aún sin perder su identidad diferencial, a las características y funcionamiento de sus instituciones” (Plan de Madrid), teniendo en cuenta que “la consideración de la inmigración exige tener en cuenta también a la sociedad de acogida y trabajar simultáneamente con ambas poblaciones” (Plan de Aragón)³⁷.

Con estos laudables propósitos la mayor parte de estos planes coinciden en los siguientes objetivos: a) favorecer la plena integración social, laboral y personal de la población inmigrantes; b) asegurar el acceso de la población inmigrante a

³⁴ [http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=602&IDTIPO=246&RASTRO=c375\\$m5853](http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=602&IDTIPO=246&RASTRO=c375$m5853).

³⁵ http://www.euskadi.net/contenidos/informacion/planes_estrategicos_inmigracio/es_planes/adjuntos/III%20Plan%20Inmigracion%20Ciudadania%20Convivencia%20Intercultural.pdf. F. García Mengual, “Definición y desarrollo de la política vasca de inmigración”, en R. Tur Ausina, *La integración de la población inmigrante...*, op. cit., pp. 445–473.

³⁶ <http://www.bsocial.gva.es/documents/610754/17349170/Plan%20Director%20de%20Inmigraci%C3%B3n%20y%20Convivencia%202008-2011/1354af9e-7b6d-4136-bc12-076d7c7b12ef>.

³⁷ Algunos ejemplos permiten insistir en estos onketivos: los planes de Andalucía, Aragón, Cataluña y Navarra incluyen un área de intervención titulada “Sensibilización social”; el plan de Canarias, dentro de las “Medidas de carácter general”, contempla dos objetivos titulados “Promoción de las actitudes sociales de tolerancia y solidaridad, así como de la interculturalidad” y “Promoción de la tolerancia de los y las jóvenes”; el plan de Baleares se refiere a “favorecer el respeto a la diversidad cultural”, dentro del área de intervención de “Cultura y convivencia”; el plan de Murcia plantea el objetivo de “realizar acciones de sensibilización y aprecio de la cultura e historia propias de los países de origen de los flujos, poniendo de relieve la diversidad cultural y el desarrollo de nuevas formas de expresión cultural” dentro del área de intervención “Cultural y Turística”; y el plan de Madrid aborda la sensibilización social dentro de “Otros programas”.

los servicios básicos comunes al conjunto de la población; c) cualificar la oferta de bienes y servicios tanto a la población inmigrante como a la de acogida; d) mejorar permanentemente el conocimiento de la realidad y de las estrategias más adecuadas para el cambio; e) fomentar la sensibilidad social acerca de los valores positivos del hecho de la inmigración; y, f) contribuir a mejorar las condiciones de vida y de las infraestructuras de los países de origen de la población inmigrante. A continuación se enumeran los programas operativos con los que la correspondiente CC AA se dispone a actuar señaladamente en materia de integración social (normalización, igualdad, integralidad–transversalidad, globalidad e interculturalidad...) y se fijan una serie de medidas de actuación agrupadas en distintas “áreas de intervención” (empleo, formación, educación, vivienda, cultura, salud y servicios sociales). Esta sistemática se completa con la fijación de unos objetivos específicos cuya puesta en práctica se prevé a través de una serie de medidas concretas, especificándose los recursos económicos, el calendario de ejecución y los organismos responsables de su implementación. De un análisis comparativo de los distintos planes autonómicos se advierte una excesiva diferencia en cuanto a sus prioridades que no siempre corresponde con una diversificación en los caracteres de su población inmigrante.

III. Inmigración y extranjería en las reformas de los Estatutos de Autonomía

1. Replanteamiento del reparto competencial

14. Ciertas Comunidades Autónomas pusieron en marcha, a partir de 2004, procesos de reforma de sus Estatutos de Autonomía de acuerdo con las competencias que para ello tienen asignadas. Entre estos Estatutos de “segunda generación”³⁸ cabe referirse a los Estatutos Autonómicos de la Comunidad Valenciana (LO 1/2006, de 10 de abril)³⁹, Cataluña (LO 6/2006, de 19 de junio), Islas Baleares (1/2007, de 28 de febrero), Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo), Aragón (5/2007, de 20 de abril) y Castilla–León (LO 14/2007, de 30 de noviembre). Resulta evidente que la nueva situación migratoria era muy diferente a la anterior, y que fue precisamente esta materia una de las que mejor ha reflejado los múltiples cambios que afectan a nuestra realidad política y social y justificaron la necesidad de la reforma estatutaria.

³⁸ Vid. B. Bosch Marco, “Inmigración en el Estado autonómico”, *La solidaridad en el Estado autonómico* (V. Garrido Mayol, coord.), Valencia, Fundación Profesor Manuel Broseta, 2012, pp. 151–204.

³⁹ J.M. Felip i Sardà, E.M. Núñez Sánchez y M. Ortega Roig, “El modelo valenciano de integración de los nuevos ciudadanos”, en R. Tur Ausina, *La integración de la población inmigrante...*, op. cit., pp. 321–349.

El Estado autonómico y la creciente importancia del fenómeno migratorio hizo preciso un replanteamiento del reparto competencial en materia de inmigración y extranjería. No parecía posible, como pretendió hacer la LOEx en su versión primitiva, que las competencias sectoriales en materia de sanidad, asuntos sociales, educación, sanidad... debiesen ceder ante el título competencial presente en el 149.1.2 CE en el momento en el que el destinatario de la acción pública fuese un inmigrante. Más correcto es dejar que el Estado establezca la fijación de las condiciones mínimas del disfrute de los derechos de los extranjeros en el conjunto del territorio, es decir, la extranjería y las competencias en inmigración en sentido estricto, es decir, las decisiones que impliquen la entrada o la expulsión del territorio nacional, y que sean las CC AA las que las desarrollen.

15. El marco constitucional, cabe insistir en ello, habilita a las CC AA para perfeccionar, de acuerdo con su propia política y capacidad de gasto, un estándar mínimo de derechos y a ejercer, también sobre los inmigrantes, la totalidad de sus competencias sectoriales, por ejemplo, en materia de trabajo y seguridad social. Pero dicha habilitación no se ha desarrollado en los Estatutos Autonómicos de manera homogénea. Así, el valenciano incomprensiblemente no guarda especial atención al fenómeno, limitándose a una genérica alusión en su art. 10 y manifestando el propósito de la Generalitat de colaborar “con el Gobierno de España en lo referente a políticas de inmigración” (art. 59.5º). Esta remisión genérica se reitera en el art. 16.3º, a propósito de los “derechos sociales”, del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears aunque inserta dentro de las competencias ejecutivas de su art. 32, “la inmigración en los términos previstos en la Constitución y en la legislación del Estado” (ap. 18) y dentro de las exclusivas la “integración social y económica del inmigrante (ap. 50). Por el contrario, son excesivamente poco ambiciosos los textos de Aragón y Castilla y León. El primero se limita a insistir en la promoción del “fomento de la integración social de las personas inmigrantes” (art. 29) y a incorporar, dentro de las competencias compartidas del art. 75 “las políticas de integración de inmigrantes” (ap. 6); mientras que el segundo, contempla en su art. 10 los “derechos de los extranjeros” y determina dentro de las competencias exclusivas de su art. 70 el “régimen de acogida e integración económica, social y cultural de los inmigrantes” manifestando su intención de colaborar “con el Gobierno de España en todo lo relativo a políticas de inmigración, en el ámbito de sus respectivas competencias” (ap. 12).

Por el contrario, el texto del Estatuto catalán, tras los profundos cambios a los que se sometió en su tramitación parlamentaria, y el andaluz, regulan de una forma más coherente este fenómeno. Concretamente, el Estatuto de Andalucía al

margen de otras disposiciones de carácter más programático dedica un artículo específico a regular la materia migratoria⁴⁰.

Por último, será muy probable que, tras su tramitación en las Cortes Generales, pueda incluirse en este apartado el futuro Estatuto canario⁴¹. En general, todos se enfrentan a un problema que no pueden eludir, la influencia de la inmigración en sus competencias, y lo abordan mediante soluciones que pueden ser aceptables y que probablemente respondan a la lógica de un Estado descentralizado en el que la inmigración representa un fenómeno de creciente importancia.

No obstante, es preciso que las soluciones aportadas por los Estatutos sean complementadas en la LOEx pues, en caso contrario, la supuesta atribución competencial en materia de autorizaciones de trabajo quedaría reducida a una norma, en cierta forma programática. Y dichas soluciones deben extenderse, asimismo, a la delegación de competencias en materia de residencia de los extranjeros, inseparables a las de gestión en materia de trabajo.

⁴⁰ Su art. 52 dispone al efecto que “1. Corresponden a la Comunidad Autónoma: a) Las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes, en el marco de sus competencias. b) La competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia y de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado. Esta competencia incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción. 2. La Comunidad Autónoma participará en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Andalucía y, en particular, la participación preceptiva previa en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título IX”.

⁴¹ El art. 142, relativo a “inmigración” de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía (*Boletín Oficial del Parlamento de Canarias*, nº 59, de 6-III-2014) dispone al efecto: “1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en materia de inmigración: a) La competencia exclusiva en la atención socio-sanitaria y de orientación de los inmigrantes no comunitarios. b) El desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias. c) La adopción de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigrantes y para la garantía de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. d) El establecimiento, de acuerdo con la normativa estatal, de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigrantes, incluidos los menores extranjeros no acompañados. 2. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Canarias. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros y en el marco de su legislación, incluye: a) La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena. b) La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere el apartado anterior y la aplicación del régimen de inspección y sanción. 3. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la participación en las decisiones del Estado sobre inmigración y extranjería con especial trascendencia para Canarias dada su situación geográfica y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el presente Estatuto”.

2. El art. 138.1º del Estatuto de Cataluña y la STC 31/2010, de 28 de junio

16. Dentro de su importante alcance en la configuración del modelo autonómico español la STC 28 junio de 2010, matiza alguna de las consideraciones efectuadas en la materia que nos ocupa⁴². El TC rechazó que la Generalitat tuviese competencia exclusiva en materia de “primera acogida” de inmigrantes, tal y como figura en el art. 138.1º del Estatuto de Cataluña. Por el contrario, considera que la atribución de esta competencia en exclusiva a la Generalitat “resulta limitada por la competencia exclusiva reservada al Estado” en esta materia y, por tanto, entiende que dicha competencia exclusiva “debe considerarse circunscrita” a las primeras actuaciones socio-sanitarias y de orientación. El TC entiende que las competencias y potestades que se arroga la Generalitat a través del Estatut “en ningún caso pueden entenderse que releguen la competencia exclusiva que el Estado ostenta en materia de inmigración” al entender que éstas se incorporan “en el contexto de la integración social y económica de la población inmigrante” y son, a su juicio, “de evidente carácter asistencial y social”. Por tanto, entiende que dichas competencias “no se traducen en la atribución a la Generalitat de competencia alguna en materia de inmigración”. El alto tribunal recuerda además que los propios diputados del PP que impugnaron por inconstitucional este artículo del Estatut han expresado “que no existe inconveniente alguno” en que “se establezca la obligación por parte de las instituciones autonómicas de realizar políticas” en materia de competencias atribuidas a la Generalitat, como servicios sociales, sanidad, educación y vivienda, que “tiendan a esa integración social” de la población inmigrante.

17. No obstante, el TC reconoce “la competencia ejecutiva en materia de legislación laboral” de las CC AA admitiendo en consecuencia que a la Generalitat “pueda corresponder” la autorización del trabajo de extranjeros si “se refiere estrictamente a su condición como trabajador de Catalunya” y no al régimen jurídico de inmigrante, que es competencia “con carácter exclusivo” del Estado⁴³. Debe recordarse que el Estatut deja claro que esta autorización de trabajo

⁴² Vid., *inter alia*, M. González Beilfuss, “El paper de la jurisprudència constitucional en el desenvolupament del dret públic de la immigració”, *Revista Catalana de Dret Públic* (número especial sobre la STC 31/2010), 2010, pp. 203–222; M. Aparicio Wilhelmi, “La decisió sobre les competències relacionades amb la immigració”, *ibíd.*, pp. 349–354; V. Aguado i Cudolà, “La decisió del Tribunal Constitucional respecte a les competències sobre immigració en l'Estatut de Catalunya de 2006”, *ibíd.*, pp. 362–368 y la obra colectiva coordinada por E. Álvarez Conde, C. Rosado Villaverde y F.J. Sanjuán Andrés, *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2011.

⁴³ I. García-Perrote Escartín y J.R. Mercader Uguina, “Aspectos laborales de la STC 31/2010, de 28 de junio, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del Estatuto Catalán”, *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 43, 2010, pp. 5–12.

atribuida a la Generalitat en el segundo apartado del art. 138 del Estatut se refiere a “los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Catalunya” y que, en todo caso, “se ejercería en necesaria coordinación” con el Estado, al que la propia norma catalana reconoce la competencia “en materia de entrada y residencia de extranjeros”, algo que resulta “evidente” para el alto tribunal.

Por otra parte, el TC pone de manifiesto en su sentencia que corresponde “libremente” a la legislación estatal “determinar los concretos términos, formas y condiciones de la participación de la comunidad autónoma” en la toma de “decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros”, participación que recoge la norma catalana. El alto tribunal avala dicha participación al considerar que no debe interpretarse como la participación de la Generalitat en decisiones en materia de inmigración, “competencia exclusiva del Estado”, sino que, por el contrario, dicha participación guardaría relación “con otras materias sobre las que puede asumir competencias la comunidad autónoma” al respecto.

A partir de aquí, el alto tribunal concluye en su sentencia sobre el Estatut que el art. 138 relativo a Inmigración, uno de los 114 impugnados por el PP, “no es contrario a la Constitución y así se dispondrá en el fallo”.

3. El polémico RD 1162/2009, de 10 de julio

18. En tal contexto, el RD 1162/2009, de 10 de julio, fue el punto de partida de la reforma de la LEx operada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre; en concreto, el nuevo art. 31.7º que incorporaba habilitó a las CC AA para emitir “Informes sobre asistencia de los extranjeros a las actividades formativas” aludidas en el art. 2 *ter*; y que serán valorados positivamente en las renovaciones de las tarjetas de residencia temporal⁴⁴. Asimismo, la nueva redacción del art. 9.4º exigió a los extranjeros residentes que tuviesen en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria “acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración”.

Junto a lo anterior, el RD 1162/2009 modificó el Reglamento de la LO 4/2000 (RD 2393/2004, actualmente derogado), manifestando que su objeto principal era “adaptar la regulación de los procedimientos de autorización inicial de resi-

⁴⁴ F.J. Donaire Villa y D. Moya Malapeira, “Marco competencial y organización administrativa de la inmigración”, en D. Boza Martínez, F.J. Donaire Villa, y D. Moya Malapeira (coords.), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España: régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012 pp. 521–559.

dencia y trabajo que se regulan en el mismo a los requerimientos derivados del traspaso a las CC AA de la competencia ejecutiva que, en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros, reconocen determinados Estatutos de Autonomía”. Y al mismo tiempo introdujo modificaciones en dieciocho artículos del REx, la mayoría para adaptar los procedimientos a la competencia de ejecución laboral asumida por algunas CC AA en sus respectivos Estatutos de Autonomía⁴⁵.

Sin duda el tema más controvertido de la reforma se centró en las autorizaciones iniciales de trabajo, cuestión está que había recibido la aquiescencia del Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Proyecto RD 1162/2009 en el sentido de que

“La competencia relativa a la autorización o denegación de la entrada o la salida del territorio de un Estado, al igual que la concesión de la nacionalidad o el reconocimiento del derecho de residencia, ha sido una tradicional prerrogativa del Estado, inherente a su soberanía e, incluso, desde una perspectiva dogmática, esencial a las funciones del Estado mismo.

La asunción por las CC AA de las referidas facultades ha de considerarse como una autolimitación en su ámbito originario de competencia por parte del Estado, que retiene la competencia de autorización de la residencia en territorio nacional –la cual, en la relación con la autorización para trabajar, representa un *prius*, conforme a la legalidad vigente–. Esta autolimitación, en cualquier caso, no debe derivar en una equiparación de la actuación de los dos actores públicos implicados –CC AA con competencias en materia de autorización inicial de residencia y trabajo y Estado–, en el sentido de que la competencia de la Administración del Estado para reconocer el derecho a la residencia en el territorio nacional quede limitada por la nueva competencia autonómica. Desde esta perspectiva, la previsión del Proyecto de que toda decisión en el ámbito que regula ha de ser común y concordante entre las dos Administraciones es aplicable a la competencia autonómica en materia de autorización inicial de trabajo, pero no a la competencia estatal en materia de residencia en España, ya que las Administraciones autonómica y estatal no ocupan una posición equiparable en este ámbito de competencias.

Ha de entenderse que el Proyecto aborda la regulación de los procedimientos afectados por la asunción estatutaria de competencias desde la sola óptica de insertar las facultades decisorias de las dos Administraciones públicas en un mismo procedimiento, con el alcance mencionado, dando lugar a actos únicos, comunes y concordantes desde la perspectiva de la competencia autonómica, pero no desde la propia del Estado (y todo ello salvo en materia de inadmisión a trámite, cuando las causas afecten a la autorización de residencia –nuevo artículo 51.3º del Reglamento, párrafo cuarto, introducido por el apartado cinco del artículo primero del Proyecto–)”.

⁴⁵ El RD 1162/2009 incorpora cuatro disposiciones adicionales. La primera determina la aplicación del procedimiento administrativo conjunto a los supuestos específicos contenidos en los aps. d), e), f), g), h), i), j) y l) del art. 40 LEx y del art. 55.2 c) REx. La segunda determina que las autorizaciones iniciales concedidas no podrán exceder de su ámbito geográfico y que deberán ser dictadas en castellano y en la lengua cooficial autonómica, en su caso. La tercera promueve la implantación de la aplicación informática común, a la que hace referencia la Disposición final 2ª RD 2393/2004, y concreta algunos aspectos de la misma. Finalmente, la cuarta hace referencia a ciertos requisitos que debe cumplir la gestión electrónica de los procedimientos. La totalidad de estas consideraciones han sido recogidas en diferentes preceptos del RD 557/2011, de 20 de abril por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000.

19. Sin embargo tal reglamentación no fue pacífica al cuestionarse si la competencia ejecutiva en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros debía de ser considerada como inmigración o extranjería, y por tanto incluida en el art. 149.1.2 CE, o como una materia de ejecución de la legislación laboral que, en cuanto tal, podía ser ejercida por los órganos de las CC AA⁴⁶.

La Comunidad de la región de Murcia suscitó ante el TS la eventual conformidad a derecho del RD 1162/2009 al atribuir a las CC AA con competencias ejecutivas en materia laboral, la posibilidad de otorgar la autorización inicial de trabajo, en coherencia con la competencia exclusiva del Estado en materia de inmigración y extranjería establecida en el art. 149.1.2º CE.

Para la Comunidad impugnante el RD 1162/2009, de 10 de julio, modificó radicalmente tal planteamiento al disociar la autorización de residencia y de la de trabajo y establecer un procedimiento extremadamente complejo en el que han de concurrir las Administraciones estatal y autonómica y aunque la referida disposición pretende adaptar el Reglamento de la LEx al traspaso de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo reconocidas en las reformas de los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía, todos los aspectos relativos a los requisitos necesarios para la entrada y salida de extranjeros de nuestro país y las autorizaciones administrativas de trabajo, estancia y residencia están comprendidas dentro del título competencial del artículo 149.1.2º de la Constitución. Entendía, por último, que la competencia autonómica de ejecución de la legislación laboral no presta amparo a la atribución que se otorga a las Comunidades Autónomas, pues la misma no puede incluir la facultad autonómica para conceder permisos de trabajo que son inescindibles de los permisos de residencia.

Frente a tales argumentos la STS 3ª 17 mayo 2011 avaló la posibilidad de que las CC AA puedan conceder permisos de trabajo a los extranjeros y que tal atribución no contraría la competencia exclusiva del Estado en materia de extranjería e inmigración. Para ello tuvo en cuenta la STC 31/2010, de 28 de junio, que declaró constitucional el art. 138 EAC, en la redacción que le dio la LO 6/2006, de 19 de junio, “siempre que se interprete en el sentido de que la competencia ejecutiva en materia de autorización inicial de trabajo se circunscribe al ámbito laboral y no condiciona la materia estatal en materia de entrada y residencia de extranjeros en España”⁴⁷.

⁴⁶ Sobre esta cuestión ya se habían pronunciado F. Cavas Martínez y C. Sánchez Trigueros, “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 23, 2005, pág. 103–128, esp p. 108.

⁴⁷ LA LEY 120203/2011.

Un recurso similar fue suscitado por la Comunidad de Madrid rechazado igualmente por la STS 3ª 10 octubre 2011 que reiteró los argumentos anteriormente expresados⁴⁸.

Y al mismo tiempo, se había aprobado el nuevo Reglamento de extranjería a través del RD 557/2011, de 20 de abril, que “fortaleció a través de diversas medidas el papel de las Administraciones autonómicas y locales”.

20. Los Estatutos descritos no han cerrado el proceso expansivo competencias. Baste referirse al modelo migratorio de Castilla-León. Como hemos visto, el Estatuto de Autonomía de esta CA, reformado mediante LO 14/2007, de 30 de noviembre, establece en su art. 10 que los derechos reconocidos a los ciudadanos de Castilla y León se extenderán a los extranjeros con vecindad administrativa en esta CA, lo que pone de manifiesto la preocupación del legislador autonómico por la acogida e integración de los inmigrantes en esta Comunidad.

Además, dispone en su ap. 2º que los poderes públicos de la Comunidad promoverán la integración social, económica, laboral y cultural de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León. Para garantizar la eficacia de este mandato estatutario, el art. 70.1.12.º configura, como competencia exclusiva de esta Comunidad, la regulación del régimen de acogida e integración económica, social y cultural de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León.

En desarrollo de estas previsiones estatutarias, y en cumplimiento de las previsiones contenidas en la LEx, el legislador autonómico aprobó Ley 3/2013, de 28 de mayo, de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León⁴⁹, facilitando el ejercicio efectivo de los derechos y deberes de los inmigrantes que se establezcan en esta Comunidad y adquieran la vecindad administrativa, con el objetivo de facilitar su integración a través de su participación en las costumbres de la nueva sociedad.

El objeto de esta ley es la regulación de las actuaciones e instrumentos a través de los cuales, con carácter transversal, los poderes públicos de la Comunidad de Castilla y León promoverán la plena integración de las personas inmigrantes en la sociedad castellana y leonesa, en el ejercicio de las competencias que a cada uno de ellos corresponden, así como la coordinación entre ellos, de acuerdo con los principios generales que se establecen.

⁴⁸ Roj: STS 6317/2011.

⁴⁹ BOE, 17-VI-2013.

IV. Participación de las Entidades Locales

1. Problemas derivados del reparto competencial

21. Tras la modificación de 2009 el art. 6.2º LOEx dispone con carácter general que los extranjeros residentes “empadronados en un municipio, tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local”. Y, en esta dirección el art. 6.31º añade que los Ayuntamientos “incorporarán al Padrón a los extranjeros que tengan su domicilio habitual en el municipio”. Consecuentemente, la condición de vecino del extranjero residente inscrito en el Padrón le hace titular de los derechos que se enumeran en el art. 18.1º Ley de Bases de Régimen Local (LBRL)⁵⁰. Como hemos apuntado, desde la entrada en vigor de la CE 1978 se ha producido paulatinamente una profunda reestructuración de las competencias estatales y autonómicas relacionadas con la inmigración, de las que no pueden quedar excluidas las Entidades Locales. Es más, gran parte de las competencias en inmigración que han asumido las autonomías en la práctica son desarrolladas por los municipios⁵¹. Frente a esta situación, en la normativa sobre extranjería e inmigración las referencias a las Entidades Locales son muy escasas, cuando no inexistentes, lo que no implica que carezcan de competencias íntimamente vinculadas al fenómeno migratorio. Por esta razón una de las dificultades con las que se encuentran las administraciones locales es si las competencias con las que cuentan son las adecuadas para afrontar este fenómeno y si es menester ampliar el catálogo.

22. Como apuntamos, la LOEx en su Título IV habla de la “Coordinación de los Poderes Públicos” considerando por tanto que la inmigración, la extranjería, la integración de los extranjeros, la sanidad, la vivienda, etc, no se puede afrontar exclusivamente por parte del Estado sino que es una materia que debe ser abordada en colaboración con los agentes sociales y otras administraciones, como Ayuntamientos y CC AA ya que son estas las que dan los servicios sociales básicos, como la sanidad y la vivienda. En las reformas de los Estatutos de Autonomía la extranjería aparece como una nueva competencia, en la que las CC AA comparten el poder con el Estado pero es preciso no olvidar las competencias en materia local que ofrecen cada vez una importancia mayor.

⁵⁰ M. Zambonino Pulito, “En torno a la función pública regulada en la legislación de extranjería ¿integración de las personas inmigrantes o mero control de la inmigración ilegal?”, *Revista de Administración Pública*, nº 179, 2009, pp. 375–411, esp. pp. 388–389.

⁵¹ Esto es así especialmente en lo relativo a la asistencia social, ya que el art. 25.2.k LBRL (Ley 7/1985), el 84.2.m del EAC y la Ley catalana de Régimen Local (Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril) conceden a los municipios la competencia para prestar este tipo de servicios.

A ello debe añadirse que la distribución normativa de competencias entre Estado, CC AA y Entidades Locales no está nada clara, especialmente en el último de los ámbitos administrativos⁵². Y no es factible que las Entidades Locales puedan articular unas políticas públicas adecuadas y coherentes en esta materia si las administraciones estatal y autonómica no ejercen debidamente con sus responsabilidades y si no se dotan de los recursos organizativos y materiales necesarios para llevarlas a cabo⁵³.

En este sentido, la LBRL no se refiere a la inmigración como fenómeno que deba abordarse; únicamente se alude a los extranjeros en cuanto a su inscripción en el padrón. Y, por su parte, la LOEx, sólo se refiere a la actividad que deberían desarrollar los municipios en materia de inscripción de los extranjeros en el padrón de habitantes (art. 6) y con respecto a su participación en el Consejo Superior de Política de Inmigración (art. 68). El REx/2011, sin embargo, añade algunas facultades más en relación con los informes de arraigo social (art. 124) y disponibilidad de vivienda en el marco de los procedimientos de reagrupación familiar (art. 55).

2. Justificación de la intervención municipal

23. La actuación de la administración local, por una parte, y el padrón municipal, por otra, adquieren protagonismo al certificar que el extranjero de hecho se encuentra, por el período que legalmente se le exige para el acceso a la situación de regularidad, en el municipio a cuyos servicios sociales se dirige para solicitar el informe⁵⁴. Salvo contados casos, en los que sea imposible verificar o conste una valoración negativa expresa de alguno de los supuestos preceptivos, si el extranjero cumple el requisito por excelencia de tener la posibilidad de incorporarse al mercado formal de trabajo, el ayuntamiento realizará un informe favorable. Es obvio que en tanto que administración, al ente local le beneficia la entrada en la regularidad del mayor número de extranjeros que se encuentren en

⁵² J. García Añón, "Inmigración y derechos de ciudadanía: la integración de los inmigrantes en las políticas públicas locales y autonómicas", *Perspectivas de la inmigración en España. Una aproximación desde el territorio* (A.G. Aubarell, dir.), Barcelona, Icaria, 2003, pp. 349-392; C. Simó y F. Torres, eds., *La participación de los inmigrantes en el ámbito local*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

⁵³ V. Aguado i Cudolá, "La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las Administraciones locales: un primer balance (I)", *Cuadernos de Derecho Local*, nº 0, 2002, pp. 7-43.

⁵⁴ Resolución del 26 de mayo de 2005, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la Resolución del 28 de abril de 2005, del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los ayuntamientos sobre el procedimiento para acordar la caducidad de las inscripciones padronales de los extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente que no sean renovadas cada dos años (BOE, 25-V-05). Vid. A. Ezquerro Huerva, "Extranjería y régimen local: la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal de habitantes", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 140, 2008, pp. 685-726.

su territorio, al menos, como forma de incrementar porcentualmente sus recursos. Bien entendido que la eximente del contrato de trabajo, que el ayuntamiento puede recomendar, va unida a la idea de disponer de medios suficientes de vida.

El mantenimiento y actualización del padrón municipal es esencial pues el acceso a diversos derechos debe conformarse a la inscripción previa a esta base de datos. Dichos derechos son: a) la participación pública toda vez que los municipios están obligados a garantizar a los extranjeros residentes en la ciudad el derecho de participación en los asuntos municipales (art. 18 LBRL, art. 2 RD 188/2001), a fomentar el asociacionismo vecinal y a facilitar la participación de las entidades en la administración municipal (arts. 69 a 72 Ley 7/1985 y arts. 227 ss del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales); b) el sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales (art. 6 LEx); c) la asistencia sanitaria en las condiciones establecidas en la ley (arts.12 y 14.3º LEx y art. 7 RD 188/2001); d) el acceso de los menores a la enseñanza no obligatoria (art. 9 LEx); e) el acceso a los servicios sociales especializados (art. 14 LODYLE). Asimismo, la inscripción en el padrón es menester para la obtención de la prestación de servicios sociales.

24. Las administraciones locales, además, desde sus respectivos ámbitos de actividad, han realizado acciones encaminadas a fortalecer la respuesta que ofrecen al fenómeno migratorio. Concretamente:

i) Elaboran planes de inmigración. Por ejemplo, dentro del Plan de Ciudadanía e Inmigración para Cataluña 2005–2008⁵⁵, la Secretaría para la Inmigración de la Generalitat impulsó Planes Territoriales de Integración de las personas inmigrantes. Estos planes de alcance municipal se definen como instrumentos elaborados por los ayuntamientos –normalmente con participación ciudadana–, y en ellos se establecen los objetivos, líneas prioritarias de actuación y acciones específicas que deben integrar la política municipal en materia de integración social de los inmigrantes.

ii) Adaptan la organización institucional encargada de poner en práctica las políticas de inmigración. Aunque no exista un modelo único de organización institucional sino que cada municipio se organiza en función de múltiples variables, con carácter general, sin embargo, puede decirse que algunos consistorios disponen de concejalías de inmigración, mientras que otros –la mayoría– desarrollan sus actividades en este ámbito a través de las concejalías de servicios

⁵⁵ A este instrumento le sucedió el “Plan de ciudadanía e inmigración 2009–2012”, aprobado en la sesión del Gobierno de la Generalitat del día 16 diciembre 2009. http://www20.gencat.cat/docs/dasc/01Departament/08Publicacions/Ambits%20tematics/Immigracio/03publiforacoleccio/2009/pci2009castella/pci_castella.pdf.

sociales o bienestar social. A la par, existen instituciones de asistencia específica al inmigrante, que dependen orgánicamente de la concejalía de servicios sociales, por ejemplo, los centros de primera acogida, las oficinas específicas de atención a inmigrantes u oficinas municipales de inmigración, los observatorios municipales de inmigración, los foros municipales de inmigración o las mesas de convivencia.

iii) Cooperan con otros municipios, con las CC AA y con el Estado a la hora de impulsar políticas de integración de los inmigrantes. En este sentido es de destacar el Consejo Superior de Política de Inmigración (art. 68 LOEx, arts. 3 y 5 RD 344/2001, de 4 de abril –respecto a la participación de las Entidades Locales), y el Fondo de apoyo a la acogida y la integración de inmigrantes, así como el refuerzo educativo de los mismos. Este fondo estatal, creado en 2005, destina recursos económicos a CC AA y ayuntamientos para que realicen actividades en materia de acogida e integración. Junto a ello están los convenios de cooperación, firmados entre el gobierno central y las CC AA, los municipios, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla o, incluso, con organizaciones no gubernamentales que tienen por objeto mejorar la gestión y dotar de mayor eficacia las acciones puestas en marcha para favorecer la integración de los inmigrantes. Por último estarían, el régimen estatal de subvenciones a las Entidades Locales, la Conferencia Sectorial de Inmigración creada en 2008, donde los municipios tienen representación pero no voto, y la Mesa de Ciudadanía e Inmigración, órgano autonómico de participación que sustituye al Consejo Asesor de Inmigración.

3. Competencias locales en materia de inmigración

25. El análisis de las competencias de las administraciones locales en materia de integración social de los inmigrantes es primordial en la medida en que los municipios: a) Son las administraciones públicas más cercanas al ciudadano y a los inmigrantes que llegan a nuestro territorio. El colectivo inmigrante acude casi siempre a los servicios municipales como primera vía de acceso a los servicios públicos. b) Son los que gestionan el padrón municipal de habitantes básico para el diseño de las políticas municipales, autonómicas y nacionales de integración, ya que permite detectar los focos poblacionales con mayores necesidades; cabe tener en cuenta que la inscripción en el padrón es una condición administrativa básica para el ejercicio de derechos fundamentales como el acceso a la educación o a la asistencia sanitaria básica. c) Sus funciones asistenciales se complementan con otras relativas a la educación, las prestaciones sanitarias, la vivienda, etc., también definitivas para mejorar la integración social de los inmigrantes y, especialmente, de las segundas generaciones de inmigrantes. En la

actualidad las competencias locales en el orden migratorio se centran esencialmente en el cumplimiento de funciones relacionadas con el régimen de entrada y residencia de los inmigrantes. Los municipios cuentan con responsabilidades en ciertos los trámites involucrados en este proceso; en concreto:

26. Actualmente, en materia de inmigración⁵⁶, las competencias locales se basan principalmente en el cumplimiento de funciones relacionadas con:

i) La residencia de los inmigrantes. Los municipios ostentan cierta responsabilidad en dos de los trámites implicados en este proceso: por un lado, realizan el informe de integración social imprescindible para solicitar la autorización de residencia por arraigo. Por otro, son los órganos competentes a la hora de acreditar la habitabilidad de la vivienda de un inmigrante que ha pedido reagrupar a la familia. Esta competencia queda fijada por el art. 55 RD 557/2011.

ii) El mantenimiento y actualización del padrón municipal (art. 6.3º LOEx). Así, la LBRL establece que los Ayuntamientos cederán los datos del padrón municipal a otras administraciones públicas que lo soliciten (art. 16.3º); y formarán, mantendrán, revisarán y custodiarán el padrón a través de medios informáticos. Sin embargo, serán las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, por otro lado, asumirán la gestión informatizada de los padrones de los municipios que no puedan mantener los datos de forma automatizada (art. 17.1º). También enviarán al INE los datos del padrón (art. 17.3º); acordarán la caducidad de las inscripciones padronales de extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente, cuando éstos no hayan procedido a realizar su renovación cada dos años (art. 16.1º); permitirán el acceso a los datos del padrón a la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil con la finalidad de ejercer sus competencias en materia de control y permanencia de extranjeros en España, tal como establece la LOEx. El mantenimiento y actualización del padrón municipal es realmente importante debido a que para el acceso a algunos derechos es necesaria la inscripción previa en esta base de datos.

iii) Los municipios están obligados a garantizar a los inmigrantes regulares el derecho de participación en los asuntos municipales (art. 18 LBRL), a fomentar el asociacionismo vecinal y a facilitar la participación de las entidades en la administración municipal (arts. 69 a 72 de la ley 7/1985 y arts. 227 ss del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales). Asimismo, están obligados a velar por el derecho de sufragio

⁵⁶ L. Tolivar Alas, "Servicios locales e inmigración", *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI* (M. Balado Ruiz-Gallegos, coord.), Barcelona, Bosch, 2008, pp. 1071–1087.

activo y pasivo en las elecciones municipales (art. 6 LOEx), el derecho de asistencia sanitaria (arts. 12 y 14.3º LOEx), el acceso de los menores a la enseñanza no obligatoria (art. 9 LEx) y el acceso a los servicios sociales especializados (art. 14 LOEx).

iv) Los municipios de más de 20.000 habitantes están obligados a prestar servicios sociales, mientras que los de menos habitantes se pueden agrupar con el fin de prestarlo conjuntamente o pueden delegarlo en las Diputaciones Provinciales o en las CC AA. Así, podemos clasificar los servicios sociales en básicos y especializados; pudiendo los inmigrantes indocumentados acceder a los primeros (art. 14 LOEx). Aunque no existe una definición legal, la lectura sistemática de las leyes autonómicas (arts. 7 y 27 RDLeg 17/1994) y locales sobre la materia (Ordenanzas y Reglamentos) admite concluir que abarcan los servicios de información, orientación y asesoramiento técnico; el servicio de ayuda a domicilio; los programas de cooperación social para impulsar y fomentar la iniciativa social, el asociacionismo y el voluntariado social; y los programas de convivencia y reinserción social. Por otro lado, se conciben como servicios sociales especializados la atención a la familia, infancia, adolescencia y juventud; a los toxicómanos; a los minusválidos; a las personas mayores; a las minorías étnicas; a la mujer; a las situaciones de emergencia social; la prevención de la delincuencia, la atención a los reclusos y ex-reclusos; y la prevención de la discriminación social.

v) Con el fin de garantizar la plena integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida es primordial que los consistorios favorezcan el acceso a la vivienda, a la educación, a la asistencia sanitaria y que promuevan su integración laboral, cultural, etc. Igualmente es importante que las administraciones se sensibilicen en relación a las necesidades especiales de algunos colectivos en relación con sus formas de entierro y ritos funerarios, sus costumbres alimenticias, sus manifestaciones religiosas o culturales. En este sentido, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, en el art. 9.3º RD 188/2001 de los extranjeros y su integración social en Cataluña, impone a los ayuntamientos y consejos comarcales con competencias en materia de asistencia social primaria, la asistencia a los trabajadores temporeros con autorización de trabajo. En la misma dirección, los ayuntamientos poseen un buen número de competencias en relación con la administración electoral, los menores desamparados, en materia de sanidad (art. 42 LO General de Sanidad) y en materia de educación (arts. 8.1º, 8.3º y 67 y Disposición Adicional 15ª LO 2/2006, de Educación, y 84.g EAC).

V. Consideraciones finales

27. El Estado autonómico y la creciente importancia del fenómeno migratorio han traído consigo un replanteamiento en profundidad del reparto competencial en materia de inmigración y extranjería. Es cierto que constitucionalmente la inmigración se configura como una competencia exclusiva del Estado, lo cual significa que éste tendrá siempre poder para el desarrollo de actividades de cualquier índole que se relacionen con la inmigración, pero la interpretación restrictiva del art. 149.1.2 CE, predominante durante muchos años, ha sido ampliamente superada. La evolución del fenómeno migratorio ha dado lugar a una serie de políticas públicas que son el resultado de la confluencia de cuatro ámbitos competenciales: comunitario, estatal, autonómico y local, lo cual suscita numerosos problemas de delimitación de cada uno de esos niveles. No es controvertido que la concesión y revisión de los permisos de residencia y de trabajo, el reagrupamiento familiar, el reconocimiento del estatus de refugiado, el control de fronteras, el establecimiento de contingentes o cupos de entradas legales, así como la incoación de expedientes de expulsión y las repatriaciones recaen en el Estado. No obstante, en la actualidad no puede ignorarse que tanto las CC AA como los municipios, confluyen con el Estado en la asunción de determinadas competencias, referidas a ámbitos de protección o de política social en los que los entes territoriales citados tienen constitucional o legalmente atribuidas competencias. Con este sustrato se ha podido configurar una cierta política migratoria de carácter autonómico que ha acentuado la complejidad de la materia por los diversos modos de proceder de cada CA en particular. Ello ha dado lugar a la configuración de políticas migratoria propias, algunas como el caso de Cataluña muy arraigadas, lo cual aunque es coherente con la diversidad de situaciones que el fenómeno migratorio presenta en España, y se movido en un primero momento dentro de los límites que le ha marcado la política estatal, ha dado lugar a la configuración de un modelo migratorio disímil y de enorme complejidad.

28. Es cierto que el paradigma del Estado de bienestar es el mismo en todo el territorio nacional⁵⁷, pero la diversidad autonómica lleva aparejada significativas diferencias en su desarrollo a través de la calidad, de la cobertura de sus prestaciones respecto a los inmigrantes. El Estado ha reconocido esta situación dando una cierta participación a las CC AA en la adopción de algunas decisiones y, complementariamente ha conferido una mayor capacidad de actuación para di-

⁵⁷ A. Fernández Pérez, “Estado del bienestar y contradicciones en la ordenación de los flujos migratorios”, *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 791–824.

chos entes atendiendo al reparto constitucional de competencias. Existen importantes títulos competenciales autonómicos de carácter sectorial, muchos de ellos compartidos con el Estado, que inciden directamente sobre la inmigración y este cúmulo precisa un marco legal de coordinación y cooperación entre las políticas locales, autonómicas y estatales. Esta coordinación es esencial para llevar a cabo una gestión adecuada en la que los intereses de los protagonistas implicados. La distribución de competencias en inmigración es más compleja de lo que pergeña el art. 149.1.2 CE y, por ello, debe procederse a un reparto que respete los respectivos espacios competenciales.

No debemos olvidar que las competencias sectoriales de las CC AA plantean numerosos casos de vinculación recíproca entre sus actuaciones y las estatales, que van desde la relación entre la situación administrativa del extranjero y su acceso a prestaciones sociales de titularidad autonómica, hasta la orientación laboral de las actuaciones en materia de bienestar social y su consiguiente condicionamiento a la hora de la obtención del permiso de trabajo. Todo ello hace necesaria la participación de las autonomías en las decisiones estatales y también de los entes locales. Gran parte de las competencias en inmigración que han asumido las autonomías en la práctica son desarrolladas por los municipios. Frente a esta situación, en la normativa sobre extranjería e inmigración las referencias a las Entidades Locales son muy escuetas, cuando no inexistentes, lo que no implica que carezcan de competencias íntimamente vinculadas al fenómeno migratorio. Por esta razón una de las dificultades con las que se encuentran las administraciones locales es si las competencias con las que cuentan, son las adecuadas para afrontar este fenómeno y si es menester ampliar el catálogo.

Bibliografía

- Aguado i Cudolà, V.: “La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las Administraciones locales: un primer balance (I)”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 0, 2002, pp. 7–43.
- Aguado i Cudolà, V.: “La decisió del Tribunal Constitucional respecte a les competències sobre immigració en l'Estatut de Catalunya de 2006”, *Revista Catalana de Dret Públic* (número especial sobre la STC 31/2010), 2010, pp. 362–368.
- Aja, E. y L. Díez, (coords.): *La regulació de la immigració a Europa*, Barcelona, Col·lecció d'Estudis Socials de la Fundació “La Caixa”, 2005.
- Álvarez Conde, E., C. Rosado Villaverde y F.J. Sanjuán Andrés (coords.): *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2011.
- Aparicio Wilhelmi, M.: “La decisió sobre les competències relacionades amb la immigració”, *Revista Catalana de Dret Públic* (número especial sobre la STC 31/2010), 2010, pp. 349–354.
- Asín Cabrera, M.A.: “Competencias y estrategias de la Comunidad Autónoma de Canarias”, *Competencias y estrategias de las Comunidades Autónomas en Inmigración. Una visión desde la Comunidad Autónoma Andalucía* (I. Blázquez Rodríguez, coord.), 2009, pp. 257–267.

- Asín Cabrera, M.A.: “Facultades competenciales de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de inmigración”, en E. Álvarez Conde y A.M. Salazar de la Guerra, *Estudios sobre la integración de los inmigrantes*, Madrid, Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, 2010, pp. 317–330.
- Barranco Vela, R.: “Coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración (arts. 67, 68, 69 y 70)”, *Comentario sistemático a la Ley de extranjería* (M. Moya Escudero, coord.), Granada, Comares, 2001, pp. 945–979.
- Beato Espejo, M.: “Competencias de las Administraciones Públicas en emigración y extranjería: en especial, de la Comunidad Autónoma de Extremadura”, en M. Peralta Carrasco, (coord.), *I Jornadas sobre la Ley de Extranjería e Inmigración: Cáceres, 26 a 29 de marzo de 2001*, Cáceres, Universidad de Extremadura, 2003, pp. 24 ss.
- Blázquez Rodríguez, I.: “Hacia una política común de inmigración en la UE”, *Revista del Poder Judicial*, nº 66, 2002, pp. 107–142.
- Bosch Marco, B.: “Inmigración en el Estado autonómico”, *La solidaridad en el Estado autonómico* (V. Garrido Mayol, coord.), Valencia, Fundación Profesor Manuel Broseta, 2012, pp. 151–204.
- Bravo Dueñas, T.: “Comunidades Autónomas e inmigración: competencias y funciones a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, *Competencias y estrategias de las Comunidades Autónomas en Inmigración. Una visión desde la Comunidad Autónoma Andalucía* (I. Blázquez Rodríguez, coord.), 2009, pp. 18–26.
- Cámara Botía, A.: “Las competencias ejecutivas de la C.A.R.M. en materia laboral”, *Derecho social de la Región de Murcia* (F. Cavas Martínez y C. Sánchez Trigueros, dirs.) Murcia, Universidad de Murcia, 2007, pp. 83 ss.
- Cavas Martínez, F. y C. Sánchez Trigueros: “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 23, 2005, pp. 103–128.
- Cruz Villalón, J.: “La política comunitaria de inmigración”, *Relaciones Laborales*, 2009, nº 2, pp. 133–160.
- Donaire Villa, F.J. y D. Moya Malapeira, “Marco competencial y organización administrativa de la inmigración”, en D. Boza Martínez, F.J. Donaire Villa, y D. Moya Malapeira (coords.), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España: régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012 pp. 521–559.
- Ezquerro Huerva, A.: “Extranjería y régimen local: la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal de habitantes”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 140, 2008, pp. 685–726.
- Felip i Sardà, J.M., E.M. Núñez Sánchez y M. Ortega Roig: “El modelo valenciano de integración de los nuevos ciudadanos”, en R. Tur Ausina, *La integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico español*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 321–349.
- Fernández Pérez, A.: “Estado del bienestar y contradicciones en la ordenación de los flujos migratorios”, *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 791–824.
- Fernández Pérez, A.: “Manifestaciones de la gestión de los flujos migratorios en la UE”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2006–2, pp. 1411–1424.
- Fernández Rozas, J.C.: “Génesis y constitucionalización de la política migratoria en la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 223–251.
- Galera Victoria, A.: “Las políticas de inmigración en el Estado autonómico”, en F.J. García Castaño y N. Kressova (coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, 2011, pp. 1683–1690.

- García Añón, J.: "Inmigración y derechos de ciudadanía: la integración de los inmigrantes en las políticas públicas locales y autonómicas", *Perspectivas de la inmigración en España. Una aproximación desde el territorio* (A.G. Aubarell, dir.), Barcelona, Icaria, 2003, pp. 349–392.
- García Juan, L.: "La STC 31/2010, de 28 de junio. Punto y final en materia de competencias en inmigración", *Revista Catalana de Dret Públic*, nº. 42, 2010. http://www10.gencat.net/eapc_revistadret/recursos_interes/Notes/Laura_Garcia_RCDP_42.pdf.
- García Mengual, F.: "Definición y desarrollo de la política vasca de inmigración", en R. Tur Ausina, *La integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico español*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 445–473.
- García-Perrote Escartín, I. y J.R. Mercader Uguina: "Aspectos laborales de la STC 31/2010, de 28 de junio, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del Estatuto Catalán", *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 43, 2010, pp. 5–12.
- González Beilfuss, M.: "El paper de la jurisprudència constitucional en el desenvolupament del dret públic de la immigració", *Revista Catalana de Dret Públic* (número especial sobre la STC 31/2010), 2010, pp. 203–222.
- Iglesias de Ussel, J. (dir.): *Las políticas de integración social de los inmigrantes en las Comunidades Autónomas españolas*, Madrid, Fundación BBVA, 2010.
- López Nieto, L. (coord.): *Relaciones intergubernamentales en la España democrática : interdependencia, autonomía, conflicto y cooperación*, Madrid, Dykinson, 2006.
- Martín y Pérez de Nanclares, J.: *La inmigración y el asilo en la UE. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, Colex, 2002.
- Martínez Alfaro, M. y M.S. Rocha Esaá: "Migraciones y desarrollo. Estrategias de intervención para el fortalecimiento del capital social en el Cuarto Espacio", *Acciones e Investigaciones Sociales*, nº 33, 2013, pp. 95–113.
- Monereo Pérez, J.L.: "La distribución de competencias en el Estado Social Autonómico en materia de políticas de empleo e inmigración", *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, nº 198, 2007, pp. 15–35.
- Monereo Pérez, J.L.: "Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales", *Temas laborales*, nº 100, 2009, pp. 295–328.
- Montilla Martos, J.A.: "La distribución de competencias en inmigración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la reforma del Estado autonómico", *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas* (J.A. Montilla Martos y M.C. Vidal Fueyo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pp. 9–79.
- Montilla Martos, J.M. y M.C. Vidal Fueyo: "Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas", *Foro Inmigración y Ciudadanía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en la Colección Foro, nº 15, Madrid, 2007.
- Muñoz Aunión, A.: *Política migratoria de la Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.
- Pérez i Seguí, Z.: "La planificación de las políticas de integración de los inmigrantes en la Comunidad de Madrid", en R. Tur Ausina, *La integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico español*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 475–497.
- Pérez Martín, E.: "Estudio comparado de la integración social, ámbito europeo, estatal y autonómico: el modelo migratorio de la Comunidad de Madrid", en E. Álvarez Conde y A.M. Salazar de la Guerra, *Estudios sobre la integración de los inmigrantes*, Madrid, Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, 2010, pp. 243–279.
- Ríos Rull, F.: "La inmigración en Canarias: políticas de integración", *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 5, julio 2009, pp. 1–20.

- Ripol Carulla, S.: “Comentario al artículo 149.1.2.^ª”, M.E. Casas Baamonde, M.E. y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Comentarios a la Constitución Española: XXX aniversario*, Las Rozas, Fundación Wolters-Kluwer, 2008, p. 2.276–2.280.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “La intervención autonómica en las autorizaciones de residencia y trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 20, 2009, pp. 67 ss.
- Roig Molés, E.: “Autonomía e inmigración: competencias y participación de las CC AA y las Entidades Locales en materia de inmigración”, *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, en M. Revenga Sánchez, coord.), Valencia, Tirant lo blanch-Giuffrè, Universidad de Cádiz, 2005, pp. 367 ss.
- Rojo Torrecilla, E. y F. Camas Roda: “La reforma de los Estatutos de Autonomía y su impacto en la normativa estatal de inmigración”, *Revista del Ministerio de Trabajo*, nº 80, 2009, pp. 97–117.
- Sánchez Lorenzo, S.A. (ed.): *Integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009.
- Santolaya Machetti, P.: “Extranjería y nuevos estatutos de autonomía”, *Revista d’estudis autonòmics i federals*, nº 4, 2007, pp. 159–184, esp. 160–161. Para este autor
- Sempere Navarro, V.: “Ordenamiento laboral español y Comunidades Autónomas”, en *Tendencias actuales del Derecho del trabajo. Perspectiva iberoamericana*, Murcia, Universidad de Murcia, 1990, pp. 147 ss.
- Simó, C. y F. Torres, eds.: *La participación de los inmigrantes en el ámbito local*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- Tolivar Alas, L.: “Servicios locales e inmigración”, *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI* (M. Balado Ruiz-Gallegos, coord.), Barcelona, Bosch, 2008, pp. 1071–1087.
- Zambonino Pulito, M.: “En torno a la función pública regulada en la legislación de extranjería ¿integración de las personas inmigrantes o mero control de la inmigración ilegal?”, *Revista de Administración Pública*, nº 179, 2009, pp. 375–411.

**NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA CODIFICACIÓN
DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN
AMÉRICA LATINA**

IMPORTANTES AVANCES EN LA CODIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

María Gloria BOTTIGLIERI *

SUMARIO: I. Introducción. II. Pautas Generales. III. Análisis de la normativa propuesta: 1. Capítulo 1: Disposiciones Generales. 2. Capítulo 2: Jurisdicción Internacional. 3. Capítulo 3: Parte Especial. IV. Conclusiones.

RESUMEN: El presente trabajo está destinado a hacer conocer las reformas que se proponen para el Derecho Internacional Privado (DIPr) en la legislación interna de la República Argentina. A comienzos del año 2011, el Poder Ejecutivo de la Nación Argentina propuso reformar el actual Código civil vigente desde 1871. En lo relativo al Derecho internacional privado las modificaciones propuestas importan un avance significativo en la eliminación de la dispersión formal que caracteriza a la fuente interna vigente en la actualidad. Asimismo se proponen soluciones flexibles de clara comprensión y aplicación por los jueces y operadores jurídicos para regular los problemas de jurisdicción internacional y ley aplicable a los casos multinacionales. Consideramos que el abordaje específico de los problemas generales de nuestra disciplina constituye un verdadero avance legislativo, acorde con las tendencias más modernas en la materia. Por tal motivo creemos oportuno presentar las innovaciones proyectadas en este destacado evento académico, respondiendo a la convocatoria formulada por los Directores del VIII Seminario de Derecho internacional privado de la UCM.

PALABRAS CLAVE: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – ARGENTINA – PROYECTO DE REFORMA.

ABSTRACT: The aim of the present work is to share the suggested reforms proposed for Private International Law in the internal legislation of the Argentine Republic. At the beginning of 2011, the Argentinian Executive Power put forward a reform of the current Civil Code, in force since 1871. Regarding Private International Law, the suggested modifications represent significant progress towards the elimination of the formal lack of focus that characterizes the internal source which is currently in force. Additionally, flexible solutions which are easy to understand and adopt by judges and legal agents are suggested. They aim to regulate the problems relating to international jurisdiction and applicable law pertaining to multinational cases. Following the most modern trends in the topic, we consider that specifically addressing the general problems of our discipline constitutes real legislative progress.

* Profesora asistente Cátedra Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Argentina.

For that reason, we consider it convenient to share the projected innovations in this renowned academic event, as an answer to the call by the leading authorities of the Eighth Edition of Complutense University of Madrid's International Seminar on Private International Law.

KEY WORDS: PRIVATE INTERNATIONAL LAW – ARGENTINA – BILL OF REFORM.

I. Introducción

El Proyecto de creación de un Código civil unificado en la República Argentina (el Proyecto) comenzó a discutirse en el Parlamento argentino a principios del año 2011 y hoy ya cuenta con media sanción del poder legislativo. La Cámara de Senadores aprobó la reforma el 28 noviembre 2013 con 39 votos a favor y uno en contra y se espera para el presente año su discusión por parte de la Cámara de Diputados. De aprobarse el Proyecto, quedarían derogadas las normas del Código civil actual, vigente desde 1871, elaborado por Dalmacio Vélez Sarsfield, las cuales serían sustituidas por las nuevas disposiciones.

Los cambios propuestos implican transformaciones sustanciales en el sistema normativo vigente en la actualidad, por lo que el Proyecto fue sometido a discusiones académicas en las que han participado los sectores de la sociedad civil. Como era previsible, se alzaron algunas voces rechazando la reforma por considerar que la sustitución total del Código de Vélez Sarsfield importa un verdadero suicidio jurídico y un echar por tierra con más de un siglo de soluciones doctrinarias y jurisprudenciales. Las innovaciones propuestas en las relaciones de familia, son las que más polémica han generado, sobre todo lo referido a la regulación de la unión convivencial y a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, lo que nos hace prever un importante debate al momento del tratamiento del Proyecto en la Cámara de Diputados. En lo referido al Derecho internacional privado (DIPr), la propuesta es abarcadora y propone una sistematización de las normas relativas a juez competente y ley aplicable, a la vez que un abordaje específico de los problemas generales de la disciplina.

El caso iusprivatista con elementos o contactos multinacionales objetivamente relevantes, se caracteriza por la potencial conflictividad inherente a su naturaleza. A los fines de proporcionar una solución lo más justa posible a la situación jurídica multinacional, los sistemas legislativos proporcionan soluciones descriptas en normas de fuente interna y de fuente convencional. Tales prescripciones jurídicas revisten la forma de normas indirectas, normas directas y normas de policía, persiguiendo siempre resolver los problemas que genera la multiplicidad de legislaciones con vocación para regular el caso mixto.

En el sistema jurídico argentino las normas de fuente interna, se encuentran dispersas en los distintos cuerpos legales, configurando un universo normativo

complejo y a veces, caótico. La mayoría de ellas ocupan un lugar en el Código civil, las referidas al Derecho comercial se refugian en el Código de Comercio, en la Ley de Sociedades y en la Ley de Quiebras, las que abordan problemas de jurisdicción y de auxilio judicial internacional encuentran su lugar en el Código Procesal Civil de la Nación y en los Códigos Procesales que cada Provincia ha dictado, en virtud de las potestades jurisdiccionales que les asisten, la ley de contrato de trabajo, la ley de la navegación y la ley referida a los seguros también incorporan reglas destinadas a resolver las cuestiones internacional privatis-tas. Asimismo las normas de fuente convencional, originadas en los Tratados que la República ha suscripto con otros países, contribuyen a alimentar el hontanar del DIPr que los operadores jurídicos deben abordar cuando se les presenta un caso con elementos extranjeros. Tal dispersión normativa genera múltiples complicaciones y dilaciones en la solución del conflicto, de por sí atípico en virtud de los ingredientes foráneos que presenta. Sin duda alguna, ello conspira para encontrar una solución justa, en un tiempo razonable que le permita al justiciable percibir que el sistema jurisdiccional funciona adecuadamente y es garantía de la tutela de sus derechos.

Por esta razón la doctrina internacionalista iusprivatista argentina desde hace bastante tiempo se ha ocupado de destacar la necesidad de reunir en un mismo cuerpo legal todas las normas jurídicas que proporcionan soluciones a los casos mixtos, a fin de dotar de mayor certeza a las relaciones jurídico privadas internacionales. Los esfuerzos en tal sentido no han sido escasos y ya en 1952, uno de los mayores juristas expertos en la disciplina, el Profesor Werner Goldschmidt, presentó las “Bases de un Anteproyecto de Codificación del Derecho Internacional Privado”¹. En los años siguientes, se sucedieron nuevas iniciativas al respecto, tendientes todas a lograr la tan ansiada autonomía legislativa del Derecho internacional privado, hasta que en el año 1995 el Poder Ejecutivo designó una Comisión Honoraria a fin de que se redactara un Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, el cual debía incluir una Ley de Derecho internacional privado. El resultado de los trabajos de dicha Comisión se presentó en 1998, los que fueron complementados con el aporte sucesivo de trabajos de especialis-

¹ W. Goldschmidt, “Codificación del Derecho internacional privado argentino”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. V, t. 2., 1952, pp. 499-522. El proyecto se divide en tres secciones: 1) la dedicada a los problemas de parte general (integrada por cinco artículos que abordan los tópicos atinentes a calificaciones, cuestión previa, fraude a la ley, tratamiento del Derecho extranjero y orden público); 2) la especial, destinada a las soluciones concernientes a los siguientes temas: persona física (arts. 6 y 7), personas especiales (arts. 8-12), forma de los actos (arts. 13-16), bienes (art. 17), matrimonio (arts. 18-23), filiación, legitimación, adopción y patria potestad (arts. 24-228), sucesiones (arts. 29 a 33) y actos y contratos (arts. 34-40), y una última procesal, compuesta de tres capítulos que enfocan los problemas de ley aplicable a los procedimientos (arts. 41 y 42), la jurisdicción internacional (arts. 43-47) y la extranjería procesal (arts. 48-57).

tas, todos los cuales concluyeron en el año 2003 en un cuerpo denominado Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado (Proyecto 2003)². Tal proyecto constituye el antecedente más inmediato de las modificaciones propuestas en el Proyecto de Código civil y Comercial unificado que se está discutiendo en el parlamento argentino, en lo que a DIPr se refiere. Asimismo y tal como se expresa en los fundamentos del Proyecto³, se han incorporado los aportes que brindan las modernas legislaciones sobre la materia; a nivel europeo, el Código de DIPr de Bélgica; la Ley Federal sobre DIPr, la Ley italiana de DIPr de 1995; y el Acta Introdutoria del Código civil alemán del año 2009. En el ámbito americano, los instrumentos consultados fueron el Código civil del Perú; el Proyecto de Ley General de DIPr de Uruguay; la Ley de DIPr de Venezuela y el Proyecto de Ley Modelo de DIPr de México, entre otros. También constituyeron fuente de inspiración de las reformas propuestas, los textos de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y los de las Convenciones Interamericanas que son el resultado de la ardua labor que las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) vienen desarrollando desde 1975 en el seno de OEA.

De aprobarse la iniciativa propuesta, Argentina pasaría a formar parte del proceso codificador de América Latina obteniendo una regulación autónoma para las situaciones jurídico privadas internacionales.

II. Pautas generales

Conocedores de los problemas de la disciplina, los juristas encargados de redactar las normas de DIPr⁴, se esforzaron por dar soluciones destinadas a eliminar la dispersión formal de la normativa actual, por proponer soluciones sencillas, flexibles y de clara comprensión para jueces y operadores jurídicos y de sistematizar todas las normas referidas a juez competente y Derecho aplicable. Esto último adquiere un valor destacable pues facilita enormemente la búsqueda de las soluciones a los casos mixtos y es de esperar que ello se traduzca en respuestas eficaces para los ciudadanos.

² El Proyecto fue confeccionado por un Grupo de internacional-privatistas argentinos de reconocida trayectoria académica, agrupados bajo la "Comisión de Estudio y elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado", nombrada por el Ejecutivo y, posteriormente, elevado al Congreso de la Nación junto al "Proyecto de unificación del Código civil y del Código de Comercio" para su tratamiento legislativo simultáneo.

³ Se pueden consultar los fundamentos en : <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

⁴ La Comisión redactora convocó para la elaboración de las soluciones internacionalistas a los Profesores Adriana Dreyzin de Klor, María Elsa Uzal, María Susana Najurieta y Marcelo Iñiguez.

El Título IV del Libro Sexto del Proyecto (arts. 2595 a 2674), titulado “Disposiciones de Derecho Internacional Privado” es el que contiene la normativa internacional privatista desparramada en tres capítulos: el primero referido a Disposiciones Generales, el segundo a Jurisdicción Internacional y el tercero en dieciséis secciones, consagra las soluciones de la Parte Especial (persona humana, matrimonio, unión convivencial, filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida, adopción, responsabilidad parental, restitución internacional de niños, sucesiones, forma de los actos jurídicos, contratos, contratos de consumo, responsabilidad civil, títulos valores, derechos reales y prescripción). Como puede observarse, la propuesta contempla soluciones para la gran mayoría de los casos mixtos que suelen plantearse en los tribunales nacionales. Tan ciclópeo esfuerzo nos gratifica y demuestra una vez más que la doctrina argentina internacionalista merece un especial reconocimiento por la tarea desarrollada.

Los reformistas intentaron basar la nueva codificación en el contenido tripartito del DIPr, esto es, abordar los problemas de: a) jurisdicción internacional, b) ley aplicable y c) auxilio judicial internacional, por considerar menester otorgar herramientas para resolver las tres cuestiones que suelen presentarse estrechamente vinculadas. Obedeciendo al orden lógico de aparición de los problemas a resolver, se optó por una sistematización acorde en tal sentido. Sin embargo, cuando el Proyecto fue entregado por la comisión designada a la Sra. Presidenta Cristina Fernández, el mismo fue revisado por los órganos del Poder Ejecutivo quienes decidieron suprimir parte de las disposiciones propuestas referidas a la tercera cuestión, por considerar que la misma debía ser regulada por los códigos procesales descartando su inclusión en el código de fondo. Si bien comprendemos los fundamentos de tal amputación normativa, consideramos que la misma atenta contra la solución integral y efectiva de los casos mixtos e implica una desconsideración hacia la cuestión del reconocimiento y ejecución de sentencias, tema frecuentemente presente en los tribunales nacionales. Si en lugar de incorporar las soluciones internacional privatistas en el Proyecto, se hubiera redactado una ley federal independiente, al estilo de la ley suiza, italiana y venezolana, tal vez hubiera sido más viable incorporar las cuestiones referidas al auxilio judicial internacional.

III. Análisis de la normativa propuesta

1. Capítulo 1. Disposiciones Generales

El marco que delimita la regulación de los casos mixtos ha sido trazado en el primer capítulo del Título IV a través de normas que sientan principios generales y refieren a las cuestiones generales.

El art. 2594 es la primera innovación que podemos destacar pues contiene una caracterización de la relación jurídico privada internacional, entendida ésta como la situación vinculada con varios ordenamientos jurídicos⁵. Tal descripción preanuncia la complejidad del caso mixto merecedor de regulación específica a fin de evitar lo que A. Boggiano denomina una traición a la realidad mediante teorías simplificadoras que evitan una solución justa.⁶ Seguidamente el Proyecto contempla las fuentes del DIPr utilizando una definición que no termina de convencernos, dado que puede prestarse a confusión. La norma hace referencia a los “tratados y convenciones internacionales” como si fueran instrumentos diferentes, creemos que hubiera sido más conveniente adoptar la fórmula del Proyecto 2003 que sólo se refería a tratados internacionales. La redacción empleada, aunque equívoca a nuestro entender, importa reafirmar la jerarquía normativa plasmada en la Constitución Nacional a partir de la reforma constitucional de 1994, según la cual los instrumentos convencionales gozan de jerarquía jurídica superior en relación a las normas nacionales. Los constituyentes de 1994, lograron de este modo, zanjar la discusión entre los sostenedores de la teoría dualista y los del monismo moderado, debate que se inició en la primera mitad del siglo XX y que generó arduas controversias⁷. Antes de la reforma constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había consagrado la primacía de los tratados internacionales por encima de las leyes internas, en fallos trascendentes que fueron el antecedente inmediato de los cambios, y cuyo principal fundamento se sostenía en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, especialmente en el art. 27⁸.

Los artículos siguientes (arts. 2595– 2600) se ocupan de los problemas generales de la disciplina, a los que el maestro Goldschmidt denomina, características positivas y negativas de la norma indirecta⁹. No se contempla el problema de las calificaciones, dejando librado al criterio del juez la operación de precisar el significado o extensión de los términos de las normas de conflicto involucradas

⁵ Art. 2594 del Proyecto: “*Normas aplicables*. Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna”.

⁶ A. Boggiano, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, pp. 93–104.

⁷ A. Dreyzin de Klor, *El Mercosur. Generador de una nueva fuente de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Zavalia, 1997.

⁸ La doctrina de la CSJN se plasmó en los fallos pioneros: *Ekmekjian, Miguel A. c. Sofovich Gerardo y otros* (1992), *Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo* (1992) y luego *Café La Virginia S.A. c. Administración Nacional de Aduanas s/ repetición* (1994), los que se pueden consultar en: www.csjn.gov.ar.

⁹ W. Goldschmidt, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1988.

en la solución del caso mixto. Lo mismo ocurre con la llamada cuestión previa o cuestión preliminar, por lo que para el caso de presentarse en el planteo del caso mixto, el juez no estará obligado por precepto alguno a optar por una solución determinada. Si el caso a juzgar presentara vinculación con el Derecho de alguno de los países ratificantes de la Convención Interamericana de Normas Generales, debieran aplicarse las soluciones allí previstas¹⁰ las cuales podrían hacerse extensivas a otros casos mediante la aplicación del principio de la analogía y la obligación de fallar que el sistema legal impone a los jueces.

Las discusiones acerca de la naturaleza jurídica del Derecho extranjero, su fuerza obligatoria y quiénes deben introducirlo en el proceso, parecen superarse mediante las soluciones aportadas por las disposiciones siguientes. Se consagra como principio general la “teoría del uso jurídico”¹¹, coincidiendo con la solución de la Convención Interamericana de Normas Generales, producto de la CIDIP II, según la cual el juez que debe aplicarlo está obligado a interpretarlo tal como lo harían los jueces del estado al que ese Derecho pertenece. Se pretende que el juez del foro pueda aproximarse lo más posible a las dimensiones del Derecho extranjero. Tal acercamiento implica no sólo el análisis de la norma escrita extranjera sino también las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales de la misma que se hubieran formulado, en el país de donde tal Derecho procede. En cuanto a la introducción procesal del mismo, se estipula el principio mixto ya que las partes y el juez pueden incorporarlo en el proceso. Como última solución y para el caso de que no sea probado, se aplica el Derecho argentino, lo que se propone como un remedio seguro, práctico y económico a fin de impedir una denegación de justicia.

Los redactores del Proyecto se preocuparon por regular detalladamente la cuestión referida a la aplicación del Derecho extranjero, con la intención de terminar con la polémica que genera el actual art. 13 Cc vigente¹². La redacción de esa norma se mantiene sin modificaciones desde que fuera incorporada por Vélez Sarsfield, inspirado en Savigny y la principal crítica que se le formula es la palmaria contradicción que plantea con los instrumentos convencionales¹³ y con

¹⁰ El texto se puede consultar en: <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-normasgenerales.htm>

¹¹ W. Goldschmidt, *La consecuencia jurídica de la norma de Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1935, pp. 9 ss.

¹² Art. 13 Cc: “La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptuánse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial”. Acerca de la interpretación de esta norma, se puede consultar B. Kaller de Orchansky, *Manual de Derecho internacional privado*, Córdoba, Plus Ultra, 1984, pp. 125 ss.

¹³ La CIDIP sobre Normas Generales expresa en su art. 2: “Los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y conte-

el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁴. Fueron muchas las recomendaciones científicas y académicas propiciando su derogación y, de aprobarse el Proyecto, habría llegado el final para tan polémica disposición que supo resistir cual junco firme, soplado por los vientos doctrinales y jurisprudenciales que lo azotan desde hace tiempo.

El Proyecto continúa innovando cuando en el art. 2596 recepta parcialmente el reenvío y en el 2597, descarta la aplicación del Derecho extranjero cuando la situación tenga pocos lazos relevantes con ese Derecho y presente vínculos estrechos con otro Derecho. Tal excepción queda sin efecto si las partes han ejercido la autonomía de la voluntad en sentido conflictual y han elegido ese ordenamiento para regular el caso, lo que importa otorgar absoluta preeminencia a la voluntad de las partes en la determinación de la ley aplicable al caso *ius privatis*. Estas soluciones ya comenzaron a ser criticadas por entender que pueden alentar una dilación interminable en la resolución del caso mixto. Consideramos que hubiera sido preferible consagrar una pauta orientadora para el juez en cuanto a la aplicación de las normas de Derecho internacional privado del Derecho extranjero, sin imponerle la obligación de tener que aplicarlas. Si bien no se lo obliga expresamente, de la redacción de la disposición podría surgir tal interpretación. No existe un fundamento detallado acerca de estas disposiciones en la nota de elevación del Proyecto, por lo que se puede presumir que la intención de los especialistas que la elaboraron, fue evitar traicionar los principios de la “teoría del uso jurídico” que propone la admisión de la figura del reenvío, pues ello importa un respeto absoluto al elemento extranjero de la relación jurídica.

Se incorpora la polémica noción de fraude a la ley (art. 2598) con la intención de “moralizar las conductas”¹⁵ y para los casos en que se trate de relaciones jurídicas que involucren derechos no disponibles por las partes. La conducta fraudulenta se configura cuando las partes de un modo intencional alteran el punto de conexión de la norma indirecta para no someterse al Derecho elegido por el legislador para regular la misma. Si bien no importa una conducta ilícita, se despliega un procedimiento a fin de sustraerse a la regulación normalmente competente. Importa una infidelidad de las partes a la real voluntad legislativa con el

nido de la ley extranjera invocada”. El art. 1 del Convenio Bilateral argentino uruguayo sobre aplicación e información del Derecho extranjero repite la misma fórmula. Por su parte ambos Tratados de Montevideo, en sendos Protocolos Adicionales también incorporan el principio mixto, permitiendo que el juez incorpore de oficio el Derecho extranjero en el proceso.

¹⁴ Art. 377 CPCCN: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio”.

¹⁵ Así se expresa en los fundamentos del Proyecto.

objetivo de obtener un beneficio para ellas, por lo que se la caracteriza como una conducta maliciosa. La gran dificultad para el juez y para quien alega la configuración del fraude, consiste justamente en probar la existencia de la intención fraudulenta. La nueva norma no aporta elementos en tal sentido. Simplemente estipula que: “no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del Derecho designado por las normas de conflicto”, por lo que en cada caso concreto se deberá extraer la intención maliciosa de las conductas de las partes, tarea hartamente difícil, según nuestro entender, más aún cuando el mismo cuerpo legal consagra la buena fe de las partes en todo negocio jurídico. La norma proyectada no prevé cuáles son los efectos del fraude, por lo que en caso de que en el proceso quede acreditada su configuración, habrá que estar a lo que entiende la doctrina al respecto, esto es, hacer renacer el Derecho evadido y proceder a su aplicación¹⁶. Creemos que la ambigua fórmula elegida en este tópico no genera aportes sustanciales por lo que habrán de subsistir los inconvenientes probatorios, traducándose ello en una escasa aplicación práctica del precepto, tal como sucede en la legislación española¹⁷.

La doctrina del pluralismo metodológico es receptada en el proyectado art. 2599 que incorpora a las denominadas normas de policía o normas de aplicación inmediata. Tal criterio ha sido propiciado por la mayoría de la doctrina internacionalista argentina y consiste en la admisión de la existencia de la pluralidad de normas para la regulación de las situaciones privadas internacionalistas. Ello importa asumir que la norma de conflicto no goza de exclusividad para la regulación del caso mixto sino que debe convivir con normas directas o materiales y normas de aplicación inmediata. Estas últimas captan en su tipo legal un caso iusprivatista internacional y lo someten al Derecho material propio, descartando apriorísticamente toda aplicación del Derecho extranjero. Su fundamento obedece a la necesidad de reservar exclusivamente al Derecho patrio, cuestiones que involucran intereses de orden político, social o económico y que el legislador ha considerado menester sustraer a cualquier regulación extranjera. El proyecto incorpora la aplicación de las normas de policía del Derecho extranjero aplicable y admite la posibilidad de que se apliquen las de un tercer Derecho vinculado con el caso. La disposición a que hacemos referencia ha suscitado ciertas críticas por su falta de precisión técnica ya que no se prevé una caracterización específica de las denominadas “normas imperativas o de aplicación inmediata del Derecho argentino”¹⁸. Creemos que en este punto, hubiera sido preferible adoptar la

¹⁶ A. Boggiano, *op.cit.*, p. 485.

¹⁷ C. Esplugues Mota y J.L. Iglesias Buhigues, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 226.

¹⁸ C. Lerman, “Las disposiciones generales de Derecho internacional privado en el Anteproyecto de Reforma del Código civil y Comercial de la Nación: comentarios sobre su continuidad, concisión y consenso”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 13, agosto 2012.

fórmula consagrada en el Proyecto 2003 que las define como “normas dictadas para preservar el interés público”.

El Capítulo 1 del Título IV finaliza con el art. 2600 referido al concepto de orden público. El mismo es entendido como un conjunto de principios inspiradores del sistema normativo argentino, continuando de este modo con la recepción del concepto en sentido savigniano tal como lo hace el Código civil actual en el art. 14. La disposición funciona como una cláusula de reserva, limitativa de la aplicación del Derecho extranjero. El artículo proyectado es menos explícito que la norma vigente actualmente, dejando un importante margen de discrecionalidad al intérprete jurídico al momento de determinar si una norma foránea atenta o no contra la ley propia. Dadas las características de variabilidad del concepto, consideramos un acierto que haya sido incorporado de tal modo aunque creemos que hubiera sido conveniente adicionar algún adjetivo que destaque la excepcionalidad del instituto regulado. Ciertas convenciones tales como CI-DIP sobre Normas Generales de DIPr ya referida y el Convenio de La Haya sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, incorporan la palabra “manifiestamente” contrario a los principios de orden público a fin de resaltar la necesidad de que la posible lesión sea clara y concreta. El fin perseguido es evitar que la cláusula de reserva se convierta en una cláusula de escape para sustraer el caso al Derecho extranjero llamado a regularlo. Al igual que en el caso del fraude, no se prevé remedio alguno para la circunstancia de la configuración de la figura aludida, por lo que habrá que entender que en tal caso el Derecho extranjero lesivo tendrá que ser sustituido por Derecho del foro.

2. Capítulo 2. Jurisdicción internacional

El Proyecto se dedica en el segundo capítulo a través de doce disposiciones (arts. 2601 a 2612) a abordar de un modo general, el problema del juez competente en el caso mixto. El sector de la competencia o jurisdicción internacional detenta un lugar de relevancia en las cuestiones del DIPr actual. Tal como lo afirma Fernández Arroyo, “...la discusión esencial del DIPr contemporáneo pasa por establecer una forma justa de distribuir los casos privados internacionales entre las distintas jurisdicciones, en aplicación del derecho fundamental de acceso a la justicia en su dimensión privada internacional”¹⁹.

La noción de jurisdicción internacional no se vincula con la idea de supranacionalidad que importa delegar potestades jurisdiccionales en órganos supraestatales, sino que atribuye dichas potestades a determinados tribunales nacionales

¹⁹ D. Fernández Arroyo, “Acerca de la necesidad y las posibilidades de una convención interamericana sobre competencia judicial en casos de derecho internacional privado”, *DeCITA*, nº 4, 2005, pp. 80-114.

para que dicten sentencia en un caso mixto²⁰. Caracterizada la relación jurídica privada internacional como aquella dotada del elemento extranjero y planteada la controversia en relación a la misma, es necesario determinar quién será el juez competente para resolverla. Por ello el instrumento que analizamos, dedica buena parte de sus disposiciones a regular la jurisdicción internacional, entendiendo que ello importa consagrar soluciones de naturaleza federal, pues así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, jurisprudencialmente. Tales normas delimitan el ámbito del ejercicio de la soberanía jurisdiccional del propio Estado frente a la jurisdicción de Estados extranjeros.

En los primeros nueve artículos se proporcionan normas de jurisdicción internacional directa, aquella que tiene por objeto atribuir el caso mixto a un determinado juez encargado de resolverlo, y en los últimos tres se regulan cuestiones estrictamente procesales, tales como la igualdad de trato procesal, la asistencia procesal internacional y la cooperación jurisdiccional. Concordando con las soluciones convencionales, tales como el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscripto en el ámbito del Mercosur²¹ se estipula la eliminación de la caución de arraigo y se prescribe la obligatoriedad de los jueces nacionales, de prestar el auxilio judicial internacional cuando le sea solicitado. Asimismo se consagra al exhorto como el instrumento idóneo para las comunicaciones entre autoridades judiciales de diferentes estados y se garantiza su tramitación mediante la aplicación de la ley argentina.

Uno de los institutos especialmente regulados en el proyecto es el de la prórroga de jurisdicción. Coincidiendo nuevamente con la fuente institucional, esto es el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, Civil o Comercial²² se admite ampliamente el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contratantes para la elección de jueces o árbitros, quienes serán los encargados de intervenir ante un eventual conflicto otorgando exclusividad a los tribunales elegidos por las partes. Las razones que sustentan dicha posibilidad se fundamentan esencialmente en que otorga equidad y certeza a los contratantes, pues les permite conocer de antemano a qué tribunales jurisdiccionales o arbitrales deberán concurrir en caso de conflicto. Las partes intervinientes en el contrato suelen ser las más idóneas para determinar quiénes han

²⁰ A. Uriondo De Martinoli, *Integración regional Derecho procesal internacional*, Córdoba, Advocatus, 1996.

²¹ El parlamento argentino lo aprobó por Ley 24.578 en 1995. Su texto se puede consultar en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/30207/norma.htm>.

²² Aprobado por ley 24.669 del Congreso de la Nación el 2 agosto 1996. Se puede consultar en: http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/buscarNormas.do?tipo=Ley&nro=24669&INFOLEG_OLD_QUERY=true.

de ser los juzgadores que mejor respondan a sus propios intereses, circunstancia ésta que muchas veces es desconocida por el legislador. Al elegir el juez competente se previenen cuestiones de litispendencia internacional y de sentencias contradictorias; se facilita la solución al caso mixto evitando conflictos positivos o negativos de jurisdicción; se otorga mayores posibilidades de efectividad a las decisiones que ponen fin al pleito y, sobre todo, se promueve el comercio internacional necesitado de soluciones concretas y rápidas a los negocios. El Proyecto no especifica acerca del momento oportuno para pactarla, por lo que debe entenderse que puede ser acordada conjunta (*ante lite natam*) a fin de que cumpla una función preventiva de conflictos de jurisdicción internacional, o separadamente (*post lite natam*) del contrato principal, y puede realizarse a favor de jueces nacionales o de árbitros. Una novedad que se incorpora consiste en el hecho de poder acreditar el acuerdo de elección de foro mediante todo medio de comunicación que así lo permita.

Para el ejercicio de las acciones personales se consagra el foro general del domicilio del demandado, a fin de que éste goce de todas las garantías inherentes al derecho de defensa. A su vez, le permite al demandante albergar la posibilidad concreta de obtener una sentencia susceptible de hacerse efectiva en el lugar donde ha sido dictada, pues es allí donde el demandado tiene su entorno habitual.

Como foros exclusivos, reservados a los jueces argentinos se estipulan las causas siguientes: a) en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República; b) en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino; c) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina. Tales soluciones ya están receptadas en los Códigos procesales, por lo que la norma proyectada puede aparecer como sobreabundante y generar dificultades interpretativas.

3. Capítulo 3. Parte Especial

El tercer y último capítulo del Título IV proyectado, se encarga de regular de un modo específico la amplitud de relaciones jurídico privadas que puedan presentarse, no sólo de carácter civil sino también algunos institutos referidos al Derecho comercial tales como el cheque y los títulos valores. La sistematización se ha realizado a través de dieciséis secciones, cada una de las cuales aborda una institución y proporciona soluciones específicas referidas a la jurisdicción y ley aplicable. El análisis de cada una de las normas propuestas, excede los límites

del presente trabajo, por lo que nos limitaremos a destacar lo que consideramos más relevante.

i) El punto de conexión elegido para determinar el Derecho aplicable a todo lo referido a la persona humana, (capacidad, estado y nombre) es el domicilio. No hay innovación en este punto, y el proyecto respeta la tradición legislativa argentina existente al respecto, innovando con la incorporación del elemento objetivo, esto es la residencia, para determinar el domicilio de la persona humana, coincidiendo con la solución proporcionada por los Tratados de Derecho Civil de Montevideo y con los proyectos anteriores.

ii) En las relaciones familiares se proporcionan soluciones específicas para matrimonio, alimentos, filiación, adopción, restitución internacional de menores, responsabilidad parental y sucesiones. Las innovaciones están referidas a la incorporación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, tema que es considerado integrativo del orden público. No se proporciona una solución concreta en lo referente al Derecho aplicable a esta cuestión, sólo se declara que se deben adoptar las decisiones que redunden en interés superior del niño. Asimismo, se consagra específicamente el principio cooperativo para las cuestiones referidas a la restitución de niños, afianzando de este modo las soluciones de los instrumentos convencionales vigentes y cumpliendo con los compromisos asumidos por la República al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por Ley 23.849.

iii) En materia sucesoria, al introducirse la pluralidad de jurisdicciones y el fraccionamiento del Derecho aplicable para regular las herencias cuyos acervos presenten bienes inmuebles en el país, se intenta dar solución a una cuestión arduamente discutida por la doctrina y la jurisprudencia. Si bien se mantiene la ley del último domicilio del causante para regular la sucesión *ab intestato* y la testamentaria, la introducción de la excepción referida a los inmuebles, importa un abandono de la concepción romanista de la sucesión en la persona, lo cual puede generar contradicciones con otras normas proyectadas para regular la herencia. Impedir la aplicación del Derecho extranjero a los bienes inmuebles ubicados en el país que formen parte del patrimonio del causante, no es una solución acorde a las regulaciones convencionales actuales que propenden a un respeto cada vez mayor del elemento extranjero de la relación jurídica²³.

²³ La Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte en su art. 7 expresa: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 6, la ley aplicable en virtud del art. 3 y del ap. 1 del art. 5 regirá la totalidad de la sucesión, con independencia del lugar donde se encuentren los bienes...”.

iv) La regulación de los contratos con contacto extranjero, evidencia una amplia y expresa recepción del principio de la autonomía de la voluntad para la determinación del Derecho aplicable, a la validez y efectos del contrato. Se admite que tal elección se ejercite de modo parcial ya sea en sentido conflictual, eligiendo la aplicación de un Derecho nacional, o bien en sentido material creando disposiciones contractuales. El límite a tal ejercicio es el orden público internacional y las normas internacionalmente imperativas del Derecho argentino. Un aporte que merece ser destacado es la declaración precisa de que la elección de un determinado foro de jurisdicción, no supone la elección del Derecho aplicable en el mismo. Creemos que dicha fórmula permite evitar la natural tendencia que tienen los jueces a la aplicación del Derecho propio, sustrayendo el caso al Derecho extranjero²⁴.

v) Los contratos de consumo son objeto de una regulación específica; en materia de jurisdicción se descarta la posibilidad de acordar un pacto de elección de foro y se consagran foros concurrentes de carácter tuitivo de los intereses del consumidor. Como punto de conexión determinante del Derecho aplicable se establece la ley del estado donde se encuentra domiciliado el consumidor, reflejándose allí también la clara intención de dar amparo la parte más débil de la relación jurídico privada internacional.

vi) La responsabilidad civil en cuanto a jurisdicción y ley aplicable, no encuentra regulación en la fuente interna actual, por ello los redactores del proyecto se preocuparon por aportar soluciones concordantes con las de los instrumentos convencionales en vigencia, tales como las del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940. Así, mediante una generosa fórmula, se le permite a quien decide entablar la acción, elegir entre diferentes foros vinculados al hecho que genera la responsabilidad, a saber: el juez del domicilio del demandado, el del lugar de comisión del hecho o el del lugar donde el mismo ha producido los efectos dañosos. Las obligaciones emergentes de la responsabilidad civil serán reguladas por el Derecho del Estado donde se produce el daño. En este punto se establece una excepción; para el caso de que se dé la circunstancia según la cual coincidan el lugar del domicilio del actor y del demandado, se podrá aplicar el Derecho de ese país. Tal solución coincide con la estipulada en el Protocolo de San Luis en materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del Mercosur²⁵.

²⁴ W. Goldschmidt, *op.cit.*, pp. 120 ss.

²⁵ Aprobado por Ley 25.407. Se puede consultar en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/66634/norma.htm>

vii) En materia de Derecho comercial, se regula lo relativo a Títulos Valores y Cheque. Se otorga competencia a los jueces del lugar donde la obligación debe cumplirse en concurrencia con los del domicilio del demandado. Se consagra la regla *locus regit actum* para el cumplimiento de las formalidades de los actos implicados en los títulos, tales como giro, endoso y aceptación. En cuanto a la ley aplicable a las obligaciones emergentes del instrumento, se determina la ley del lugar en que fueron contraídas. Para el caso de los cheques, será la ley del domicilio del banco girado, la encargada de regular todas las situaciones referidas a las modalidades, efectos, términos de presentación y pago del mismo.

viii) El Proyecto propone una exhaustiva regulación de la jurisdicción y Derecho aplicable a los derechos reales, procediendo a clasificarlos en cuatro categorías: a) derechos reales sobre bienes inmuebles, b) sobre bienes registrables, c) sobre bienes muebles de situación permanente y d) sobre bienes muebles que carecen de situación permanente. Para los primeros, se propone la ley del lugar de situación para regular jurisdicción y ley aplicable. Todo lo relativo a controversias sobre bienes registrables deberá discutirse ante los jueces del lugar del registro quien aplicará su propia ley, y lo relativo a los bienes muebles ante los jueces del domicilio del dueño si los mismos no tienen situación permanente y si la tuvieran, los jueces del lugar de situación. En cuanto a Derecho aplicable, la solución propuesta coincide con la referida a jurisdicción. Se contempla también una norma regulatoria de los contratos celebrados en país extranjero con el fin de transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el país, otorgándoles la misma fuerza que los celebrados en el país, bajo la condición de que consten en instrumentos públicos y se encuentren legalizados. Hay quienes critican tal solución pues consideran que puede generar consecuencias negativas en el tráfico inmobiliario.²⁶

ix) El Proyecto finaliza con el art. 2671 referido a la prescripción, entendida ésta como una cuestión accesoria a la cuestión principal que deberá ser regida por el Derecho que regula el fondo del litigio.

IV. Conclusiones

La discusión del Proyecto de un Código civil unificado para la República Argentina constituye un hecho trascendente en la historia jurídica nacional. La reforma propuesta es tan profunda que implica la derogación de la totalidad de

²⁶ M. Herrera, “Breve reseña de la estructura y regulación del derecho internacional privado en el Proyecto de Unificación del Código civil y Comercial”, *La Ley, Doctrina Judicial*, año XXIX, n° 38, septiembre, 2013, p. 83.

las normas del Código civil y del Código de Comercio vigentes en la actualidad. Por tal motivo, son muchas las voces que se han alzado en contra del Proyecto, y consideran aconsejable proponer modificaciones a las normas actuales antes que una sustitución total del cuerpo legal.

En el ámbito del DIPr la situación es diferente, pues la mayoría de quienes nos dedicamos a esta disciplina, aplaudimos los cambios propuestos, no sin precisar que siempre es posible mejorarlos. Lo importante es el avance que significaría para los conflictos iusprivatistas internacionales, el hecho de reunir las soluciones en un cuerpo único y sistematizado. La eliminación parcial de la dispersión formal actual, ha de redundar en beneficios para los órganos jurisdiccionales y para los justiciables al momento de dictar sentencia en un caso mixto.

Las innovaciones presentadas intentan dar solución a cuestiones que se discuten desde hace ya mucho tiempo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, tales como la aplicación del Derecho extranjero o la ley aplicable a las sucesiones con bienes inmuebles en el país y a situaciones que hasta el día de hoy no están reguladas en la fuente interna, por ejemplo la unión convivencial, la restitución internacional de niños y la filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

En lo que se refiere a las Disposiciones Generales, destacamos la caracterización precisa de la relación jurídico privada internacional, la recepción de la Teoría del Uso Jurídico y la incorporación del pluralismo metodológico como valiosas herramientas para regular las relaciones de tráfico privado externo.

En materia de jurisdicción internacional se consagra la aceptación clara del instituto de la prórroga de jurisdicción fijando los límites materiales de su ejercicio y dotándola de exclusividad para los casos en que sea pactada. Permanece el foro general del domicilio del demandado para el ejercicio de las acciones personales y se opta por la exclusividad del foro argentino para las acciones reales sobre bienes inmuebles situados en el país y para juzgar todo lo relativo a derechos registrales inscriptos en los registros nacionales.

La cooperación jurisdiccional también está presente en el Proyecto, aunque no con la importancia que creemos debiera revestir, mediante normas que prescriben a los jueces la necesidad de prestar el auxilio internacional cuando les sea solicitado, en concordancia con la cultura jurídica actual, expresada en los instrumentos convencionales referidos a la cuestión.

La ley aplicable a todo lo referido a la persona se determina mediante el domicilio respetando de este modo la tradición jurídica latinoamericana, la novedad se advierte mediante la incorporación del elemento objetivo, esto es la residencia, para determinar el domicilio de la persona humana, coincidiendo con la solución proporcionada por los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de

1889 y 1940 y con los proyectos anteriores. En cuanto a las relaciones familiares, los redactores se han preocupado por proponer soluciones respetuosas de los nuevos modelos de familia, especialmente de la familia transnacional, destacando el interés superior del menor en todo aquello que lo involucre.

Los contratos internacionales son amparados por la recepción amplia del principio de la autonomía de la voluntad ejercida en sentido conflictual y material, suprimiendo toda duda al respecto y fijando los límites de su ejercicio. Se otorga un tratamiento especial a los contratos de consumo por considerarlos necesitados de una mayor tutela jurídica. En lo referido a responsabilidad civil se consagran soluciones acordes a las propuestas en los tratados ratificados por Argentina, consagrando foros concurrentes y eligiendo el Derecho del país donde se produce el daño y bajo ciertas circunstancias el Derecho del domicilio de las partes. La determinación de la ley aplicable a los derechos reales se estipula en base a una clasificación basada en los bienes sobre los que recaen, inmuebles o muebles y éstos últimos según sean de situación permanente o no.

De aprobarse el Proyecto, podría verse plasmado el tan ansiado deseo del maestro Goldschmidt de alcanzar la autonomía legislativa del DIPr argentino, proporcionando soluciones flexibles coincidentes con los instrumentos convencionales suscriptos por el país. Expresamos nuestro reconocimiento a los juristas intervinientes en la redacción de Título IV del Proyecto, por el esfuerzo realizado para proponer normas de DIPr acordes a los tiempos actuales y por la generosidad académica demostrada al nutrir dichas soluciones de los aportes que desde hace mucho tiempo realiza la doctrina argentina. Finalizamos manifestando nuestro ferviente deseo de que las reformas propuestas para el DIPr sean aprobadas, de modo tal que podamos apreciar el funcionamiento de las nuevas soluciones en la práctica judicial y si fuera necesario, sugerir modificaciones.

Bibliografía

- Boggiano, A.: *Derecho internacional privado*, 3ª ed., t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991.
- Dreyzin de Klor, A.: *El Mercosur. Generador de una nueva fuente de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Zavalia, 1997.
- Esplugues Mota, C. y J.L. Iglesias Buhigues: *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.
- Fernández Arroyo, D.: “Acerca de la necesidad y las posibilidades de una convención interamericana sobre competencia judicial en casos de derecho internacional privado”, *DeCITA*, nº 4, 2005, pp. 80–114.
- Goldschmidt, W.: “Codificación del Derecho internacional privado argentino”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. V, t. 2., 1952, pp. 499–522.
- Goldschmidt, W.: *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1988.

- Goldschmidt, W.: *La consecuencia jurídica de la norma de Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1935.
- Herrera, M.: “Breve reseña de la estructura y regulación del Derecho internacional privado en el Proyecto de Unificación del Código civil y Comercial”, *La Ley, Doctrina Judicial*, año XXIX, n° 38, septiembre, 2013, pp. 83 ss.
- Kaller de Orchansky, B.: *Manual de Derecho internacional privado*, Córdoba, Plus Ultra, 1984.
- Lerman, C.: “Las disposiciones generales de Derecho internacional privado en el Anteproyecto de Reforma del Código civil y Comercial de la Nación: comentarios sobre su continuidad, concisión y consenso”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 13, agosto 2012.
- Uriondo De Martinoli, A.: *Integración regional Derecho procesal internacional*, Córdoba, Advocatus, 1996.

UN ENFOQUE CRÍTICO DEL SISTEMA BRASILEÑO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LOS RETOS DE LA ARMONIZACIÓN: LOS NUEVOS PRINCIPIOS DE LA HAYA SOBRE LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATOS INTERNACIONALES

Agatha BRANDÃO DE OLIVEIRA ^{*} y
Valesca RAIZER BORGES MOSCHEN ^{**}

SUMARIO: I. Introducción. II. Panorama brasileño de la autonomía de las partes en la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales. 1. Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño. 2. El arbitraje y la autonomía de la voluntad en Brasil: la válvula para la incorporación de los Principios de La Haya. III. El nuevo Proyecto de Principios de La Haya sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de contratos internacionales y el sistema brasileño. 1. El despertar de los Principios de La Haya. 2. Principios de La Haya: hacia la flexibilización del DIPr. IV. Consideraciones Finales.

RESUMEN: El sistema de Derecho internacional privado (DIPr) brasileño presenta múltiples dilemas en virtud del restringido punto de vista que se observa en gran parte de las decisiones judiciales referidas a situaciones pluriconectadas. Debido a la interpretación limitada que se da principalmente por los tribunales brasileños, el DIPr se vuelve cada vez más difícil de cumplir. Por otra parte, hoy en día Brasil no tiene un marco legal efectivo y seguro para la aplicación correcta del DIPr y sus complejidades en cuestiones transnacionales. El núcleo problemático consiste en las siguientes cuestiones: ¿Es posible superar la visión estricta de Estado que gobierna el procedimiento civil internacional? ¿Los principios del Derecho comercial internacional pueden llegar más allá de la aplicación estricta de las normas de procedimiento? ¿Hay novedades importantes en relación con la elección de la ley en los contratos internacionales? ¿Cómo gestiona Brasil su ámbito normativo a nivel regional e internacional? Por lo tanto, basta decir que el objetivo central de este análisis es indicar la posible armonización de las leyes brasileñas con el panorama internacional, en especial con el Proyecto de Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales.

^{*} Becaria de iniciación científica FAPES Universidad de Espírito Santo (Brasil).

^{**} Profesora Asociada, Universidad Espírito Santo (Brasil).

PALABRAS CLAVE: ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE – CONTRATOS INTERNACIONALES– PROYECTO DE PRINCIPIOS DE LA HAYA EN MATERIA DE CONTRATOS INTERNACIONALES – AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

ABSTRACT: Brazilian Law faces multiple dilemmas with its strict Civil Procedure view. Due to a narrow interpretation that is mainly given by Brazilian Courts, International Law becomes increasingly challenging to enforce. Moreover, until nowadays Brazil does not have any effective legal framework that could properly apply Private International Law and its complexities in transnational issues. The problematic core consists in the following questions: Is it possible to overcome the strict State view that governs International Civil Procedure? The principles of International Commercial Law can reach beyond the narrow procedural rules application? Are there important developments concerning the choice of law in international contracts? How Brazil is managing the present regulatory scope at regional and international level? Hence, suffice it to say that the central aim of this analysis is to indicate the possible harmonization of the Brazilian laws with the international panorama, especially in the limelight of The New Hague Principles on The Choice of Law in International Contracts.

KEYWORDS: CHOICE OF LAW – INTERNATIONAL CONTRACTS – THE HAGUE PRINCIPLES ON INTERNATIONAL CONTRACTS – PARTY AUTONOMY

I. Introducción

Brasil experimenta un nuevo contexto de globalización y reconocimiento internacional impulsado por eventos como la Copa del Mundo, las inversiones del pre-sal y por supuesto desarrollo estructural. ¿Cómo compatibilizar los retos de la globalización y el arcaico sistema nacional de Derecho internacional privado (DIPr)?

A través de los siglos, el comercio internacional ha superado las barreras y ha dispuesto nuevos parámetros para la sociedad, a fin de alcanzar relaciones pacíficas y prósperas entre los diferentes sistemas de todo el mundo. Sin embargo, es importante destacar que un contexto diferente necesita respuestas diferentes. El DIPr se requiere para enfrentar constantemente al desafío de adaptarse a las nuevas circunstancias y la promoción de la seguridad jurídica al mismo tiempo.

Los contratos internacionales son, en particular, el instrumento de diálogo entre personas distintas que necesitan encontrar un lenguaje común y, sobre todo, entre las empresas internacionales y los Estados. En Brasil, las partes contractuales, a menudo, encuentran obstáculos relativos a la observación de reglas transnacionales en el ejercicio de la jurisdicción. ¿Cómo debe ser equilibrada esta pauta brasileña convencional con los cambios recientes hacia una armonización del DIPr?

La coyuntura internacional, hoy en día, propone un cambio de paradigma que implica nuevas perspectivas de convergencia en materia de contratos internacionales. La organización internacional más importante en el DIPr, la Conferencia

de La Haya de DIPr, emprendió en 2006 un estudio de viabilidad sobre el desarrollo de un instrumento sobre la elección de la ley en los contratos internacionales. En 2012, un instrumento no vinculante fue redactado con el fin de establecer un modelo global para el conflicto de leyes que son aplicables a los contratos. Los Principios de La Haya sobre la Elección de la Ley de Contratos de Internacionales tiene tres pilares esenciales: El valor de la autonomía de las partes, el carácter interpretativo y constructivo de Derecho Internacional Privado a través de la *soft law*, y la posibilidad de aplicar estos principios a la jurisdicción de los tribunales y los tribunales arbitrales.

El objetivo central del presente análisis es indicar los retos y posibilidades de la armonización de las leyes brasileñas con el panorama internacional, en especial atendiendo al Proyecto de Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales. En este sentido, se buscará analizar el margen que tienen las partes en Brasil para establecer el marco concreto de sus derechos y obligaciones y el alcance en el sistema nacional de la normativa elaborada fuera de los circuitos tradicionales, desprovistas de carácter vinculante.

II. Panorama brasileño de la autonomía de las partes en la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales

En la historia jurídica brasileña, la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de la ley a los contratos internacionales ha sufrido enormes reticencias, tanto por la jurisprudencia nacional como por parte de la doctrina internacionalista¹.

En un primer momento, el desarrollo de la doctrina brasileña sobre la materia se inclinó por la aceptación de la libertad de las partes para la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales. Así lo indican Pimenta Bueno, Teixeira de Freitas², Coelho Rodrigues, Carlos de Carvalho y Lafayette Rodrigues Pereira, quienes elaboraron, en 1912, un proyecto de Código de DIPr, en

¹ El profesor Jacob Dolinger analiza la evolución histórica de la doctrina brasileña sobre el asunto, de forma peculiar y profunda, dividiendo en dos períodos: 1863–1986 (la doctrina clásica) y 1986–2006 (la doctrina moderna), en ambos períodos observase la dificultad de concebir de forma armónica por parte de la doctrina nacional, la autonomía de la voluntad como el mecanismo principal de determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales en Brasil. Vid. J. Dolinger, “A Autonomia da Vontade para Escolha da Lei Aplicável no Direito Privado Brasileiro”, S. Ferreira Lemes, C.A. Carmona y P. Batista Martins (coords.), *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes da Silva Soares*, São Paulo, Atlas, 2007, pp. 72–111.

² A. Boggiano en su obra *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1990, pp.13–14, analiza la influencia del autor en la construcción regional de las reglas aplicables a los contratos internacionales.

cuyo art. 60, adoptaba la autonomía de la voluntad de los contratantes en materia de contratos internacionales.³

Clóvis Beviláqua, autor del proyecto de Código civil de 1901, promulgado en 1916⁴ y vigente hasta la Ley n. 10.406, de 10/01/2002⁵, tenía la convicción de que “la voluntad es fuente generadora de las obligaciones convencionales y unilaterales, consecuentemente, le debe ser permitido, en las relaciones internacionales, escoger la ley que subordine las obligaciones, libremente contraídas (traducción libre)”⁶.

La Ley de Introducción al Código civil Brasileño, de 1916, proclamó en su art. 13 la autonomía de las partes, al afirmar que: “Regirá, salvo estipulación en contrario, en cuanto al contenido y a los efectos de las obligaciones, la ley del lugar donde fueron contraídas (traducción libre)”. No obstante la promulgación de la autonomía de la voluntad en el texto normativo nacional, posteriormente consagrada en el Código de Bustamante, en 1928, por la Convención de DIPr ratificada por el Estado brasileño⁷, las diferencias en la aplicación de dicho principio en los contratos internacionales han sido constantes en Brasil⁸.

En 1942, bajo el modelo político dictatorial del “Estado Novo”⁹, caracterizado por la transformación institucional y jurídica brasileña dirigida al intervencionismo y nacionalismo estatal, se promulga una nueva Ley de Introducción al Código civil Brasileño¹⁰, que, al definir la ley que regirá las obligaciones contractuales, en principio obstaculiza la autonomía de las partes, al eliminar la

³ Vid. J. Dolinger, *op. cit.*

⁴ Ley 3.071 de 01/01/1916.

⁵ Ley n. 10.406, de 10/01/2001, promulgadora del Nuevo Código civil Brasileño, que entró en vigor en todo el territorio nacional, en 11/01/2003 (DOU 11/-1/2002).

⁶ C. Beviláqua, *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938, pp. 358–359. En el mismo sentido vid. J. Dolinger, “A Autonomia da Vontade para Escolha da Lei Aplicável no Direito Privado Brasileiro”, en S. Ferreira Lemes, C.A. Carmona y P. Batista Martins (coords.), *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes da Silva Soares*, São Paulo, Atlas, 2007, pp. 72–111.

⁷ Convención de Derecho Internacional Privado ratificada por Brasil por el Decreto n. 18.871, de 13/08/1929.

⁸ Pontes de Miranda, consagrado jurista nacional cuya doctrina influenció profundamente el sistema de derecho civil brasileño, defendió la inexistencia de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional, “sea como principio, o como teoría aceptable”. Vid. F.C. Pontes de Miranda, “L’autonomie de la volonté n’existe, dans le droit international, ni comme principe, ni come théorie acceptable”, *Recueil des Cours.*, 1932, p. 649.

⁹ Estado Novo es el nombre del régimen político brasileño fundado por Getúlio Vargas, a través de un golpe de Estado, encabezado por el movimiento integralista, que duró de 1937 hasta 1945. Entre sus características se encuentran el centralismo administrativo, el autoritarismo, el nacionalismo, el anticomunismo y la transformación institucional y del sistema jurídico brasileño hacia un mayor nacionalismo e intervencionismo estatal.

¹⁰ Decreto-Ley n. 4.657 de 04/09/1942.

expresión “salvo estipulación al contrario” y afirmar que la ley aplicable a los contratos internacionales será la ley del lugar de su celebración¹¹.

1. Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño

La Ley de Introducción al Código civil, hoy llamada “Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño”, es la principal ley de DIPr en Brasil y está desactualizada con relación a la realidad de las relaciones comerciales internacionales, que demandan la autonomía de la voluntad en materia contractual.

La redacción original fue aprobada con el Código civil de 1916, cuando se llamaba “Introducción al Código civil”. Su art. 13 *caput* contenía una referencia a la autonomía de la voluntad de las partes. Así la legislación de 1916 estaba en sintonía con la práctica mundial del DIPr. Si las partes no incluían en el contrato la correspondiente elección, sería aplicada la ley del país en que fue constituida la obligación. Sin embargo, la Ley de 1942, en su art. 9, eliminó precisamente la frase “salvo estipulación en contrario”. Desde entonces, para algunos autores no hay alternativa: cualquier disputa relativa a un contrato internacional que sea sometida a los órganos jurisdiccionales brasileños se regirá necesariamente por la ley del país donde se celebró el contrato, una vez que se aplica la interpretación literal del art. 9 *caput*¹².

El presente panorama procesal y civil nacional adolece de una concepción conservadora y anticuada, pues no contempla una norma en el ordenamiento jurídico nacional que permita un horizonte más amplio para la aceptación de aspectos elementales del DIPr. Para la armonización del sistema nacional con el panorama internacional sobre la materia, en 1994, por iniciativa del profesor Grandino Rodas, se propuso un Proyecto de Código de Aplicación de las Normas Jurídicas¹³ en cuyo art. 51 se establecía la autonomía de la voluntad como

¹¹ Parte de la doctrina brasileña, entre los cuales destacan J. Dolinger y H. Valladão, argumenta que el principio de la autonomía de las partes puede ser extraído del art. 9, a partir de distintas interpretaciones: una teleológica, según la cual, afirma el profesor Dolinger, “es indudable que, atendiendo al panorama del DIPr contemporáneo y a los intereses de la economía brasileña, en creciente internacionalización, el enunciado 9 de la LICC no impone límites a la elección de la *lex contractus*” (vid. J. Dolinger “A Autonomia da Vontade...”, *loc. cit.*, p. 100). Por otra parte, el profesor H. Valladão, menciona que el término *reputa-se*, presente en la redacción del mencionado artículo, en portugués es sinónimo de *presumir*. En este sentido la presunción será válida siempre y cuando las partes no hayan determinado un sistema legal específico para regir sus obligaciones, así, la autonomía es actualmente reconocida en la LICC (vid. J. Dolinger, *Private International Law in Brazil*, Netherlands, Kluwer Law International BV, 2012, p. 240). Tal profesor explica que la ausencia del principio de la autonomía de la voluntad en la legislación vigente en Brasil, se debe al hecho de ser *expresión prohibida en el régimen dictatorial de que padecía Brasil*.

¹² Vid. N. de Araújo, *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 346.

¹³ Proyecto de Ley 4.905/95, presentado en 30/12/1994.

principio rector de las obligaciones contractuales¹⁴. No obstante la importancia de tal iniciativa para el fomento de la seguridad jurídica y el incremento del intercambio comercial brasileño, no llegó a ser aprobada¹⁵. La actual Ley de Introducción de las Normas Jurídicas Brasileñas permanece con la visión territorial en materia de obligaciones, refractaria a la adopción de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable. En palabras del Prof. Grandino Rodas, “el primitivismo y la inadecuación de nuestras reglas de DIPr –y de sus normas sobre obligaciones– son incompatibles con el hecho de ser Brasil el *condottiere* del proceso de integración regional (...) y estar entre las diez mayores economías del mundo (traducción libre)”¹⁶.

A su vez, hace más de 50 años que la jurisprudencia no aborda directamente esta cuestión¹⁷, de modo que permanece la duda acerca del reconocimiento de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable en el sistema brasileño¹⁸.

2. El arbitraje y la autonomía de la voluntad en Brasil: la válvula para la incorporación de los Principios de la Haya

Conforme el art. 2º, párrafo 1º, de la Ley brasileña de Arbitraje¹⁹, si las partes añaden al contrato una cláusula compromisoria, resulta posible elegir la ley material que rige el arbitraje. Esta es la única apertura del sistema brasileño a la posibilidad de elección de la ley aplicable y la incorporación del universalismo. Aparentemente, detrás de ese desarrollo está el proceso de actualización del Derecho del comercio internacional que incorpora las tendencias más recientes del Arbitraje Internacional; en especial, la adopción del principio de la autonomía de la voluntad como principio esencial. Este extraordinario instrumento

¹⁴ “Art. 51. El contenido y los efectos de las obligaciones dimanadas de una declaración de voluntad, se regirán, salvo estipulación en contrario, por la ley del lugar de su constitución (traducción libre)”.

¹⁵ La mesa directora de la Cámara de Diputados de Brasil decidió el archivo del Proyecto de Ley 4.905/95 el 8 febrero 1996. Vid. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=24110&st=1.

¹⁶ J. Grandino Rodas, “Elemento de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às obrigações contratuais”, J. Grandino Rodas (coord.), *Contratos internacionais*, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 63.

¹⁷ Vid. N. de Araújo, *Contratos internacionais*, 4ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

¹⁸ L. Gama Jr. y N. De Araújo. “A escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional: os futuros princípios da Haia e perspectivas para o Brasil”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 34, 2012, p. 2.

¹⁹ Ley 9.307 de 1996, disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Art. 2º El arbitraje podrá ser de derecho o de equidad, a criterio de las partes: § 1º Podrán las partes escoger, libremente, las reglas de derecho que serán aplicables en el arbitraje, siempre y cuando no haya vulneración de las buenas costumbres y el orden público. § 2º Podrán, también, las partes convenir que el arbitraje se realice con base en los principios generales de derecho, los usos y costumbres y las reglas internacionales de comercio (traducción libre).

jurídico – el arbitraje– ha posibilitado la propagación del Derecho transnacional, incluso en Brasil.

Para ejemplificar este contexto, en la decisión del caso *AgIn 1.111.650, TACi-vSP*, se discutió si la disputa estaba sujeta a arbitraje y si la elección de la ley aplicable por las partes en una cláusula arbitral era válida, considerando lo dispuesto en el art. 9 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño. El Tribunal sostuvo que, en vista de la validez de la cláusula de arbitraje y el contenido de las disposiciones del art. 2 de la Ley de Arbitraje, la ley elegida por las partes debía ser respetada, sin atender a la restricción de la Ley de Introducción.

Cabe afirmar, por lo tanto, que la formalización del acuerdo de arbitraje es más que una mera expresión de la intención de las partes: es un vínculo contractual que determina su eficacia, el cumplimiento y la efectividad. Carlos Alberto Carmona²⁰ es incisivo a la hora de apuntar que la libertad de elección inherente al acuerdo de arbitraje es el pilar más importante. Tales preceptos, a través de la autonomía de la voluntad, rigen todo el procedimiento, (las partes) “son libres para escoger el procedimiento aplicable y la ley sustantiva que resultará aplicable, pudiendo, incluso, optar por los usos y costumbres, por los principios generales del derecho, por las reglas internacionales de comercio. Y, aún más, por la equidad (traducción libre)”²¹.

La Ley de Arbitraje brasileña demuestra su alcance en numerosos pasajes por medio de su naturaleza híbrida y el principio fundamental de la autonomía de las partes, de acuerdo con J.C. Fernández Rozas:

“De lo dicho se desprende que el origen del convenio es la autonomía de la voluntad, entendida como “aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades” pero su objeto es procesal: las partes pretenden excluir la competencia de los tribunales judiciales e investir a uno o más árbitros con la autoridad para decidir y ello únicamente puede realizarse con el concurso de normas de carácter adjetivo. Esta doble naturaleza explica la diversidad de normas que concurren en su regulación: materiales y procesales. Las primeras determinan, esencialmente, las condiciones de eficacia del acuerdo y se incluyen íntegramente en el Derecho de los contratos; las segundas puntualizan los efectos procesales del acuerdo, esta es, su alcance derogatorio de la competencia de los tribunales judiciales y de atribución de competencia a los árbitros”²².

Así, es posible afirmar que el sistema brasileño tiene mecanismos de incorporación de la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales.

²⁰ Cf. C.A. Carmona, *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei n 9.307/96*, São Paulo, Editora Atlas S.A., 2004.

²¹ Vid. P.A.B. Martins, “Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta”, *Direito Civil e Processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo, RT, 2008.

²² J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América latina*, Madrid, Iustel, 2008, p. 604.

les, aunque no sean muy explotados. En el contexto actual, el arbitraje es la única válvula para la autonomía de la voluntad en Brasil²³ y quizás sea el camino más probable para la incorporación interpretativa de los Principios de la Haya, junto con un reconocimiento amplio²⁴ de lo que ya fue concretado en la Convención del México²⁵.

III. El nuevo Proyecto de Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales y el sistema brasileño

El proceso de codificación del DIPr, particularmente del Derecho del comercio internacional sufre una considerable evolución en la actualidad. Tal fenómeno fue en sus inicios de naturaleza eminentemente privada; con el fortalecimiento de los Estados nacionales y la posterior aparición de las organizaciones internacionales, se tornó más “gubernamental”; y actualmente parece apuntar una vuelta a sus orígenes, por fuerza del “carácter privado” de su poder regulador²⁶. La cuestión que se observa en el proceso de codificación a raíz del aumento del protagonismo de los agentes e intereses privados, es la relativa al alcance, la aplicabilidad general y sistematización de sus reglas. En ese sentido, tanto los particulares, como el poder público y las organizaciones internacionales buscan, a través de diversas vías, inyectar “dosis de carácter vinculante”²⁷ a tales construcciones.

Desde la esfera de los particulares, la autonomía permite la inclusión, en el ámbito del contrato, de los usos y costumbres comerciales, así como la autoriza-

²³ El Protocolo de Brasilia, el Protocolo de Las Leñas y el Protocolo de Buenos Aires también versan sobre la armonización de la Arbitraje Comercial Internacional en el Mercosur, con una expectativa positiva en nivel regional cerca del desarrollo del arbitraje y la autonomía de la voluntad.

²⁴ “La autonomía se encuentra admitida por la Convención de México, de manera amplia, tanto para elegir como para modificar eventualmente el derecho aplicable, además de permitirse que se seleccionen distintos derechos que rijan parcialmente el acuerdo (*dépeçage*)”, J.A. Moreno Rodríguez, ‘Los contratos y La Haya: ¿Ancla al pasado o puente al futuro?’, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 15, 2010, pp. 193–194.

²⁵ “Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales”, suscrita en México, D.F., México el 17 marzo 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, pero solo ratificada por México y Venezuela. Disponible en: <www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>. Vid. art. 7.

²⁶ Privatización que según D.P. Fernández Arroyo, puede analizarse en tres niveles: “1) el referido al margen que tienen los particulares (personas físicas o jurídicas) en una relación jurídica para establecer su marco concretos de derechos y obligaciones recíprocas; 2) el vinculado con la actividad normativa decisoria de alcance fuera de los círculos oficiales; y 3) el que se produce dentro del marco institucional (sin salir de los “círculos oficiales”)”. Vid. en “La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial”, J. Basedow, D.P. Fernández Arroyo y J.A. Moreno Rodríguez, *¿Cómo se codifica hoy el Derecho comercial internacional?*, Asunción, CEDP Thomson Reuters, 2010.

²⁷ *Ibid.*

ción a los árbitros de su utilización. Sin embargo, la aplicabilidad general, la sistematización y alcance de la codificación privada, reciben un impulso real cuando son tomadas en cuenta por los Estados y las organizaciones internacionales. En ese sentido, en el ámbito de la Conferencia de Haya para el DIPr, recientemente tuvo inicio un proceso de codificación de la ley aplicable en materia contractual, optando por un instrumento “blando” o “soft”, que sistematice los principios y reglas generales en materia contractual. Esta iniciativa contribuye, en última instancia, a la “homologación” y universalización del poder privado codificador²⁸.

1. El despertar de los Principios de La Haya

Es importante contextualizar la historia del ámbito de la armonización en las Conferencias de DIPr de La Haya, después de la adopción del Convenio sobre Acuerdos de elección de Foro. En 2006, el Comité Especial sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya invitó a un Comité Permanente a elaborar un estudio de viabilidad sobre el desarrollo de un instrumento sobre elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales²⁹. El estudio debería tener en cuenta, en primer lugar, si la práctica de los contratos internacionales mostraba la necesidad de un instrumento específico para ese asunto. Según Lauro Gama,

“Para tal fin fueron elaborados dos estudios comparativos: uno sobre las reglas de conflicto generalmente utilizadas en el contencioso judicial; y otro volcado al contexto del arbitraje internacional. Además de eso, se envió cuestionarios a los países miembros de la Conferencia de La Haya, a la Cámara de Comercio Internacional y a un gran número de entidades involucradas con el arbitraje internacional en todo el mundo. El objetivo era el de investigar la utilización de la cláusula de ley aplicable en la práctica contractual internacional y la medida en la cual esos acuerdos son observados, de suerte a identificar mejoras que, un futuro instrumento pudiera aportar, considerando los problemas o deficiencias del actual sistema (traducción libre)”³⁰.

El Consejo de Asuntos Generales en 2008 advirtió la necesidad de explotar este tema más a fondo acerca de los acuerdos comerciales para promover la autonomía de las partes. A continuación, se invitó a la Oficina Permanente a que, en cooperación con las organizaciones internacionales pertinentes y especialistas interesados, propusiera la elaboración de un instrumento no vinculante. En abril de 2010, el Consejo de Asuntos Generales acogió con satisfacción el estableci-

²⁸ Como contribución de La Haya para la codificación y universalización de la materia, Paraguay presentó un Proyecto de Ley “sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en mayo 2013, disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_legisl_py.pdf>.

²⁹ “Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Report on Work Carried Out and Preliminary Conclusions” (Prel. Doc. N. 22 A)”, en marzo 2007.

³⁰ L. Gama Jr. y N. De Araújo, *loc. cit.*, p. 2.

miento de un Grupo de Trabajo a fin de crear un instrumento con desarrollo progresivo hacia un “modelo global”. De acuerdo con Moreno Rodríguez,

“La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se encuentra ante el gran desafío de colocarse a la altura de las circunstancias, en la elaboración de un instrumento en materia contractual que pueda allanar el camino para un futuro cercano, emancipado de rémoras de un tiempo ido. Su labor debería coadyuvar así a que instrumentos como la Convención de México sean definitivamente recibidos por –al menos la mayoría de sus países destinatarios, quizás en su momento temerosos a incorporarla debido a la audacia de sus fórmulas. Los trabajos de La Haya pueden contribuir, además, a que textos como Roma I –o la misma Convención de México– sean depurados en cuestiones dudosas, o hasta inaceptables dentro del actual estadio evolutivo del mundo jurídico; y, por supuesto, pueden consolidar la praxis arbitral que, hoy por hoy, se encuentra a la vanguardia en toda esta problemática”³¹.

En 2012, los debates del Grupo de Trabajo se materializaron en el “Proyecto de Principios de La Haya sobre la elección de Derecho aplicable en materia de Contratos Internacionales”, acompañado por un informe de los comentarios detallados y un documento sobre la política adoptada por el Grupo de Trabajo³².

2. Principios de La Haya: hacia la flexibilización del DIPr

El desarrollo en materia de armonización de la elección de la ley aplicable en contratos internacionales obtuvo un gran éxito en noviembre de 2012, con la consolidación de las discusiones de la Conferencia de la Haya³³. La armonización del DIPr culminó en el Proyecto de La Haya – Principios sobre la elección de la ley aplicable en Contratos Internacionales³⁴. Este texto presenta en su

³¹ J.A. Moreno Rodríguez, *loc. cit.* p. 210.

³² *Vid.* The Permanent Bureau Of The Hague Conference On Private International Law, “Elección de la ley aplicable a los contratos de comercio internacional: ¿Principios de La Haya?”, J. Basedow y D. P. Fernández Arroyo y J. A. Moreno Rodríguez (eds.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, *op. cit.*, 2010, pp. 341–363. Las referencias actualizadas de los principios están disponibles en <www.hcc.net>.

³³ “Finally, we can think of the most prominent international organization in Private international law: the Hague Conference on Private International Law. In 2006, the Permanent Bureau of the Conference undertook a feasibility study into the development of an instrument on the choice of law in international contracts. (...) The development of a non-binding instrument is envisaged, its principal aim being to establish a global model for conflict of law rules which are applicable to contracts. As a corollary, the Conference’s mission has been enlarged. Not only the unification but, also, the harmonization of private international law has been put on the agenda of the conference” K. Boele-Woelki, *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 245–246.

³⁴ Z. Aibergenova, “Analysis of the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *Comparative analysis of the Hague Principles and Rome I Regulation*, disponible en: <http://www.eilfe.com/online-courses/cat_view/63-private-international-law/77-legal-texts.html>.

Preámbulo³⁵ sus tres pilares esenciales: la afirmación del principio de autonomía de las partes; el carácter interpretativo y constructivo del DIPr por medio de esas directrices axiológicas; y la aplicación plena en el ámbito judicial y arbitral.

Desde el primer artículo hay conceptos claves, como el ámbito de aplicación y el alcance de los Principios en el ámbito de la contratación internacional. Por su parte, el art. 2 contiene el corolario más importante de la autonomía de la voluntad, que puede ser ejercida libremente por consenso de las partes, en todo o parcialmente en el contrato, pudiendo ser modificada a cualquier tiempo de acuerdo con las circunstancias. Sobre todo, en lo relacionado con la elección de la ley aplicable, cabe resaltar el hecho de que la ley que rige el contrato no precisa tener vínculos con las partes o el objeto del mismo. La ley aplicable puede ser escogida de manera que resulte más conveniente para las partes e incluso cabe escoger instrumentos transnacionales regidos por la *lex mercatoria*³⁶.

Existen dos grandes discusiones en los tópicos abordados por los arts. 2 y 3. La primera se refiere a la cuestión de si se debería establecer alguna limitación temporal sobre la facultad de las partes para modificar de forma válida la elección de la ley aplicable, frente a la opción de permitirla “en cualquier momento”. A este respecto, se decidió que esta reflexión sería desarrollada en la versión comentada del proyecto de artículos, aclarándose lo que la práctica internacional en general entiende al respecto, cuando modifica la elección, y las soluciones que ya existen en las leyes procesales locales. La otra cuestión es si las partes pueden ser autorizadas a elegir cualquier norma, independientemente de su legitimidad o justicia. Durante las discusiones, la Unión Europea puso de manifiesto su preocupación por que las partes pudieran escoger cualquier regla de derecho sin limitaciones, planteando una serie de argumentos a favor del establecimiento de limitaciones. La solución finalmente se alcanzó a través de la inserción de un nuevo artículo, el art. 3 (“*Rule of Law*”), desarrollado con el objetivo de limitar tal problemática – sin parangón en cualquier otro tipo de instrumento³⁷:

³⁵ En el preámbulo se dispone que “Este instrumento enuncia Principios generales relativos a la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales. Afirman el principio de autonomía de la voluntad, con un número limitado de excepciones. 2. Pueden utilizarse como modelo para instrumentos nacionales, regionales, supranacionales o internacionales. 3. Pueden utilizarse para interpretar, completar y desarrollar normas de Derecho internacional privado. 4. Pueden aplicarse por los tribunales nacionales o arbitrales”.

³⁶ Expresión consagrada por B. Goldman (“*Frontières du droit et lex mercatoria*”, *Archives de Philosophie du Droit*, n° 9, París, Sirey, 1964), fuente contemporánea del Derecho del comercio internacional, representativo de los usos y costumbres practicados en las relaciones comerciales.

³⁷ El art. 3 introduce una novedad sustancial en el proceso de armonización del Derecho internacional a partir de su universalismo, la definición de reglas de Derecho como siendo aquellas generalmente aceptadas en las esferas internacional, supranacional o regional como un conjunto de reglas neutrales e equilibradas. O sea, la inclusión en el concepto de ley de aquellas reglas de carácter no estatal: Cf. R. Michaels, “Non-state Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *Inter-*

Otro aspecto muy relevante trabajado en este instrumento consiste en la forma de la elección; ¿es posible determinar la ley aplicable tácitamente? Según el art. 4, sí. La exégesis del artículo indica que es necesario que ambas partes estén conformes con la elección de la ley, pero no hay ninguna formalidad obligatoria, de acuerdo con el art. 5. Durante las reuniones de la Conferencia de La Haya se debatió sobre si los dos artículos (4 y 5) deberían ser aglutinados, dado que ambos tratan sobre aspectos de la validez formal del contrato. Sin embargo, el Grupo de Trabajo consideró conveniente establecer dos artículos autónomos. Así, el art. 5 se refiere a la validez formal de la elección de ley (por ejemplo, la exigencia de que la elección sea realizada por escrito o por un acto notarial); y el art. 4 declara solamente que cualquier requisito formal adicional no debe ser impuesto a una cláusula de elección de ley, que en su esencia es una cláusula contractual. Se apunta que gran parte de los instrumentos internacionales, como la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacionales de mercaderías de 1980 (CISG), recientemente ratificada por Brasil, trata separadamente tales cuestiones. Así, se alcanzó un consenso para la separación de los dos artículos en aras de una mayor la transparencia en los Principios. Sobre la interrelación entre tales artículos están en fase de elaboración los correspondientes comentarios.

Finalmente, cabe destacar otros artículos que pueden ser tomados como ejemplos por el sistema brasileño: en especial, aquéllos en que se advierten carencias, tales como el consenso sobre la elección de la ley aplicable, la independencia de la cláusula de elección de la ley aplicable y del contrato en sí en lo que respecta a la validez, el ámbito de aplicación de la ley aplicable y el orden público³⁸.

Frente a lo expuesto, es posible comprender que la asimilación de los nuevos paradigmas en el ámbito del DIPr se vuelve un fenómeno creciente e irreversible

national Contracts Festschrift, disponible en http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3227. "After significant discussion and various constructive proposals, a compromise solution was reached. The new Article 3, which only allows parties to choose rules of law that constitute a "set of rules", which are "generally accepted" as "neutral and balanced", addressed the concern of unequal bargaining power leading to the application of unfair or inequitable rules of law. At the same time, it met the concern of many experts, that the Principles be forward looking, and, where possible, be drafted to allow for maximal party autonomy. Some experts indicated that it may be difficult to determine precisely what constitutes a "neutral and balanced" set of rules. The Special Commission noted that the Commentary would provide further guidance as to the meaning of the phrases utilized, namely: "set of rules" is meant to allow only choices of rules of law that are reasonably comprehensive in nature; "generally accepted" is meant to reflect criteria such as the origin of the rules of law (for example, if it is a trusted source), how widely dispersed and utilized the rules of law are, noting that the standard is highly context specific; and "neutral and balanced" relates to the obligations in the rules of law and their source, for example, whether they are one sided, or imposed by an imbalance in market power".

³⁸ Vid. arts. 6 (Acuerdo sobre la elección del Derecho aplicable), 7 (Separabilidad), 8 (Exclusión del reenvío) y 9 (Ámbito de aplicación del Derecho aplicable).

en el escenario mundial. Se concluye, así, que las relaciones de interdependencia entre los Estados en el mundo actual no se ajustan a una posición de aislamiento. Se observa que el instrumento propuesto por La Haya introduce de forma innovadora reglas y principios para el establecimiento de las cláusulas contractuales, los cuales garantizan su cumplimiento y efectividad. El objetivo final es que este instrumento permita el respeto de la autonomía de las partes de forma que haya seguridad jurídica en las relaciones internacionales.

Las perspectivas de continuidad del trabajo son prósperas³⁹, pues la consolidación del *Draft Project* de los principios de La Haya será concluida este año y muchos análisis están siendo desarrollados⁴⁰.

IV. Consideraciones finales

El presente artículo muestra como resultado final que la Conferencia de La Haya de DIPr trabaja asiduamente para la elaboración de instrumentos legales relativos al derecho de los contratos, en los cuales se promueve la adopción del principio de la autonomía de la voluntad; “es de augurar que la Conferencia de La Haya desaloje el ancla que puede hundirla al pasado e, interpretando los vientos del incontenible torrente cosmopolita en la contratación, tienda un puente al futuro”⁴¹. De esa forma, se fomenta en los Estados el respeto por la elección hecha como forma de garantizar una mayor cooperación judicial internacional, y, también, a favor de la seguridad jurídica en los contratos internacionales.

El DIPr pasa por un proceso de flexibilización de sus métodos, en lo relativo a las reglas de conflicto, análisis normativos y elementos de conexión. Según Juenger, “las normas del Derecho privado están imbuidas de una *volonté d’application* estampada en ellas por el legislador que las aprobó”⁴². El presente artículo concluye que esa percepción que debería ser adoptada por el ordenamiento jurídico brasileño. Sin embargo, no hay una recepción interpretativa en este sentido ni jurisprudencial.

³⁹ L. Gama Jr. y N. de Araújo, *loc. cit.*, pp. 11–41.

⁴⁰ “It is beyond doubt that the future drafting of a global Model Law of choice of law in international contracts by the Hague Conference on Private International Law would provide an excellent opportunity to enhance party autonomy. In so doing non-national law might come to be recognized as the law governing an international contract. In this respect the application of non-national law as the *lex contractus* might progress beyond its, at present, embryonic stage”: cf. K. Boele-Woelki, *op. cit.*, p. 248

⁴¹ J.A. Moreno Rodríguez, *loc. cit.*, p. 209.

⁴² “La defensa de un enfoque de derecho sustantivo judicial no ha conseguido todavía una apreciable recepción consciente en los tribunales. No obstante, como él señala, el Juez Weinstein ha estado cerca de utilizar la solución de derecho sustantivo al proponer el desarrollo de un derecho nacional consensual”. Cf. F.K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Leiden, Martinus Nijhoff, 1993, p. 58.

En el ámbito legislativo, hay una enorme deficiencia: como el Congreso Nacional hasta hoy no aprobó la ley que incorpora nuevamente la frase “salvo estipulaciones en contrario”, que había en el art. 13 de la Ley de Introducción al Código civil de 1916, la única posibilidad de apertura hacia a la elección de la ley y al principio de la autonomía de la voluntad es en la Ley de Arbitraje. Es posible que la interpretación sea extensiva a otros instrumentos, como el Código de Bustamante y la Convención de México (CIDIP IV)⁴³, firmada en 1994, pero no ratificada por el Estado brasileño, la cual prevé la posibilidad de elección de ley aplicable a los contratos internacionales. Así, salvo que exista una cláusula compromisoria arbitral, los tribunales nacionales aplicarán la regla del art. 9 de la Ley de Introducción. En 2010, la Ley de Introducción llegó a ser alterada, pero solamente en su nombre: dejando llamarse “Ley de Introducción al Código civil” para “Ley de Introducción a las Normas de Derecho Brasileño”. Resulta necesaria una alteración sustancial en ese punto de la Ley de Introducción brasileña, para el desarrollo progresivo de la codificación del DIPr como los Principios de La Haya. Finalmente, para estimular el proceso de interdependencia económica de los Estados para la integración regional y continental, es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico. No es suficiente solo aceptar el principio de la autonomía de la voluntad, es imprescindible consolidarlo.

Bibliografía

- Aibergenova, Z.: “Analysis of the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *Comparative analysis of the Hague Principles and Rome I Regulation*, disponible en: http://www.eilife.com/online-courses/cat_view/63-private-international-law/77-legal-texts.html.
- Araújo, N. de: *Contratos internacionais*, 4ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- Araújo, N. de: *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- Bevilaqua, C.: *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938.
- Boele-Woelki, K.: *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- Boggiano, A.: *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- Carmona, C.A.: *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei n 9.307/96*, São Paulo, Editora Atlas S.A., 2004.
- Dolinger, J.: “A Autonomia da Vontade para Escolha da Lei Aplicável no Direito Privado Brasileiro”, S. Ferreira Lemes, C.A. Carmona y P. Batista Martins (coords.), *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes da Silva Soares*, São Paulo, Atlas, 2007, pp. 72–111.

⁴³ Cf. F.K. Juenger, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts Some Highlights and Comparisons”, *Am. J Comp. L.*, vol., 42, 1994, pp. 381 ss, esp. p. 392.

- Dolinger, J.: *Private International Law in Brazil*, Netherlands, Kluwer Law International BV, 2012.
- Fernández Arroyo, D.P.: “La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial”, J. Basedow, D.P. Fernández Arroyo y J.A. Moreno Rodríguez, *¿Cómo se codifica hoy el Derecho comercial internacional?*, Asunción, CEDP Thomson Reuters, 2010.
- Fernández Rozas, J.C.: *Tratado del arbitraje comercial en América latina*, Madrid, Iustel, 2008.
- Gama Jr., L. y N. De Araújo: “A escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional: os futuros princípios da Haia e perspectivas para o Brasil”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 34, 2012, pp. 2 ss.
- Goldman, B.: “Frontières du droit et lex mercatoria”, *Archives de Philosophie du Droit*, n° 9, París, Sirey, 1964.
- Grandino Rodas, J.: “Elemento de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às obrigações contratuais”, J. Grandino Rodas (coord.), *Contratos internacionais*, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 63 ss.
- Juenger, F.K.: *Choice of Law and Multistate Justice*, Leiden, Martinus Nijhoff, 1993.
- Juenger, F.K.: “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts Some Highlights and Comparisons”, *Am. J Comp. L.*, vol., 42, 1994, pp. 381 ss
- Martins, P.A.B.: “Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta”, *Direito Civil e Processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo, RT, 2008.
- Michaels, R.: “Non-state Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *International Contracts Festschrift*, disponible en http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3227.
- Moreno Rodríguez, J.A.: ‘Los contratos y La Haya: ¿Ancla al pasado o puente al futuro?’, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol, 15, 2010, pp. 193–194.
- Pontes de Miranda, F.C.: “L’autonomie de la volonté n’existe, dans le droit international, ni comme principe, ni come théorie acceptable”, *Recueil des Cours.*, 1932, p. 649.

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COLOMBIANO ANTE LA LEY MODELO OHADAC

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS *

SUMARIO: I. Introducción. II. Carácter incompleto y disperso del actual Derecho internacional privado: 1. Competencia judicial internacional: A) Regulación estatal. B) Convenios internacionales. 2. Determinación de la ley aplicable: A) Regulación estatal; B) Convenios internacionales. 3. Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras: A) Regulación estatal; B) Convenios internacionales. 4. Cooperación internacional entre autoridades. III. El limitado papel de la jurisprudencia. IV. Conclusiones.

RESUMEN: Un estudio del estado actual de la regulación colombiana de las relaciones privadas internacionales revela importantes carencias en lo referente a todos los sectores que integran el Derecho internacional privado (DIPr). En este contexto, la Ley Modelo OHADAC de DIPr presentada el pasado mes de abril de 2014 representa una opción de máximo interés. Colombia necesita acometer con urgencia una revisión en profundidad de su DIPr, y a tal fin debería contar con esta Ley modelo, integrada por normas modernas y sencillas, adaptadas a las exigencias actuales y a los modelos generados por la globalización en general y los movimientos regionales de integración en particular.

PALABRAS CLAVE: COLOMBIA – OHADAC – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – CODIFICACIÓN – LEY MODELO DE DIPR.

ABSTRACT: A revision of the current state of the Colombian regulation of international private relations reveals significant gaps in all the Private International Law (PIL) sectors. In this context, the OHADAC Model Law on PIL, filed in April 2014, represents an instrument of maximum interest. Colombia is in urgent need of a thorough revision of its PIL rules, and, to accomplish this task, the law maker should count on this Model Law, constituted by modern and simple rules, which are adapted to the modern requirements and to the models generated by globalization in general and regional integration movements in particular.

KEYWORDS: COLOMBIA – OHADAC – PRIVATE INTERNATIONAL LAW – CODIFICATION – MODEL LAW ON PIL.

* Profesora titular de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid

I. Introducción

El pasado mes abril 2014 se presentaba una Ley Modelo de DIPr para el ámbito de la OHADAC¹. Este texto propone normas de DIPr claras, sencillas y que proporcionan soluciones ajustadas a la realidad actual de las relaciones privadas internacionales, en lo referente a la totalidad de los sectores del DIPr; pero, además, constituye un magnífico modelo de sistema de DIPr.

Ciertamente, cabe emplear la Ley Modelo OHADAC de DIPr para adaptar los sectores de las normativas de DIPr de los países caribeños que precisen de puntuales renovaciones o mejoras. Pero el texto proporciona, esencialmente, la posibilidad de realizar una revisión profunda de la regulación estatal, que permita dotarse de un verdadero sistema de DIPr a los Estados que carecen de él. Y cabe avanzar que esta es la situación del DIPr en Colombia.

El presente trabajo analiza el DIPr de Colombia, a fin de determinar en qué medida este Estado caribeño precisa acometer una reforma de esta rama del ordenamiento. Al efecto, se estudiarán los distintos sectores que conforman el DIPr: competencia judicial internacional, Derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y cooperación internacional entre autoridades, distinguiendo entre la regulación interna y los convenios internacionales en vigor en Colombia en cada uno de esos sectores (II). A continuación se analizará el papel que desempeña la jurisprudencia en la materia (III); y, finalmente, se propondrán las conclusiones que quepa derivar del estudio (IV).

II. Carácter incompleto y disperso del actual Derecho internacional privado

1. Competencia judicial internacional

A) Regulación estatal

El sector de la competencia judicial internacional acusa destacadamente la inadecuación de la normativa estatal a las situaciones privadas internacionales. De hecho, ni siquiera existen normas específicas sobre el particular: el Código General del Proceso (CGP), al margen de ciertas disposiciones sobre inmunidad de jurisdicción (art. 27), únicamente contiene normas de competencia territorial (principalmente, en la actualidad, el art. 28), que se aplicarían a la determinación de la competencia internacional, con resultados indeseables, en especial en lo que respecta a determinadas materias (como la contractual). La reciente reforma

¹ <http://s450607662.mialojamiento.es/wp-content/uploads/2014/05/LEY-MODELO-2014.pdf>.

de este texto, a través de la Ley 1564 de 12 julio 2012², no ha introducido mejora ninguna en lo relativo a este sector.

El DIPr colombiano de fuente estatal responde a un modelo monista: un juez colombiano resultará competente en situaciones litigiosas internacionales si las normas de competencia territorial le atribuyen competencia³. De esta forma, los órganos jurisdiccionales colombianos conocerán con base en el foro general del domicilio del demandado o el del domicilio de uno de los demandados, si concurre una pluralidad de demandados; o el de su residencia, si el demandado carece de domicilio en Colombia, e incluso, el del domicilio o la residencia del demandante, si el demandado carece también de residencia en el país (art. 28.1° CGP). Además, se acogen, entre otros, para materias familiares el foro del domicilio del demandante, si coincide con el domicilio conyugal común anterior (art. 28.2° CGP); para procesos de alimentos, filiación y responsabilidad parental, el del domicilio o la residencia habitual del menor (art. 28.3° CGP); para procesos originados en un negocio jurídico o que involucren títulos, el *forum executionis* (art. 28.3° CGP); para materia societaria (nulidad, disolución y liquidación de sociedades, y controversias entre socios), el foro del domicilio principal de la sociedad (art. 28.4° CGP) y, en lo referente a litigios relativos a la explotación de sucursales, el foro de la sucursal (art. 28.5° CGP); en materia extracontractual, el *locus damni* (art. 28.6° CGP); en procesos sobre derechos reales, el *locus rei sitae* (art. 28.7° CGP); en materia de quiebra, el del domicilio del deudor o, si hubiere tenido varios, el que corresponda al asiento principal de sus negocios (art. 28.8° CGP); y para procesos sucesorios, el último domicilio del causante o, si hubiere tenido varios, el que corresponda al asiento principal de sus negocios (art. 28.12° CGP).

Lo inconveniente de la extensión de estas normas al ámbito de la competencia judicial internacional se ha puesto de manifiesto, especialmente, en lo que respecta al ámbito contractual, dada la ineficacia que tendría, con arreglo a la normativa existente, todo acuerdo de elección de tribunal⁴. Antes de la reforma julio 2012, eran dos los elementos que permitían deducir tal ineficacia: por una parte, que las normas de competencia (territorial), atribuían competencia en materia

² *Diario Oficial*, n° 48.489 de 12 julio 2012. La anterior norma de competencia territorial se disponía en el art. 23. Esta Ley 1546 ha derogado también el art. 13 CPC, al que más adelante se hace mención.

³ A lo que habría que añadir el requisito de que la controversia tenga un punto de contacto material con Colombia, según (aunque sin mayor explicación) A. Zuleta Londoño, “Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: una visión desde el Derecho internacional privado colombiano”, *Revista de Derecho Privado* (Universidad de los Andes), n° 44, julio-diciembre de 2010, pp. 1–20. <http://derechoprivado.uniandes.edu.co/>.

⁴ *Ibíd.*, nota 43, pp. 21 ss. Aboga por la inaplicación de las normas territoriales a los supuestos internacionales N. Londoño Sepúlveda, en “El riesgo en la contratación internacional”, en <http://www.decconsultores.com/index.php/articulos/185-competenciainternacional>.

contractual a los tribunales del lugar de ejecución del contrato y a los tribunales del domicilio del demandado, o, siendo éste persona jurídica, del lugar de la sucursal con la que se vincula el litigio; y, por otra parte, que el art. 13 CGP preveía la improrrogabilidad de la competencia territorial. Con la referida reforma, se ha derogado este precepto, pero sigue existiendo otra norma que imposibilita la sumisión expresa: el último inciso del art. 25.3° (*ex* 23.5°) CGP, que declara que se tendrá por no escrita la estipulación del domicilio contractual a efectos judiciales.

Si el sistema autónomo carece de normas de competencia judicial internacional, no puede sorprender que tampoco existan normas sobre la aplicación de dichas normas. No se hallará, por tanto, una regulación de cuestiones tales como el control de la competencia internacional, la litispendencia y la conexidad internacional o la *derogatio fori*. En relación con ésta, y a tenor de la normativa antes citada, esto es, invocando el (actual art. 28.3° CGP y) antiguo art. 23.5° CGP (entre otros argumentos), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá ha negado de forma reiterada la eficacia de cláusulas de elección de foro a favor de tribunales extranjeros⁵.

B) Convenios internacionales

La normativa estatal podría verse desplazada por las disposiciones de instrumentos convencionales, tanto multilaterales como bilaterales, que mejorasen la situación. Sin embargo, los instrumentos internacionales vigentes en Colombia presentan un ámbito de aplicación *inter-partes* que reduce significativamente esa posibilidad. En efecto, sólo caso de que la cuestión litigiosa esté vinculada con al menos dos Estados contratantes⁶, resultará de aplicación el correspondiente Tratado de Montevideo de 1889: el de Derecho civil internacional⁷ o el de Derecho comercial internacional⁸; sólo si se trata de una situación vinculada a Colombia y Ecuador, se aplicará el Tratado sobre Derecho internacional privado

⁵ Vid. Auto 27 marzo 2009, citado en A. Zuleta Londoño, *loc. cit.*, nota 43, p. 24, en http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/derecho_procesal/providenciaReferenciada/B24C4.pdf. Vid. también, del mismo órgano judicial, Auto 30 abril 2002.

⁶ Este el ámbito de aplicación espacial (*inter-partes*) es el que parece desprenderse, en defecto de disposición expresa al respecto, de la lectura de los asuntos publicados en *Los Tratados de Montevideo de 1889 y su interpretación judicial*, vol. I, parte 1ª, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 1940.

⁷ Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 12 de febrero de 1889, al que se adhirió Colombia por Ley 40 de 1933 (la referencia de esta ley, y de todas las siguientes, se toma de J.L. Marín Fuentes, “Estado del Derecho Internacional Privado en Colombia y su enseñanza”. <http://asadip.files.wordpress.com/2009/11/ensenanza-del-derecho-internacional-privado-en-colombia.pdf>). Colombia no ha ratificado las reformas operadas sobre este Tratado por el posterior de Montevideo de 1940.

⁸ Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 12 febrero 1889, adoptado por Ley 40 de 1933.

entre Colombia y Ecuador, hecho en Quito el 18 junio 1903⁹; y, en materia de alimentos, la competencia vendrá determinada por la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias de 1989¹⁰, únicamente cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en otro Estado parte (art. 1)¹¹.

Por tanto, por más que estos instrumentos puedan establecer normas de competencia judicial internacional¹², sin duda más adecuadas que las normas territo-

⁹ Adoptado el 16 junio 1903, *Registro Oficial*, n° 189, 19 julio 1933. <http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Exequ%C3%A1tur%20V.%20Final/Instrumentos%20Internacionales/Tratado%20sobre%20Derecho%20Internacional%20privado%20entre%20las%20Rep%C3%BAblicas%20de%20Colombia%20y%20el%20Ecuador.pdf>.

¹⁰ Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias, hecha en Montevideo el 15 julio 1989 (CIDIP IV), aprobada por Ley 449, de 4 agosto 1998. Este texto fue firmado el 15 julio 1989; se realizó la correspondiente adhesión el 20 mayo 2010, y el depósito el 28 julio 2010, con una declaración relativa a los arts. 1 y 3 de la Convención (Declaración al ratificar la Convención): “a. La República de Colombia, en relación con el Artículo 1 de la Convención declara que de conformidad con el art. 344 de la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. b. La República de Colombia, teniendo en cuenta la declaración anterior, en relación con el art 3 de la Convención, manifiesta que de conformidad con su ordenamiento jurídico y sujeto a las reglas previstas en él, además de los acreedores a que se refiere el párrafo 2 del artículo 1 de la citada Convención, ésta se aplicará a favor de: los descendientes; los ascendientes; los hijos adoptivos; los padres adoptantes; los hermanos; la persona que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocado; o el compañero o compañera permanente que forman una unión marital de hecho”.

¹¹ Vid. el estado de firmas y ratificaciones en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-54.html>.

¹² El Tratado de Derecho civil internacional de 1889, en concreto, en sus arts. 56–67. Estos prevén que, para acciones personales, sean competentes los tribunales del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico o a los del domicilio del demandado (art. 56); para declaración de ausencia, el juez del último domicilio del presunto ausente (art. 57); para juicios sobre capacidad o incapacidad de las personas, el juez del domicilio (art. 58); para acciones sobre ejercicio de la patria potestad y tutela y curatela sobre la persona de los menores e incapaces, ante los tribunales del domicilio de los padres, tutores o curadores (art. 59); para acciones sobre propiedad, enajenación o actos que afecten a bienes de incapaces, los jueces del lugar donde estén situados (art. 60); para el juicio de rendición de cuentas, los tribunales del lugar en el que fue discernido el cargo de tutor o curador (art. 61); en materia de nulidad del matrimonio, divorcio o cualquier otra que afecte a las relaciones personales de los esposos, los jueces del domicilio conyugal (art. 62); para resolver las cuestiones que surjan entre los esposos sobre enajenación u otros actos que afecten los bienes matrimoniales, los jueces del lugar en que estén ubicados esos bienes (art. 63); para medidas urgentes en materias familiares, los jueces del lugar de residencia de las personas (art. 64); para los juicios relativos a la existencia y disolución de cualquier sociedad civil, los del lugar de su domicilio (art. 65); para los juicios sucesorios, los del lugar de situación de los bienes hereditarios (art. 66) y para las acciones reales y mixtas, los tribunales del lugar en el que se encuentre el bien (art. 67). Por su parte, el Tratado de Derecho Comercial Internacional también contiene foros de competencia en disposiciones como los arts. 6 y 7 (foro de la sucursal y foro del domicilio en materia societaria), el art. 10 (foro del domicilio de la sociedad aseguradora para litigios relativos a contratos de seguro que se dirijan contra dicha sociedad; o el de su sucursal, en su caso); o los arts. 13, 15 y 18.

El tratado bilateral, en materia de competencia dispone, en el art. XXIV, un *forum executionis* invocable frente a los domiciliados en el otro Estado contratante (“Los que tengan domicilio establecido en la República, sean nacionales o extranjeros, y estén presentes o ausentes, pueden ser demandados ante los

riales de la normativa estatal, no se aplican sino a un número muy limitado de situaciones. La mayor parte de las situaciones privadas internacionales se registrarán, en lo que a la determinación de la competencia judicial internacional respecta, por las normas estatales antes descritas.

2. Determinación de la ley aplicable

A) Regulación estatal

Tampoco las normas sobre Derecho aplicable del sistema autónomo colombiano contienen respuestas adecuadas a las situaciones privadas internacionales. Las principales disposiciones de este sector se encuentran en el Código civil de 1873 (en adelante Cc)¹³, concretamente en los arts. 18 a 21¹⁴. El art. 18 Cc, que reproduce el posterior art. 59 de la Ley 149 de 1888, dispone el principio de territorialidad absoluta de la ley colombiana, afirmando que “la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”. Esto comporta que, en principio, sea la ley de Colombia la que aplique cualquier autoridad de este Estado a todo tipo de relación privada internacional. La apli-

Tribunales territoriales para el cumplimiento de contratos celebrados en el otro país”); en el art. XXV, un *forum presentiae* invocable frente a extranjeros, por nacionales o domiciliados en el foro (“También pueden serlo los extranjeros que se hallan en el país, aunque no sean domiciliados, si esos contratos se hubieren celebrados con los nacionales o con los otros extranjeros domiciliados en la República”); y en el art. XXVI, un *forum executionis* frente a extranjeros en materia contractual, un *forum rei sitae* para acciones sobre derechos reales situados en el territorio y una disposición cuyo alcance resulta difícil de determinar (“Los extranjeros, aunque se hallen ausentes, pueden ser demandados ante los Tribunales de la Nación: 1º. Para que cumplan las obligaciones contraídas o que deben ejecutarse en la República; 2º. Cuando se intente contra ellos una acción real concerniente a bienes que tengan en la República; y 3º. Si se hubiere estipulado que el Poder Judicial de la República decida las controversias relativas a obligaciones contraídas en el otro país”).

Por lo que respecta a la Convención sobre alimentos, con arreglo al art. 8 son competentes, a elección del acreedor, tanto los tribunales del lugar de residencia del acreedor como los de la residencia habitual del deudor, o los del lugar donde éste tenga bienes, ingresos o beneficios económicos, además de los tribunales a los que se sometan las partes. Por su parte, el art. 9 atribuye competencia a los tribunales antes indicados para acciones de incremento de los alimentos, y a los que hubieren conocido de la fijación de los alimentos, para su cese o reducción.

¹³ Código que deriva directamente del Código chileno de Andrés Bello de 1855. En consecuencia, tal y como ocurre con éste, encuentra sus fuentes fundamentales en el Derecho romano, el Derecho español y el *Code Napoleon*. Vid. J.C. Fernández Rozas, “El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: reflexiones a propósito del Segundo Centenario”, *El Derecho internacional en tiempos de globalización: libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, Universidad de los Andes, Publicaciones del Vicerrectorado Académico, Mérida (Venezuela), 2005, pp. 151–190, esp. pp. 177–178. Vid. también C. Hertel, “Sistemas y familias jurídicos del mundo”, *Notarius International*, 1–2, 2009, pp. 185–200, esp. p. 191. http://www.notarius-international.uinl.org/DataBase/2009/Notarius_2009_01_02_hertel_es.pdf.

¹⁴ Si se compara estos artículos (reproducidos más adelante, en las notas 15 y 16) con los arts. 14–18 Cc chileno, se comprobará la práctica identidad existente entre ambos, también en lo que respecta a las normas de DIPr.

cación de la ley extranjera no resulta, por consiguiente, posible¹⁵, más allá de lo que puedan establecer tratados o convenios que desplacen la normativa interna.

A continuación, los arts. 19, 20 y 21 Cc declaran la extraterritorialidad de la ley colombiana en algunas situaciones que se corresponden con cuestiones incluidas, respectivamente en el “estatuto personal”¹⁶, el “estatuto real”¹⁷ y el “estatuto formal”¹⁸.

Otras normas del propio Código civil contienen una regulación sustantiva de aspectos particulares de relaciones jurídicas, instituciones o negocios, tales como el matrimonio (art. 127), el divorcio (arts. 163 y 164), el régimen económico matrimonial (art. 180), la sucesión testada e intestada (arts. 570, 1012, 1053, 1054, 1068, 1012, 1084, 1085, 1086), y la hipoteca (art. 2436).

El Código de Comercio (en lo sucesivo Ccm) también contiene disposiciones de carácter material que regulan instituciones, relaciones o negocios jurídicos con elemento extranjero, tales como el art. 80 Ccm (prueba de la costumbre extranjera) o el art. 874 Ccm (pago en moneda extranjera). No obstante, desde la óptica del DIPr interesan en especial el art. 869 Ccm, que regula la ley aplicable a los contratos internacionales con carácter general, siguiendo idéntica técnica legislativa unilateralista que las previsiones del Cc antes citadas¹⁹; y el art. 1328 Ccm, que regula el contrato de agencia. De estas disposiciones también deriva que, en principio, la ley aplicable al contrato (al menos a las cuestiones de fon-

¹⁵ Cf. J.J. Caicedo Castilla, *Derecho internacional privado*, 6ªed., Bogotá, Themis, 1967, p. 244.

¹⁶ En concreto, el art. 19 Cc prevé que “los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero permanecerán sujetos a las disposiciones de este código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

1. En lo relativo al estado de las personas para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la Unión.

2. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados”.

¹⁷ El art. 20 Cc establece que “Los bienes situados en los territorios y aquellos que se encuentran en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este código, aún cuando sus dueños sea extranjeros y residan fuera de Colombia. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño. Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglan a este código y demás leyes civiles de la Unión”.

¹⁸ Art. 21 Cc: “La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el código judicial de la unión. La forma se refiere a las solemnidades externas, a la autenticidad, al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese”.

¹⁹ Confirmando el referido principio de territorialidad de la ley colombiana, establece el art. 869 Ccm: “Ejecución en el país de contratos celebrados en el exterior. La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana”.

do)²⁰ será siempre la colombiana si el contrato debe ejecutarse en Colombia²¹; por ende, si se trata de un contrato de compraventa internacional de mercaderías, será la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías²² la que se aplique²³.

De esta forma, en lo que respecta a la regulación conflictual, el Derecho colombiano, como se ha avanzado, es claramente deficitario, con carácter general. Pero hay un ámbito en el que su insuficiencia se hace especialmente manifiesta, y es el contractual, toda vez que aún resulta discutido e incierto si, fuera del arbitraje²⁴, cabe o no la posibilidad de escoger una ley extranjera como reguladora del contrato²⁵. La incógnita no parece despejada, aunque la jurisprudencia nacional habría asumido en los últimos años una posición favorable a la validez de pacto de ley extranjera, e incluso habría afirmado la autonomía de la voluntad también en lo que respecta a la sujeción de un contrato a los Principios Unidroit²⁶.

Finalmente, interesa advertir que el sistema autónomo colombiano carece de normas de aplicación de las normas de conflicto, lo que en cierto modo no extraña, teniendo en cuenta que el punto de partida es de rechazo a la aplicación de leyes extranjeras. No se hallará, pues, ninguna previsión específica en la normativa estatal sobre calificación, reenvío, remisión a Estado plurilegislativo, fraude de ley, prueba del Derecho extranjero u orden público (internacional).

²⁰ La forma del contrato se regirá por la ley extranjera del lugar de su celebración, si tal fuese el caso.

²¹ Lo que no indica ninguno de estos preceptos es qué ocurre si el contrato se ejecuta parcialmente en el extranjero. Al respecto, vid. J. Oviedo Albán, “La ley aplicable a los contratos internacionales”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 21, 2012, pp. 117–157, esp. p. 132.

²² Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, aprobada por Ley 518 de 4 agosto 1999. La fecha de adhesión es de 10 julio 2001, y entró en vigor el 1 de agosto de 2002. No hay reservas ni declaraciones por parte de Colombia.

²³ Pues, salvo que se excluya expresamente por los contratantes (*ex art. 6 CV 1980*), la CV 1980 se aplicará cuando las partes están establecidas en Estados contratantes diferentes, con arreglo al art. 1.a), pero también cuando la ley aplicable según la norma de conflicto del foro sea la de un Estado contratante, según el art. 1.b) (cuya aplicación Colombia no ha reservado). Así, la CV 1980 se aplicará siempre que deben aplicarse las normas de conflicto estatales, ya que éstas declaran aplicable la *lex fori* (ley de un Estado contratante).

²⁴ Los árbitros deben aplicar al fondo del asunto la ley elegida por las partes, según lo dispuesto en el art. 101 Ley 1563, Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. [http://www.camaraarmenia.org.co/files/LEY1563DE2012 ARBITRAJE\(1\). pdf](http://www.camaraarmenia.org.co/files/LEY1563DE2012%20ARBITRAJE(1).pdf).

²⁵ Realiza una lectura favorable a esta posibilidad (“implícita” en la norma), en lo que a todos los contratos, salvo el de agencia, respecta, J. Oviedo Albán en “La ley aplicable a los contratos internacionales”, *loc. cit.*, pp. 124–126. El autor, no obstante, es crítico con la regulación colombiana: “las normas de conflicto contenidas en los Códigos Civil y de Comercio son poco claras y por su rigidez no resultan adecuadas para satisfacer los intereses de las partes en negocios internacionales (p. 118). De otra opinión (negativa a dicha posibilidad), A. Zuleta Londoño, “Las cláusulas de selección de foro...”, *loc. cit.*, pp. 18–20.

²⁶ *Vid. infra*, ap. IV, en el que se exponen sintéticamente las líneas jurisprudenciales.

B) Convenios internacionales

En el sector de la ley aplicable, son varios los convenios o tratados que pueden desplazar las soluciones estatales.

Los Convenios de Montevideo de 1889 (de Derecho Civil Internacional y de Derecho Comercial Internacional), y el Tratado sobre Derecho Internacional privado entre Colombia y Ecuador contienen normas de conflicto de carácter bilateral en diversas materias. Estos instrumentos, según se indicó antes, carecen de disposiciones claras sobre su aplicabilidad espacial, pero todo indica que se aplicarían *inter-partes*, por lo que, aunque puedan contener soluciones más adaptadas, constituyen sólo una mejora parcial.

Así, por ejemplo, en materia contractual, el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y el Tratado de DIPr entre Colombia y Ecuador²⁷ declaran aplicable al contrato la *lex loci executionis*²⁸. Ello comportará que, si se trata de una compraventa cubierta por la Convención de Viena de 1980 (CV 1980) tanto en lo referente a la materia (art. 2) como al tiempo (art. 100), será ésta la que la aplicable en la práctica totalidad de los supuestos. En efecto, sólo resultará posible aplicar una ley extranjera si resulta de aplicación alguno de los tratados anteriormente citados (el de Montevideo o el bilateral), y éste no remite a la ley de un Estado parte del CV 1980. Y, como a excepción de Bolivia, todos los Estados parte del Tratado de Montevideo son también parte de la CV 1980²⁹, si el Tratado resulta de aplicación, la propia CV 1980 se aplicará: o por la vía del art. 1.1.a) CV 1980, o porque la ley aplicable según el DIPr (el Tratado) será la de un Estado contratante³⁰. Sólo hay una posibilidad de que la CV 1980 no se aplique, y es que el contrato, celebrado entre una parte colombiana y otra establecida en Bolivia (o en algún otro Estado no parte de la CV 1980) se ejecute en Bolivia.

Otras materias reguladas por instrumentos específicos en las que existen normas sobre la ley aplicable son la adopción (Convención interamericana sobre adopción de La Paz de 1984)³¹ y las obligaciones de alimentos (Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias)³².

²⁷ Estos Convenios, como ya se ha puesto de manifiesto, se aplicarían únicamente en la medida en que la ley aplicable sea la de un Estado contratante.

²⁸ Vid. arts. 32–39.

²⁹ Vid. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

³⁰ Pues cabe recordar que, si resultan de aplicación el Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Internacional de 1889 o el Tratado de DIPr entre Colombia y Ecuador, la ley rectora del contrato sería la *lex loci executionis*.

³¹ Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, adoptada en La Paz el 24 de mayo de 1984 (CIDIP III), aprobada por Colombia por Ley 47, de 3 de diciembre de 1987. Esta Convención fue firmada el 24 de mayo de 1984, se realizó la adhesión el 15 de marzo de

La inexistencia de soluciones estatales a los problemas de aplicación de las normas de conflicto también puede verse en parte remediada por las disposiciones de la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado, de Montevideo de 1979³³. En efecto, este es el único instrumento que, con carácter general, proporciona normas sobre aplicación de la ley extranjera: orden público, fraude de ley, aplicación de la ley extranjera, fraude de ley... Pero, aunque esta Convención no indica expresamente a qué relaciones, situaciones o negocios jurídicos resulta de aplicación, todo indica que también se trata de un instrumento *inter-partes*, aplicable sólo en la medida en que la ley aplicable sea la de un Estado contratante del Convenio³⁴. De nuevo, la existencia de este Convenio no constituye un remedio total para las importantes deficiencias del sistema autónomo.

3. Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras

A) Regulación estatal

La regulación del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras se encuentra contenida en los arts. 30 y 605 ss CGP (antiguos arts. 25 y 693 ss CGP). Se trata de un régimen de reconocimiento caduco, al menos en lo que respecta a la exigencia de reciprocidad del país de origen. Sorprende, pues, que el legislador haya acometido recientemente una reforma de estas disposiciones, sin que el régimen se haya visto mejorado en este extremo. En efecto, a tenor de lo previsto en los arts. 605 ss CGP, la parte que solicita el reconocimiento de la decisión extranjera debe probar reciprocidad, además de una serie de condiciones (previstas en el art. 606 CGP). La prueba de la reciprocidad (exigida por el actual art. 605 CGP, antiguo art. 693 CGP) viene refiriéndose a la existencia de convenio de reconocimiento con el país de origen (reciprocidad “diplomática”), pero también a la posibilidad de reconocimiento de sentencias colombianas en dicho

1988, y el depósito el 26 de abril de 1988, sin reservas ni declaraciones. Su art. 1 exige, a efectos de aplicación, que el adoptante (o adoptantes) tenga(n) su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte. Las principales disposiciones sobre ley aplicable se encuentran en los arts. 3, 4, y 6.

³² Sobre la aplicación espacial de esta Convención, *vid. supra*, nota 10. Las normas de conflicto se recogen en los arts. 6 y 7. Conforme al art. 6, la autoridad competente ha de aplicar la ley que resulte más favorable al interés del acreedor, de entre la ley del domicilio o la residencia habitual del acreedor, o la ley del domicilio o de la residencia habitual del deudor. El art. 7 delimita el ámbito de la ley aplicable.

³³ Aprobada por Ley 21, de 22 de enero de 1981, fue firmada el 5 de agosto de 1979, se realizó la adhesión el 9 de junio de 1981, y el depósito de ratificación el 10 de septiembre de 1981, sin reservas ni declaraciones.

³⁴ En la actualidad, junto con Colombia, Argentina, Brasil, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (*vid.* <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>).

país³⁵. De esta forma, si no existe “reciprocidad diplomática”, deben probarse la “reciprocidad legislativa” y el cumplimiento de las condiciones dispuestas en el art. 606 CGP (ex art. 694 CGP)³⁶. Sintéticamente, este precepto dispone un control de competencia, conforme al cual no cabe reconocer ni sentencias que versen sobre bienes situados en territorio colombiano (ap. 1) ni en materias para las que los tribunales colombianos tengan atribuida competencia exclusiva (ap. 4); control de orden público (ap. 2); control de regularidad formal (ap. 3); inexistencia de procedimiento abierto en Colombia, o sentencia dictada por jueces colombianos sobre el mismo asunto (ap. 5); control de la regularidad de la notificación, de conformidad con la ley del país de origen (ap. 6); y que se tramite el procedimiento dispuesto en el siguiente artículo (ap. 7). Para conocer de solicitudes de executur se otorga competencia a un único tribunal: la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (art. 30.4º CGP, ex art. 25.4º CGP)³⁷. El art. 607 CGP regula el procedimiento, cuyas características principales son que se trata de un procedimiento contradictorio y documental.

B) Convenios internacionales

En materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, no son muy numerosos los instrumentos adoptados por Colombia. Son dos los tratados bilaterales generales: el vigente entre Colombia y España, sobre reconocimiento

³⁵ Es doctrina consolidada de la Corte Suprema de Justicia entender que “por regla general, las decisiones judiciales extranjeras no se pueden hacer valer en Colombia y en que, por excepción, cobran vigor siempre y cuando exista con el país extraño un tratado que así lo consagre –reciprocidad diplomática– o falta de convenio internacional, exista ley, allá mismo, que le otorgue valor a las sentencias proferidas oír los jueces colombianos –reciprocidad legislativa–. Por virtud del principio de la carga probatoria que impone el art. 177 del CPC, en cualquiera de las hipótesis de excepción mencionadas, le corresponde al solicitante del executur demostrar, previas las formalidades legales pertinentes, la existencia del respectivo tratado o de la ley extranjera, presupuesto indispensable para que pueda la Corte examinar otras condiciones e incidencias propias de la solicitud de la que se trata”: *vid.* Sentencia T-716/96 de la Corte Constitucional colombiana, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-716-96.htm>.

³⁶ Como deriva de la Sentencia T-716/96, antes citada, “la actividad del actor del executur debe estar orientada a demostrar la existencia de la reciprocidad diplomática o, en su defecto, de la legislativa, de conformidad con lo establecido por el art. 177 del C. de P.C., que impone a las partes “probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellos persiguen”. Si se cumplen esas exigencias el executur deberá otorgarse siempre que se den además los restantes requisitos previstos en el art. 694 de la misma obra, requisitos cuyo sentido general no es otro que el de establecer la regularidad internacional de la sentencia, sin entrar a calificar la justicia intrínseca de primera decisión jurisdiccional mediante dicha providencia adoptada”. *Vid.* también las decisiones de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 13 agosto 2002 y de 13 febrero 2004, ambas disponibles en <https://sites.google.com/site/misclasesenderecho/reconocimiento-de-sentencias-extranjeras-executur>.

³⁷ Si bien sus decisiones serían revisadas en una segunda instancia por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, según se deduce de lo expuesto en la Sentencia T-716/96 de la Corte Constitucional colombiana, cit.

de sentencias³⁸, y el ya mencionado, de Derecho internacional privado, entre Colombia y Ecuador³⁹. A los bilaterales se suman otros convenios, también generales, pero de carácter multilateral, como el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889⁴⁰ y la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y los laudos arbitrales extranjeros⁴¹.

Y a los anteriores se añaden convenios multilaterales en materias específicas, tales como la adopción internacional (Convenio de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional⁴²), las obligaciones de alimentos (Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias) y el reconocimiento de laudos extranjeros (Convención de Nueva York de 1958 para el reconocimiento laudos arbitrales extranjeros⁴³).

4. Cooperación internacional entre autoridades

El sistema autónomo colombiano carece de toda disposición que regule específicamente la cooperación de las autoridades colombianas con autoridades extranjeras (solicitudes de aquéllas a éstas, y viceversa) en actos dirigidos a facilitar el desarrollo de procedimientos con elementos extranjeros, tales como práctica de pruebas, traslado y la notificación de documentos, o prueba del contenido, la vigencia y la interpretación del Derecho extranjero. De ahí que resulte particularmente relevante la participación de Colombia en los resultados de las diver-

³⁸ Convenio para el cumplimiento de las sentencias civiles dictadas por los tribunales de ambos países, celebrado entre el Reino de España y la República de Colombia el 30 mayo 1908, *BOE*, 18-IV-1909. Este Convenio es aplicado frecuentemente en la práctica, especialmente en lo que respecta al reconocimiento de decisiones españolas en materia de adopción (no reguladas por el CH de 1993 cuando el o la menor no van a trasladarse a Colombia). *Vid.*, *v.gr.*, entre otras, las Sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 5 noviembre 2013, de 16 octubre 2013, de 25 de julio de 2013, de 16 mayo 2013, todas ellas publicadas y disponibles en la web del órgano jurisdiccional: <http://190.24.134.92:8085/Relatoria/csj/index.html>.

³⁹ Las normas de reconocimiento de sentencias se encuentran en los arts. XXXIX-XLIX.

⁴⁰ Aprobado por Ley 68 de 1920. *Vid.* arts. 5-8.

⁴¹ Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y los laudos arbitrales extranjeros, hecha en Montevideo el 5 agosto 1979 (CIDIP II) aprobada por Ley 16, de 22 enero 1981 y firmada el 5 agosto 1979. La adhesión se realizó el 24 junio 1981, y el depósito, el 10 septiembre 1981, sin reservas ni declaraciones.

⁴² Se aprueba por Ley 265 de 25 enero 1996. Firma: 1 de agosto de 1993. Fecha de adhesión: 13 julio 1998. Entrada en vigor: 1 de noviembre de 1998. Colombia formula una declaración referente a los arts. 17, 21, 22 y 28 del Convenio. Este Convenio, como es sabido, regula principalmente la cooperación internacional entre autoridades, pero contiene también normas de reconocimiento de las adopciones constituidas ante autoridades de Estados contratantes.

⁴³ Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958. Se aprueba por Ley 39 de 20 noviembre 1990. Fecha de adhesión: 25 septiembre 1979. Fecha de entrada en vigor: 24 diciembre 1979. No hay reservas ni declaraciones por parte de Colombia.

sas sedes codificadoras en el sector de la competencia internacional entre autoridades. Y es este el sector en el que más convenios ha adoptado este país.

El primero de los textos adoptados fue el ya citado Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889⁴⁴. Posteriormente, y a pesar de no ser Estado miembro de la Conferencia de La Haya, de esta sede, Colombia ha ratificado el Convenio de 5 octubre 1961, suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros⁴⁵; el Convenio de 15 noviembre 1965 sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial⁴⁶; el Convenio de 18 marzo 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial⁴⁷; el Convenio de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁴⁸; y el (ya citado) Convenio de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional⁴⁹.

Finalmente, entre los instrumentos ratificados por Colombia en materia de cooperación internacional, también ocupan un puesto destacable los elaborados en la CIDIP. Son, en concreto, la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, adoptada en Panamá el 30 enero 1975 (CIDIP I)⁵⁰ y el Protocolo adicional a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, hecho en Montevideo el 5 agosto 1979 (CIDIP II)⁵¹, la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, adoptada en Panamá el 30 enero 1975 (CIDIP I)⁵², la Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares, hecha en Montevideo el 5 agosto 1979 (CIDIP II)⁵³, la Con-

⁴⁴ Que, además de disposiciones sobre reconocimiento y ejecución, contiene normas sobre legalizaciones (arts. 3 y 4), y exhortos y obtención de pruebas (arts. 9–12).

⁴⁵ Aprobado por Ley 455 de 4 agosto 1998. Fecha de adhesión: 27 abril 2000. Entrada en vigor: 30 enero 2001. Hasta el momento, Colombia ha realizado tres declaraciones, relativas a la forma en que se expide la apostilla en este Estado (incluida apostilla electrónica o e-Apostilla).

⁴⁶ Que se aprueba por Ley 1073 de 31 julio 2006. Fecha de adhesión: 10 de abril de 2012. Entrada en vigor: 1 noviembre 2013. No hay reservas ni declaraciones por parte de Colombia.

⁴⁷ Aprobado por Ley 1282 de 5 enero 2009. Fecha de adhesión: 13 enero 2012. Entrada en vigor: 13 marzo 2012. No hay reservas ni declaraciones por parte de Colombia.

⁴⁸ Se aprueba por Ley 173 de 22 diciembre 1994. Fecha de adhesión: 13 diciembre 1995. Entrada en vigor: 1 marzo 1996. No hay reservas ni declaraciones.

⁴⁹ Se aprueba por Ley 265 de 25 enero 1996. Firma: 1 agosto 1993. Fecha de adhesión: 13 julio 1998. Entrada en vigor: 1 noviembre 1998. Colombia formula una declaración referente a los arts. 17, 21, 22 y 28 del Convenio.

⁵⁰ Aprobada por Ley 27, de 22 febrero 1988. Firmada por Colombia el 30 de enero de 1975, la adhesión tuvo lugar el 17 febrero 1995 y el depósito el 28 abril 1995.

⁵¹ Aprobado por Ley 27, de 22 febrero 1988. Fue firmado el 5 agosto 1979, se realizó la adhesión el 17 febrero 1995, y el depósito el 28 abril 1995, sin reservas ni declaraciones.

⁵² Aprobada por Ley 31, de 9 octubre 1987. Firmada por Colombia el 30 enero 1975, la adhesión tuvo lugar el 27 septiembre 1991 y el depósito el 1 noviembre 1991.

⁵³ Aprobada por Ley 42 de 17 septiembre 1986, fue firmada el 5 agosto 1979, se realizó la adhesión el 19 noviembre 1986, y el depósito el 29 diciembre 1986, sin reservas ni declaraciones.

vención interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 5 agosto 1979 (CIDIP II)⁵⁴, la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, hecha en Montevideo el 15 julio 1989 (CIDIP IV)⁵⁵ y la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores, hecha en México el 18 marzo 1994 (CIDIP V)⁵⁶.

IV. El limitado papel de la jurisprudencia

La jurisprudencia colombiana no resulta especialmente abundante en lo que respecta a las materias propias del DIPr⁵⁷, probablemente porque el número de situaciones privadas internacionales de las que deben conocer las autoridades de Colombia sólo empieza a ser significativo en la actualidad⁵⁸. Cualitativamente, se trata de una jurisprudencia algo dispar: mientras que en algunas materias quizás se muestra en exceso pegada a la letra de unas normas que ni siquiera se dirigen a regular la cuestión a la que se aplican, en otras, sin embargo, parece proclive a efectuar una lectura de las normas de DIPr más conforme con las necesidades actuales. Ejemplo de lo primero es la negativa a reconocer eficacia a las cláusulas de elección de tribunal extranjero, con base en la improrrogabilidad de la competencia territorial. Y esta negativa es recogida en decisiones, como las de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que, sin embargo, admiten la eficacia de las cláusulas de elección de una ley extranjera en contratos internacionales⁵⁹. En relación con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en materia contractual resulta también relevante la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana⁶⁰, que se ha pronunciado favorable a la posibilidad de las partes de pactar como ley del contrato a los Principios Unidroit, además de la posibilidad de acudir a ellos para interpretar la ley nacional.

Finalmente, en el marco de la aplicación de las normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, la doctrina de la Corte Suprema de Justi-

⁵⁴ Aprobada por Ley 49, de 16 diciembre 1982, fue firmada el 5 agosto 1979, se realizó la adhesión el 7 febrero 1983, y el depósito de 28 abril 1983, sin reservas ni declaraciones.

⁵⁵ Aprobada por Ley 880, de 19 enero 2004, fue firmada el 15 julio 1989, se realizó la adhesión el 12 agosto 1998, y el depósito el 28 octubre 1998, sin reservas ni declaraciones.

⁵⁶ Aprobada por Ley 470, de 5 agosto 1998, se realizó la adhesión el 12 junio 2000, y el depósito el 23 agosto 2000, sin declaraciones ni reservas.

⁵⁷ El trabajo de J.L. Marín Fuentes, "Estado del Derecho Internacional Privado en Colombia y su enseñanza", *loc. cit.*, hace referencia a un total de (tan solo) 50 decisiones de la Corte Suprema de Justicia en un periodo de 13 años (de 1995 a 2008), la mayor parte de las cuales versan sobre reconocimiento de decisiones extranjeras.

⁵⁸ Así lo afirma *ibíd.*

⁵⁹ Autos de 30 abril y 19 diciembre 2002.

⁶⁰ Sentencia de la Sala de Casación Civil, de 21 febrero 2012, disponible en la web del órgano jurisdiccional: <http://190.24.134.92:8085/Relatoria/csj/index.html>

cia resulta de especial interés en lo que respecta a la determinación del alcance de la reciprocidad y a la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, como el orden público. En relación con la reciprocidad, existe una línea jurisprudencial constante, que, como antes se indicó, diferencia entre reciprocidad “diplomática”, consistente en la existencia y aplicabilidad de convenios internacionales⁶¹, y reciprocidad legislativa, que obliga a probar al solicitante del executur tanto la posibilidad de reconocimiento de las sentencias procedentes de Colombia en el Estado de origen, como el cumplimiento de los requisitos que en tal Estado de origen se exigen a las sentencias colombianas; requisitos que se suman a los previstos en la normativa colombiana⁶². En lo referido al orden público internacional, la Corte Suprema de Justicia ha declarado que se trata de una excepción oponible cuando se da “...una incompatibilidad grave entre el pronunciamiento jurisdiccional para el cual se pide el executur y los principios fundamentales en que se inspira la normatividad nacional...”, en cuyo caso “podría dar lugar a que aquélla no fuera objeto de homologación”. Lo cual, significa que al albur de la excepción se deniega el reconocimiento de resoluciones extranjeras cuando el tribunal de origen ha aplicado leyes extranjeras que “se basan en principios no solo diferentes, sino contrarios a las instituciones fundamentales del país en que aquellas pretenden aplicarse (Colombia)”⁶³. Para concluir, interesa advertir que son sorprendentemente numerosas las denegaciones de reconocimiento de resoluciones extranjeras por incumplimiento del requisito de la autenticidad, al menos en los últimos años⁶⁴.

⁶¹ Por Sentencia de 3 septiembre 2013 (Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez), la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia considera que no hay reciprocidad diplomática porque, aunque el objeto del procedimiento es el reconocimiento de una adopción constituida en Connecticut, EEUU, que es parte, como Colombia, del Convenio de La Haya de 1993, éste no resulta aplicable, ya que ni la menor es trasladada de un Estado contratante a otro (permanece en EEUU), ni se han seguido los trámites dispuestos en el instrumento para constituir la adopción. La decisión puede consultarse en la web de la Corte: <http://190.24.134.92:8085/Relatoria/csj/index.html>

⁶² Vid., además de las resoluciones citadas *supra*, entre otras, la Sentencia de 3 septiembre 2013, en la que se afirma que “en primer lugar se atiende a las estipulaciones de los tratados que tenga celebrados Colombia con el Estado de cuyos tribunales emane la sentencia que se pretende ejecutar en el país. Y en segundo lugar, a falta de derecho convencional, se acogen las normas de la respectiva ley extranjera para darle a la sentencia la misma fuerza concedida por esa ley a las proferidas en Colombia... Además del anterior requisito, para que un fallo extranjero surta efectos vinculantes en nuestro país se requiere que se cumplan los presupuestos que reclama el ordenamiento legal interno, específicamente los contenidos en el Capítulo I del Libro V del Título XXXVI del Código de Procedimiento Civil”.

⁶³ Vid. Sentencia de 8 julio 2013 de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia (Magistrado de la prueba ilícita”.

⁶⁴ Vid., *v.gr.*, AA Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia de 19 diciembre 2013 (la resolución de EE UU no se reconoce, entre otros motivos, porque la traducción de la apostilla no se presenta con la legalización de la firma de quien dictó la sentencia); de 25 noviembre 2013, dos decisiones: en ambas se deniega el executur (primera de sentencia polaca, y segunda de sentencia estadounidense) por falta de constancia de la ejecutoria y traducción no legal); de 21 octubre 2013 y de 30 septiembre 2013,

V. Conclusiones

Del análisis de las normas estatales de DIPr de Colombia se deduce que este Estado carece de un sistema completo y coherente de DIPr. Como se pone de relieve en este estudio, la regulación de los distintos sectores (competencia judicial internacional, Derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, cooperación internacional entre autoridades), cuando existe, se encuentra en normas dispersas y poco (o nada) adecuadas a la resolución los diversos problemas del tráfico jurídico externo. Así, Colombia carece de normas estatales de competencia judicial elaboradas específicamente para las situaciones privadas internacionales, por lo que no extraña que tampoco cuente con normas de aplicación de estas normas, que resuelvan cuestiones tales como el control de la competencia, la litispendencia y la conexidad internacional y la *derogatio fori*. Las normas de conflicto, por su parte, resultan también manifiestamente inadecuadas, por cuanto impiden como línea de principio dar aplicación a leyes extranjeras. Tampoco hay, en consecuencia, normas de aplicación de las normas de conflicto. Para hallar normas de conflicto bilaterales y normas que resuelvan cuestiones tales como la remisión a un Estado plurilegislativo, el reenvío, o el orden público, hay que acudir a los convenios vigentes en Colombia. Finalmente, si el sector de la cooperación internacional de autoridades carece de toda norma estatal, el del reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras, que es el que más aplicarían los órganos jurisdiccionales colombianos, resulta también claramente deficiente, en la medida en que parte del análisis de la caduca reciprocidad.

Las evidentes insuficiencias del DIPr colombiano no son paliadas, salvo excepcionalmente, por convenios internacionales que desplacen las soluciones internas. Además, al carácter fragmentario e inconveniente del DIPr de fuente estatal se une la vigencia de convenios bilaterales y multilaterales cuyos criterios de aplicación en ocasiones no aparecen claramente establecidos en el propio instrumento. De hecho, resulta casi excepcional la presencia, en esos instrumentos, de disposiciones que regulen su ámbito espacial, por lo que su aplicabilidad puede resultar incierta, al menos en lo que respecta a los convenios que regulan la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable. Si, como todo indica, son convenios *inter partes*, son escasos los supuestos a los que se aplicarán las normas convencionales, que en ocasiones contienen soluciones más adecuadas a las situaciones privadas internacionales. En cualquier caso, el limitado

por el que se deniega el reconocimiento de sendas sentencias españolas (de divorcio, de alimentos y responsabilidad parental) por no presentar constancia de la ejecutoria emitida por el Ministerio de Justicia español.

alcance espacial de los convenios hace que no quepa cuestionar el verdadero alcance de una reforma profunda del DIPr estatal, como ocurre en buena medida en lo que respecta a los sistemas estatales de los Estados miembros de la UE, a la luz de los instrumentos institucionales.

Así las cosas, resulta altamente recomendable que Colombia se dote de un DIPr moderno, que le permita dar una respuesta satisfactoria a las situaciones privadas internacionales que, con cada vez mayor frecuencia, vinculan a este Estado con otros, tanto caribeños como del resto del Mundo. Y a tal fin, no cabe duda de que la Ley Modelo OHADAC constituye una herramienta esencial.

Bibliografía

- Caicedo Castilla, J.J.: *Derecho internacional privado*, 6ªed., Bogotá, Themis, 1967.
- Fernández Rozas, J.C.: “El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: reflexiones a propósito del Segundo Centenario”, *El Derecho internacional en tiempos de globalización: libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, Universidad de los Andes, Publicaciones del Vicerrectorado Académico, Mérida (Venezuela), 2005, pp. 151–190.
- Hertel, C.: “Sistemas y familias jurídicos del mundo”, *Notarius International*, 1–2, 2009, pp. 185–200. http://www.notarius-international.uinl.org/DataBase/2009/Notarius_2009_01_02_hertel_es.pdf.
- Londoño Sepúlveda, N.: en “El riesgo en la contratación internacional”. <http://www.deconsultores.com/index.php/articulos/185-competenciainternacional>
- Marín Fuentes, J.L.: “Estado del Derecho Internacional Privado en Colombia y su enseñanza”, <http://asadip.files.wordpress.com/2009/11/ensenanza-del-derecho-internacional-privado-en-colombia.pdf>.
- Oviedo Albán, J.: “La ley aplicable a los contratos internacionales”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 21, 2012, pp. 117–157.
- Zuleta Londoño, A.: “Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: una visión desde el Derecho internacional privado colombiano”, *Revista de Derecho Privado* (Universidad de los Andes), n° 44, julio–diciembre de 2010, pp. 1–20.

CONFORMACIÓN DE UNA LEY MODELO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA MÉXICO. LA SEGUNDA VERSIÓN

Jorge Alberto SILVA *

SUMARIO: I. Introducción. II. Inicio del proyecto. III. Antecedentes históricos y sociales. IV. Primer proyecto. 1. Métodos y técnicas seguidas. 2. Áreas a codificar. 3. Niveles de codificación. 4. Tipo de codificación. 5. Tipo de enunciados. 6. Enfoque seguido. V. Resumen del primer proyecto. VI. Segundo proyecto. VII. Lo que esperamos.

RESUMEN: Presenta un resumen de las actividades realizadas para conformar una Ley Modelo de Derecho Internacional privado para México, su primera versión y actividades realizadas para conformar la segunda versión, organismo que lo patrocina y personas que la han elaborado.

PALABRAS CLAVE: LEY MODELO – MÉXICO – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – PROYECTOS.

ABSTRACT: Presents a summary of the activities undertaken to conform a Model of Private International Law for Mexico, its first release and efforts made to form a second version, an organization that sponsors and people who have developed.

KEY WORDS: MODEL LAW – MEXICO – PRIVATE INTERNATIONAL LAW – PROJECTS.

I. Introducción

Varios juristas mexicanos, incluso extranjeros, se han percatado que la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado ha venido, desde hace tiempo, creando un proyecto de Ley Modelo de Derecho Internacional Privado para México.

* Investigador nacional del CONACyT. Presidente de la Asociación Mexicana de Profesores de Derecho Internacional Privado. Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México.

Aprovechando la invitación a este VIII Seminario Internacional que se realiza en esta Universidad Complutense, y que ha fijado entre otros objetivos examinar los “Nuevos desarrollos de la codificación del DIPr América”, hemos estimado oportuno presentar nuestra experiencia en este proyecto de ley. Nos interesa presentar lo que hemos construido hasta este momento: el proyecto de Ley Modelo de DIPr para México y los trabajos que hemos realizado luego de una primera versión. Debo aclarar que partimos de una primera versión de la Ley Modelo y que ahora estamos en la construcción de la segunda.

II. Inicio del Proyecto

En el seno de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (de aquí en adelante AMEDIP) todo comenzó con una interrogante ¿es necesaria una reforma sobre Derecho internacional privado mexicano? Aunque se produjeron respuestas contradictorias, la respuesta final fue si es necesaria. La otra interrogante fue ¿hasta dónde es necesaria esa reforma?

Se razonó pensando en que la desfase producida por el desarrollo de la regulación sobre esta materia a nivel mundial, el retraso en que se encontraba la legislación interna y la necesidad de insertar al estado mexicano en un mundo en evolución, requería que la legislación interna se adecuara con el momento actual y con otros estados de la comunidad internacional en la solución de problemas de tráfico jurídico internacional.

Estimamos que la propuesta que íbamos a realizar debía llegar hasta donde nuestras posibilidades y necesidades lo permitiesen. En ese momento inicial no estimamos con plenitud los grandes problemas en que incursionaríamos en la tarea que nos propusimos.

III. Antecedentes históricos y sociales

Durante los primeros años de la vida independiente de México no se produjo una regulación integral del DIPr. Aunque la codificación producida en los primeros años del siglo XIX introdujo algunos enunciados (poquísimos) no parece que sus redactores hubiesen tenido conciencia de la importancia del DIPr, tampoco la experiencia en el foro y tribunales judiciales parecieron haber demostrado su viabilidad y adecuación a las necesidades del país (al menos, los de ese momento). No fue sino hasta finales del siglo XIX cuando algunos enfoques propios de la teoría estatutaria se introdujeron en las leyes; en cierta forma una réplica de lo que el Código civil francés preveía.

Ya en el siglo XX, a partir de la codificación de 1928, bajo los llamados gobiernos revolucionarios la codificación introducida fue de mal en peor al imponer, al amparo de una sedicente política nacionalista, un sistema exclusivista (territorial en exceso). Toda puerta al DIPr fue cerrada desde la ley misma. Se institucionalizó un aislacionismo jurídico, en gran medida debido a problemas políticos internos, temor y miedo a los extranjeros.

Al paso de tiempo y de diversas necesidades manifiestas, México vino siguiendo, a partir de 1975, diversos convenios internacionales que le permitieron vincularse a otros estados. No ocurrió lo mismo con la legislación interna que continuó siendo exclusivista, aunque algunas decisiones judiciales trataron de atemperar la territorialidad.¹

Hacia 1987–88 la AMEDIP impulsó una serie de cambios a la ley interna, algunos de los cuales fueron aceptados en el Congreso de la Unión. Se introdujo, entonces, una conexión domiciliar para cuestiones de capacidad y estado civil de las personas. Otras materias quedaron fuera, esto es, sin propiciarse prescripciones sobre tráfico jurídico internacional; entre otras, las relacionadas con la sucesión mortis causae, la responsabilidad objetiva, las relaciones laborales y otras más. En materia procesal se introdujeron algunos cambios, sobre todo relacionados con la cooperación judicial internacional. Un año más tarde se introdujeron reglas propias para el arbitraje comercial internacional, que vinieron a complementarse a inicios de la década de los noventa.

Por desgracia, lo habido hasta entonces solo condujo a una reforma parcial. No todas las entidades federativas acogieron la reforma (recuérdese que México es un Estado federal). El D.F., que la había acogido, prefirió rechazarla, derogando lo que ya se había ganado. Lo previsto en derecho convencional internacional era poco y no se vinculaban en ello la mayoría de los estados de la comunidad internacional. En el renglón de los tratados internacionales, sus enunciados tampoco parecieron haber sido receptados en el Derecho interno, salvo en algunos aspectos, como la adopción internacional, aunque inicialmente con una pésima adecuación del Derecho convencional internacional². Uno de los grandes problemas que se presentó era que los jueces y todo el poder judicial, carecían de práctica y conocimiento del derecho convencional internacional; de hecho era poco o nada lo que sobre el particular existía.

De los tratados ratificados hasta hoy nada se ha receptado en las leyes de fuente interna tratándose de alimentos, visita de menores, restitución de los

¹ J.A. Silva, *Derecho internacional Privado, su recepción judicial*, México, Porrúa, 1999.

² J.A. Silva, “El impacto de los convenios internacionales sobre la legislación interna mexicana relativa a la adopción internacional de menores”, *Revista de Derecho Privado*, Nueva Época, año II, n° 4, enero–abril 2003.

misimos, matrimonio consular, regulación sobre bienes y derechos reales, responsabilidad extracontractual, sucesiones, etc., a pesar de que diversos convenios regulan estos tópicos.

De las diversas áreas desarrolladas en el derecho internacional (comercio, proceso, familia) la más adelantada fue la comercial. En este apartado se ratificaron diversos convenios internacionales, modificándose, a la vez varias leyes de fuente interna. Las cuestiones relacionadas con la familia quedaron rezagadas y en la procesal solo produjo un tibio cambio, que ni siquiera ha sido logrado por la mayoría de las entidades federativas.

En el terreno de lo económico México pasó de una política cerrada, autoritaria y centralista (la de la sustitución de importaciones), a una política de apertura, procurando insertarse (aceleradamente) en un mundo globalizado. De mayor importancia hacia 1994 fue el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y, poco antes, su ingreso al GATT.

El ambiente a finales de 2000 fue algo más pesimista, sobre todo por el gobierno del Partido de la Revolución Democrática (PRD) que se encontraba en el D. F., pues dio marcha atrás con las reformas al Código civil para el D. F. en materia internacional. El PRD reinstauró un régimen territorial en el D. F., que aún subsiste.

A finales del 2004 en el seno de la AMEDIP se planteó, como en otras ocasiones, la posibilidad de contar con una Ley de Derecho Internacional Privado para México. La Academia estimó que la reforma de nuestro DIPr era necesaria, no solo para incorporar diversas soluciones habidas en los tratados (a los que ya nos habíamos adherido), sino también para reglar otros aspectos que los tratados no han tomado en cuenta.

En el mes enero 2005, en la reunión mensual de la AMEDIP se decidió elaborar un proyecto a instancia de varios de los académicos. Durante ese mes y hasta marzo, las ideas iban y venían, ¿qué es lo que exactamente se pretende?, ¿cómo comenzar?, ¿será una adición al Código civil? En realidad, no estaba bien precisado el objetivo ni los medios. El presidente, Roberto Rendón, se animó a trabajar y el 17 de febrero lanzó la invitación. Se convocó a los miembros de la Academia y personas interesadas a conformar una regulación de DIPr de fuente interna. A manera de lluvia de ideas, se preparó esta actividad durante 2004–2005, culminando la presentación de propuestas individuales en el Seminario Nacional de 2005. Hubo una gran acogida a la convocatoria. La gran mayoría de los miembros de la AMEDIP presentó propuestas sobre la temática.

Quienes presentaron sugerencias trabajaron bajo pautas y criterios propios y muy personales. La falta de una metodología similar para todos, uniformidad en los términos y políticas a alcanzar condujo a la presentación de proyectos que

conformaron ideas sueltas, algunas, elaboradas en forma de ley, con artículos y numerados. Algunos estudios fueron amplios, otros sumamente restringidos. En gran medida, casi todos los trabajos incluyeron elementos repetidos, pues, por ejemplo, lo que eran las reglas generales del DIPr se encontraban en cada proyecto y en forma contradictoria. La terminología también fue diferente y entre propuesta y propuesta se advertían contradicciones.

Se presentaron diversas propuestas, con gran desorden. De cualquier manera, todo lo recibido se presentó a manera de “lluvia de ideas”. En enero de 2006 el profesor Leonel Pereznieto Castro y yo fuimos comisionados para elaborar un Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México a partir de las ideas y sugerencias recibidas. Un trabajo bastante complicado, sobre todo para conjuntar las propuestas habidas bajo un modelo coherente.

IV. Primer Proyecto

Los trabajos realizados dieron lugar, casi un año más tarde, a un primer proyecto. Así, en 2006 se concluyó un primer proyecto de Ley Modelo de DIPr para México.³ Ante la gran disparidad de opiniones y sugerencias en las tareas que nos fueron encomendadas para conformar el proyecto se tuvieron que resolver varios problemas,⁴ entre otros: a) métodos y técnicas a seguir; b) áreas a codificar; c) nivel de codificación; d) tipo de codificación; e) tipo de enunciados; y, f) enfoque a seguir.

La tarea se complicó, ya que de dos años que se pensaba íbamos a disponer, el plazo se acortó a un año. Varios académicos pensaron que con las piezas que habían aportado se podía construir el rompecabezas. No contaron que había piezas que no habían sido aportadas, así como las contradicciones y desorden entre ellas. A pesar de ello, apresuraron para que el proyecto completo se entregara.

Presentamos un resumen de los problemas que se tuvieron que resolver.

1. Métodos y técnicas seguidas

En cuanto a la forma de tratar cada problema de tráfico jurídico internacional decidimos regular aquellos supuestos normativos propios de las normas conflictuales. Con esto, llenaríamos un apartado importante para caminar un buen trecho. No obstante, ese no fue ese el único método a seguir y solucionar problemas de tráfico jurídico internacional.

³ Una explicación más desarrollada de estos pormenores puede verse en mi artículo “Una codificación ius internacional privatista para México; los trabajos para conformarla”.

⁴ Se publicó en la *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, vol. 20, México, 2006.

Recurrir al pluralismo metodológico⁵ nos permitió llevar al proyecto diversos enunciados propios de Derecho material que tuviesen una vocación internacional, así como aquellas prescripciones imperativas y de extensión que impusieran una solución en la legislación interna. En el caso de normas uniformes, que solo operan en los tratados, se estimó como necesario incluirlas y, en su caso regularlas internamente. Hicimos algo semejante con los enunciados establecidos en las leyes modelo (*v.gr.*, leyes modelo sobre arbitraje, comercio electrónico, contratación pública, etcétera).

En cuanto a la receptación de tratados nos hemos acostumbrado a reglamentarlos, cuando lo hemos hecho, es decir, mediante una técnica de incorporación material. Nuestra tradición no ha tendido a la incorporación por referencia o incorporación formal, salvo casos muy excepcionales.⁶ No obstante, no hay nada que se oponga a emplear ambas técnicas.⁷

Respecto a las experiencias habidas en leyes extranjeras y tratados internacionales nos pareció necesario tomarlos en cuenta, pero sin mexicanizar las leyes de otros países, por lo que fue necesario, luego de revisar su viabilidad, adaptarlos a nuestro sistema, es decir, no estimamos admisible copiar, solo por copiar (no adoptar, sino adaptar). Una de las razones es que la mayoría de las leyes de DIPr extranjeras provienen de países con un sistema más centralista, lo que no necesariamente funcionan para el mexicano por entero. El hecho de que afirmemos que somos internacionalistas no nos restó un mínimo de respeto a nuestra idiosincrasia y mexicanidad, que no quiere decir lo mismo que somos nacionalistas exagerados, ciegos y chauvinistas. No se trató solo de abrir las puertas, debíamos saber cómo y estar conscientes de las consecuencias.

Otro aspecto que tomamos en cuenta, fue que no era a partir de textos y problemas extranjeros por donde debíamos comenzar, sino a partir de nuestros problemas, de nuestras experiencias, obviamente, sin olvidar las experiencias que nos puedan brindar el derecho y la legislación comparada. Nuestra jurisprudencia

⁵ Con el pluralismo metodológico se afirma que las normas de conflicto no son las únicas que tratan o se enfoca a resolver un problema de tráfico jurídico internacional. Pues, además de las conflictuales, forman parte del DIPr las normas materiales, incluidas las imperativas (*lex imperativa*). En consecuencia, el tratamiento de los problemas de tráfico jurídico internacional se inclina a favor de diversos métodos.

⁶ Por ejemplo, una cláusula de incorporación formal o por referencia, cito el caso del art. 405, d, del Cc de Durango que prescribe que “la adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional. Esta adopción se registrará por la Convención sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional”. Su legislador solo remite al tratado.

⁷ En el caso de tratados o convenios internacionales hemos preferido repetir lo que ellos dicen y pasar a reglamentarlos. Esto, es posible que se esté haciendo por la razón de que nuestros jueces carecen de la cultura de consulta al texto de convenios internacionales. Lo que debe de hacer el proyecto que nos proponemos es acercar lo más posible el enunciado internacional a nuestros jueces.

cia y nuestros jueces, a veces tan criticados, créamelo, son el espejo de nuestros problemas. Son ellos los que nos dicen qué está ocurriendo, aun cuando podamos estar en desacuerdo con algunas de sus decisiones.

2. Áreas a codificar

Nuestra meta al codificar se escindió en diversos apartados relacionados con los siguientes problemas: a) del Derecho comercial internacional, b) del Derecho procesal, c) del Derecho de personas, familia y sucesiones, d) del Derecho laboral, civil, y otros más.

Cada uno de estos apartados exigió una metodología específica, toda vez que presentaban una complejidad específica para su estudio y codificación. No en todos caben respuestas que respondan a una uniformidad internacional. Esto supuso una inteligencia especial para cada tema.

Algunos apartados ya llevaban una delantera legislativa respecto de otros, tal fue el caso de la regulación comercial. La civil se encontraba prácticamente abandonada; tal era el caso de aspectos relacionados con personas, matrimonio, patrimonio matrimonial, divorcio, alimentación, derecho de visita, sustracción de menores, sucesiones, etc. El apartado laboral, como hasta la fecha, nada se encuentra previsto.

3. Niveles de codificación

De los diversos niveles de codificación que se pueden implementar en el DIPr solo nos preocupamos por uno: el interno. El convencional internacional no fue parte de esta ley modelo. Nuestro objetivo se circunscribió a proponer textos de fuente interna. Paralelamente la AMEDIP ha abordado la temática relacionada con la regulación del derecho interestatal (entre entidades federativas). Pero en este caso se decidió que más que formar parte de un código de derecho internacional privado debería de apegarse (en lo que corresponda) a la ley o leyes reglamentarias del art. 121 constitucional. Esto es, este apartado amerita otro tipo de ley.

En el punto relacionado con los niveles de codificación del derecho interno no perdimos de vista el margen o límites a tomar en cuenta para nuestro trabajo. Yo estimé que podían considerarse tres niveles:

i) Regulación en la que se solo alojasen reglas generales de DIPr, algo que ha venido ocurriendo en varios países desde hace muchos años y que, incluso, fue la labor de nuestros legisladores de 1987–88.

ii) Regular en forma general y especial diversas instituciones jurídicas, entre otras, personas, familia, proceso, comercio. Este nivel supone un mayor detalle que el primero.

iii) Regular con mayor especificidad y amplitud todo tipo de supuestos de tráfico jurídico internacional, lo que significa regular por entero todo lo relacionado con actividades internacionales en un solo cuerpo normativo. Así, por ejemplo, dejaríamos para este nivel la regulación de los convenios internacionales, como podrían ser adopción internacional, sociedades, inversión extranjera, exportación de mercancías, comercio internacional. Se trata de una vía que hasta ahora no ha seguido ninguna de las leyes de DIPr que existen en el mundo.

Nos pareció que el nivel de codificación para México debía centrarse en el segundo nivel y dejar a otras leyes especiales aspectos que, aunque internacionales, también sean similares para las relaciones de tráfico jurídico interno. No pensamos como necesario subsumir en una sola ley (la del tercer nivel) lo que ya establecían otras leyes, como las relacionadas con la inversión extranjera, el comercio internacional, el arbitraje comercial internacional, etc., leyes amplias y con cierta tradición, que de llevarse a una ley, abriría las puertas para aquellos que están en contra de ellas, politizando nuestro proyecto.

4. Tipo de codificación

Independientemente del nivel de codificación elegida, la interna ha sido llevada en varios lugares del mundo a los códigos civiles. En estos, ya sea en forma desperdigada, en un lugar especial o como ley introductoria, se han incrustado prescripciones propias del DIPr. El Código civil español es una muestra de este tipo que aún perdura.

Otra forma de codificar el DIPr de fuente interna ha consistido en llevar a cuerpos normativos autónomos la normatividad de DIPr. De entre los que sobresalen están la Ley italiana de DIPr, la Ley austriaca de DIPr, el Código Belga de DIPr, la Ley de Japón sobre DIPr, la Ley Suiza sobre DIPr, la Ley Venezolana de DIPr, la Ley de Ucrania de DIPr, etc.

Se trata de cuerpos normativos proyectando sus propias características, ya sea de conexión con la ley nacional o la domiciliar, acogiendo las experiencias de La Haya o agregando las de CIDIP, como en la región interamericana.

En México no cabría la posibilidad de una única ley para todo el país. Como estado federal que es, hay supuestos normativos que le competen al gobierno federal y, otros, que le competen al gobierno de cada entidad federativa. Al gobierno federal le competen asuntos como el comercio internacional, los títulos de

crédito, la inversión extranjera, las relaciones de trabajo, incluidos sus aspectos procesales y competenciales. Pero al lado de una ley federal, caben otras 32 más, una para cada entidad federativa, regulando aspectos relacionados con personas, familia, sucesiones, bienes y derechos reales, proceso atinente a estas materias, etcétera.

Hubiera sido difícil en nuestro proyecto separar las prescripciones de corte federal y las que le competen a las entidades federativas, ya que varias de ellas (las del modelo) valen para uno y otro nivel, como en el caso de la regulación procesal, aunque hay otras que solo corresponden a lo federal, como en el caso de cuestiones comerciales y laborales y, otras, que solo van para la legislación local, como lo relacionado con familia.

En realidad, es difícil e inconstitucionalmente imposible elaborar una única ley para para todo México. Fue más factible elaborar una ley modelo para todas las entidades, esto es, un medio que les permitiera adoptar e introducir disposiciones similares en cada una, respetando su autonomía legislativa. Una especie de código de DIPr uniforme que las entidades federativas vayan adoptando acorde a sus necesidades. Luego, las posibilidades que teníamos eran o elaborar un proyecto que regulara las áreas federales y un proyecto para cada entidad federativa; o, elaborar un único proyecto que contuviera recomendaciones, a manera de ley modelo que sirviera para las esferas local y federal.

Esto último fue lo que elegimos. A partir de esta Ley modelo el siguiente paso será elaborar los proyectos de ley para cada entidad federativa, en la que se adecúen las sugerencias de la ley modelo. Pero esto último no es el objetivo que por ahora nos compromete.

5. Tipo de enunciados

Para construir esta Ley Modelo partimos de la premisa de que en el tipo de enunciados a codificar debía tomarse en cuenta la cultura jurídica mexicana y sus posibilidades de cambio. Por lo anterior, en nuestras propuestas procuramos:

- Claridad en la precisión del supuesto normativo de la norma, especialmente la conflictual.
- Que auxilien a calificar esos supuestos normativos.
- Precisar el poder o competencia del Estado mexicano (no indicando cuál es el tribunal competente internamente), sino solo la competencia internacional. Aclarando, a la vez, las competencias exclusivas del Estado mexicano y las excluyentes (cuando no es competente). Entendemos que la técnica de estas disposiciones solo ha de ser unilateral.

- Precisar con claridad las hipótesis en que ha de recurrirse al Derecho extranjero y los límites hasta los que ha de tomarse en cuenta. Si se trata de normas conflictuales, mencionar, al menos, en su caso, el orden designado para la forma, la capacidad, el fondo.
- Precisar los supuestos normativos en que interviene la autonomía de la voluntad, en especial, la autonomía de la voluntad conflictual, y cubrir aquellos espacios residuales o supletorios.
- Referir los casos y mecanismos para reconocer los actos y supuestos extranjeros. El punto debe centrarse en la producción de efectos, no en regular su validez formal.

El documento que elaboramos no fue precisamente un proyecto de lo que es una ley, tal y cual ha de ser sometida a un congreso. Ya expliqué que el material que conformamos puede ser de la competencia del Congreso de la Unión (una ley federal) o de las entidades federativas, esto es, el congreso o asamblea de cada entidad federativa. Como ley modelo que diseñamos, solo nos interesó presentar una guía o patrón que puedan seguir los correspondientes legisladores.

Lo anterior es una razón por la que algunos de los enunciados proyectados pueden tomarse en cuenta tanto para una ley federal como para la de cada entidad federativa. Los legisladores de ley federal podrán tomar del modelo aquellas disposiciones que se acomoden a la esfera federal, mientras que los legisladores de una ley estatal (la de una entidad federativa) podrán tomar en cuenta lo que les interese.

Entendemos que una ley modelo, como esta, procura tomar en cuenta diversos aspectos o supuestos normativos, presentar las experiencias habidas en México y en otros lugares y tiempos, corregir errores habidos, modernizar las soluciones, procurar la armonía entre las diversas leyes mexicanas y frente a las extranjeras, proporcionar instrumentos a cada uno de los legisladores al momento de emitir sus leyes, etc.

Como ley modelo para las entidades federativas la propuesta resulta flexible, no solo porque sus legisladores pueden tomar del proyecto lo que más les interese, sino, también, porque pueden llevarlo a una ley especial o a un Código civil, de lo familiar o procesal. Aquí no quisimos insistir en que tiene que ser una ley única (un único cuerpo regulador), ya que en varias entidades federativas aún se carece de conciencia por la regulación internacional, a pesar de que constitucionalmente están facultadas. Tampoco pensamos en conformar una ley uniforme.

Hemos preferido presentar el documento en forma de artículos, numerados, con el fin de hacer un tanto más explícita la propuesta, a la vez, para fijar un medio para hacer referencia al punto propuesto.

6. *Enfoque seguido*

Uno de los grandes problemas para quienes elaboran una codificación estriba en que, a pretexto de la seguridad jurídica, suelen diseñar sus enunciados encerrando al aplicador para que obre conforme a criterios estrechos y reducidos. En estos casos, como se afirma en la filosofía del derecho, la justicia se subordina a la seguridad o se anula. El caso es que la rigidez en la codificación, en lugar de propiciar mejores resoluciones, suele producir resoluciones injustas. Un nivel ponderado debe ser la media que guíe a quienes proyectan reformas.

Tampoco el casuismo es el recurso a tomar en cuenta en la regulación, ni a recurrir a textos rígidos que encierren al juez entre cuatro paredes para que obre como robot, sin conciencia ni inteligencia. En el ámbito internacional, especialmente en la normatividad conflictual, es mejor recurrir a normas flexibles, que le permitan al juez ponderar su decisión, especialmente, que lo obliguen a razonar.

En el caso de los llamados puntos de conexión nos decidimos por tomar en cuenta puntos flexibles y alternativos, al menos, en algunos supuestos. Una de las experiencias importantes que nos ha dado la llamada Revolución conflictual estadounidense ha sido la afirmación de que con los puntos de conexión fijos se prohíja un “salto al vacío”, algo que debe ser cuidado. Creo que nuestros jueces están capacitados para un cambio a este tipo de políticas.

Introducir puntos de conexión sin ton ni son, solo para abrir el país y presumir de una apertura, no solo sería inconveniente, sino imprudente. Es necesario reflexionar sobre cada punto, sobre todo, sobre cada orden jurídico a ser incorporado al propio.

Tampoco creo que nuestro cometido sea el de introducir enunciados legales que necesariamente tengan que unificar nuestros textos con los extranjeros teniendo como sola y exclusiva mirada la unificación. Es necesario, en estos casos, procurar la unificación cuando se pueda unificar, pero cuando no sea posible, hay que hacer el esfuerzo por establecer mecanismos que permitan la armonización. Soy de la idea de que, como resultado de los estudios de la sociología jurídica y de la antropología jurídica, no es posible considerar la igualdad normativa en todo el mundo.

Aunque las expresiones jurídicas deben ser claras y de ser posible, lo más universales posibles, los textos ambiguos elegidos deben ser apropiados. La Teoría del lenguaje jurídico ha puesto en claro que los textos ambiguos no necesariamente han de ser excluidos; por el contrario, tratándose de aspectos o situaciones conflictivas, donde los hechos o regulaciones sean desconocidas, es mejor apelar a la ambigüedad del texto (Bobbio, Atienza). Esto permite la flexibilidad en la toma de una decisión que debe ser apoyada en los principios generales que

animan al orden jurídico mexicano, especialmente los de interpretación de los enunciados legislados.

Tal vez el punto de mayor importancia en la filosofía que presidió los trabajos, fue la armonía de órdenes jurídicos en el contexto de los valores de justicia y seguridad.

V. Resumen del Primer Proyecto

En fin, el primer proyecto de Ley Modelo que elaboramos puede resumirse con algunos de sus elementos. Quedó dividido en once grandes apartados, algunos más grandes que otros, pero que, de alguna forma, se enfocaron a una materia o contenido específico. Los contenidos acogieron la lluvia de ideas que se presentaron por los miembros de la AMEDIP, con los ajustes y adiciones que expliqué. Se trata de I. Disposiciones generales, II. Derechos de la personalidad, III. Protección de menores, IV. Derechos de familia, V. Bienes y derechos reales, VI. Sucesión por causa de muerte, VII. Obligaciones, VIII. Obligaciones contractuales y extracontractuales, IX. Relaciones laborales, X. Títulos de crédito, XI. Actividad procesal. El documento agrega un punto XII, que corresponde a sugerencia de modificaciones a otras leyes.

En las Disposiciones generales, comprendemos lo que puede llamarse normas generales. Aquí agrupamos todas aquellas propuestas que se reiteraron en cada una de las propuestas que recibimos. Se agregó un artículo sobre interpretación, que sabemos que es novedoso; otro sobre vinculación a sistemas plurilegislativos, inexistente hasta ahora en México; se hicieron precisiones sobre el domicilio y se reiteraron algunas disposiciones ya existente, a las que solo se les hizo algún ajuste.

En los Derechos de personalidad comprendimos el nombre de la persona, la emancipación, así como la desaparición, declaración de ausencia y fallecimiento.

El apartado sobre Protección de menores incluimos diversos apartados, entre ellos, filiación, legitimación y reconocimiento, adopción de menores, tutela, curatela e instituciones de protección de los incapaces, manutención y alimentos, integración del menor a su familia. En cada uno de estos se procuró adoptar las posiciones ya establecidas en el derecho convencional internacional, especialmente de CIDIP, La Haya y algunos convenios sobre derechos humanos, tendencias que hasta ahora poco han sido receptadas por la legislación interna.

En Derechos de familia, que es uno de los apartados más amplios, por el número de disposiciones, abrimos un capítulo especial para generalidades, y luego nos fuimos refiriendo al estado civil, el matrimonio, incluido los esponsales, el matrimonio mediante apoderado, las relaciones entre los cónyuges, el matrimo-

nio consular, el reconocimiento del matrimonio contraído en el extranjero, el régimen patrimonial y económico del matrimonio, el concubinato y otras formas de convivencia, el divorcio o separación, la nulidad del matrimonio, así como ciertas donaciones entre cónyuges. En todo este apartado se tomó en cuenta la experiencia habida en el poder judicial mexicano, especialmente el tipo de problemas que se han presentado, y, aun cuando las resoluciones judiciales han sido contradictorias, en el proyecto presentamos una propuesta única para cada problema, y en algunas cuestiones, nos encargamos de hacer definiciones o algo parecido, para guiar a los operadores jurídicos.

Los bienes y derechos reales han sido uno de los problemas con los que se han enfrentado nuestros tribunales. Aquí comprendimos la regulación sugerida para los bienes inmuebles, los derechos reales sobre bienes muebles, incluidos los corporales y los incorporales. Los debates que en el interior del país se han presentado sobre estos supuestos normativos nos llevaron a tomar una línea que procura armonizar los criterios internos y las respuestas que se puedan tener frente a los problemas internacionales. En especial, la confusión que se tiene entre varios de nuestros jueces de que todo aquel asunto que se refiera a bienes es o debe ser tratado como si se tratase de derechos reales, lo hemos clarificado.

El capítulo relacionado con la Sucesión por causa de muerte es novedoso en el DIPr mexicano, sobre todo, por el territorialismo que lo ha perneado y, como dije, porque al comprender bienes, siempre se ha tratado, por algunos autores y jueces que se aplique la ley del lugar de la ubicación. Se trata de otro de los capítulos amplios que contiene una serie de disposiciones generales, obligaciones de las autoridades mexicanas, deudas hereditarias, testamento extranjero, testamento consular, testamento militar, testamento marítimo u otorgado en aeronave. Aunque algunos temas ya se encuentran en el derecho convencional internacional mexicano, como es el caso del testamento consular, nada se indica en la codificación interna. Se agrega, y aquí parecerá raro, el testamento militar, que a sugerencia de unos de los miembros de la comisión, se cambió a testamento del combatiente. En cuanto al marítimo, el caso es que en cada ley de cada entidad se hacen regulaciones sobre el mismo, que nos condujeron a armonizar estas reglas.

Las obligaciones y contratos son tratadas en dos capítulos, comprendiendo algunas reglas generales y algunas otras especiales. Para el primer proyecto estimamos que era necesario hacer una revisión, puesto que en el proyecto quedaron algunas repeticiones. Las obligaciones extracontractuales para lo internacional es un tema novedoso para México, pero introdujimos algunas sugerencias.

La actividad laboral, es un tema difícil de regular, dado que los laboristas mexicanos, así como los sindicalistas, se han opuesto a toda reforma, a pretexto de

evitar toda intromisión extranjera. Ni siquiera la actual Ley del Trabajo alude o contiene disposiciones conflictuales y permanece siguiendo un criterio esencialmente territorial. En el proyecto se agregaron algunas sugerencias para la reforma.

En el caso de los títulos de crédito hemos tenido más experiencia. Parte de la propuesta incluida en el proyecto, ya se encuentra en la Ley de Títulos de Crédito. No obstante, hemos adicionado algunos aspectos llevados al derecho convencional internacional.

La actividad procesal corresponde a otro de los capítulos amplios. Durante muchos años he trabajado este tema. En las propuestas recibidas solo se contenían ideas que, al final, en la primera versión del proyecto fueron reacomodadas por completo. No es mucho lo que en el ambiente judicial mexicano se advierte sobre el tema. La mayor parte de las propuestas han sido tomada de diversos convenios internacionales, donde hemos acomodado el orden jurídico regulador del proceso, las reglas a seguir sobre la competencia de las autoridades mexicanas, especialmente la competencia internacional, el reconocimiento de la competencia asumida por las autoridades extranjeras, aspectos procedimentales, como son los medios preparatorios a juicio en el extranjero, notificaciones y emplazamientos, ejercicio profesional, igualdad de trato, obligación de demandar. Aunque de alguna manera estos aspectos están relacionados con cooperación al proceso, hay un capítulo especial para este, en el que se toman en cuenta los exhortos o cartas rogatorias internacionales, algunos otros medios especiales de cooperación, y el tema del reconocimiento de laudos y sentencias extranjeras.

En fin, aunque parecen muchos los artículos, el caso es que cuando sean llevados a una ley, el número bajará en forma increíble, dado que solo debe tomarse en cuenta lo que le compete a ese legislador, asuntos federales o locales.

VI. Segundo Proyecto

Han transcurrido poco más de siete años con la primera versión del proyecto. En lo personal he trabajado con este proyecto, especialmente en las áreas general, familiar y procesal. Gran parte, revisando repeticiones, haciendo ajustes terminológicos, tomando en cuenta algunas decisiones judiciales de importancia.

Con mayor formalidad iniciamos el segundo proyecto a finales de 2013 ante la necesidad de hacer adecuaciones del proyecto a la temática legislada. Gran parte relacionada con modificaciones a la constitución y algunas leyes internas, por ejemplo las relativas a derechos humanos, derecho de propiedad en zonas fronterizas. Otra parte, para hacer presiones a supuestos específicos ya establecidos.

El Dr. Pereznieto ha sugerido cambios en el renglón de las obligaciones y los contratos, aquella parte que había quedado pendiente en el primer proyecto. Las novedades habidas en el derecho de familia nos llevaron a invitar a M^a Virginia Aguilar, que ha trabajado ampliamente ante los tribunales judiciales sobre estos temas, para que nos auxiliara. Su labor, en gran medida, ha sido de revisión de lo establecido en primer proyecto y precisiones al mismo. Aunque no hemos concluido esta segunda versión, ni ha sido publicada, hemos hecho algunas adecuaciones, reenumerar artículos, suprimir repeticiones y hacer reubicaciones. Pensamos que aún nos falta la revisión de otros aspectos. Pronto se dará a conocer todo el documento con invitación a presentar sugerencias de adecuaciones. Por lo pronto, en esta segunda versión que se prepara puedo listar los siguientes aspectos que son tomados en cuenta:

Dependiendo de las tecnologías empleadas entre exhortante y exhortado, podrá recurrirse a videoconferencias para la realización de los actos procesales. Se incorpora el expert witness of law (art. 5, b, ii). Se debe resolver en forma oficiosa toda cuestión sobre competencia, permitiéndoseles a los interesados coadyuvar con el juez (art 150). La autoridad judicial mexicana que reciba un exhorto proveniente del extranjero y estime que no es competente por razón del lugar, retransmitirá el exhorto a la autoridad mexicana que estime competente para que prosiga con la solicitud, debiendo avisar al exhortante del nuevo destinatario. Tratándose de abogados extranjeros se les reconocerá el derecho a ejercer su profesión en los procedimientos de cooperación internacional, siempre y cuando el juez u autoridad extranjera se la hubiere reconocido.

Se hizo un enroque en dos apartados: Relaciones laborales y Títulos de crédito, para que uno preceda a otro, en sentido diverso como estaba en la primera versión.

Otro de los objetivos en curso consiste en procurar reducir el número de artículos propuestos.

VII. Lo que esperamos

Estamos conscientes de que el proyecto que venimos trabajando corresponde a una actividad que no es meramente jurídica, toda vez que envuelve cuestiones propias de política legislativa; no obstante, procuramos favorecer opciones adaptables al medio. El segundo proyecto o versión está en desarrollo y esperamos pronto concluirla.

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO NICARAGÜENSE ANTE EL PROYECTO DE LEY MODELO DE LA OHADAC *.

Enrique LINARES RODRÍGUEZ **

SUMARIO: I. Introducción. II. Breve descripción de la situación política, social y económica nicaragüense. III. Pertenencia a sistemas de integración. IV. Sistema de Derecho internacional privado: 1. Líneas generales. 2. Competencia judicial internacional. 3. Determinación de la ley aplicable. 4. Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. V. Proyecto de Ley Modelo de la OHADAC. VI. Conclusiones.

RESUMEN: Las principales normas del sistema nicaragüense de Derecho internacional privado se encuentran dispersas en distintos códigos internos de principios del siglo XX, que conviven y pueden verse desplazados por los escasos Convenios internacionales que en materia de Derecho internacional privado ha suscrito Nicaragua. La configuración del sistema y sus principales postulados resultan insuficientes para dar una respuesta articulada y uniforme a los problemas actuales de tráfico jurídico externo. Esto, junto a las expectativas de crecimiento comercial y económico de Nicaragua, hacen que el país sea uno de los mejor situados en el Caribe para adoptar la Ley Modelo de la OHADAC como como referente y guía para la configuración de su sistema de Derecho internacional privado.

PALABRAS CLAVE: NICARAGUA–OHADAC–LEY MODELO–DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

ABSTRACT: *The Nicaraguan system of Private International Law is dispersed throughout different internal codes of the early twentieth century, which could be substituted by the few international Conventions on Private International Law to which Nicaragua has subscribed. The system's configuration and its main statements are insufficient to give a uniform and coordinated response to the current problems of the external legal traffic. This, combined with the expectations of growth in trade and investment in Nicaragua, make the country one of the best situated in the Caribbean to adopt the OHADAC's Model Law as reference for its system of Private International Law.*

KEYWORDS: NICARAGUA–OHADAC–MODEL LAW–PRIVATE INTERNATIONAL LAW.

* Este estudio es la versión escrita de la comunicación presentada en Madrid, en el VIII Seminario internacional de Derecho Internacional Privado organizado por la Universidad Complutense de Madrid, los días 8 y 9 mayo 2014.

** Becario predoctoral de investigación. Universidad Complutense de Madrid.

I. Introducción

El pasado 17 enero 2014 tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid la reunión de trabajo de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC, por sus siglas en francés). El objetivo principal de esta reunión fue coordinar la elaboración y los principales lineamientos de un proyecto de Ley Modelo de Derecho internacional privado en el área del Caribe. Para la realización de esta ambiciosa empresa, era necesario contar previamente con estudios sobre los distintos sistemas de Derecho internacional privado (DIPr) de los Estados de la región, y así lo manifestó unánimemente el panel de expertos. La realización de estos estudios, elaborados en su mayoría por especialistas de los países caribeños, permitió que el actual proyecto de Ley Modelo de Derecho internacional privado de la OHADAC¹, tuviese en cuenta la realidad jurídica de aquellos Estados a los que en definitiva, estaba dirigido.

El presente trabajo, como parte de esos estudios previos, realiza un análisis del sistema nicaragüense de DIPr, y pone de manifiesto sus principales características en los sectores de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones. Se realiza además, un esbozo de la realidad político-social nicaragüense y de los distintos sistemas de integración a los que pertenece la mayor de las repúblicas centroamericanas, lo cual permite conocer el porqué de gran parte de su normativa y deja entrever la necesidad de reformas concretas en su sistema de DIPr, adaptadas a las nuevas circunstancias.

El sistema nicaragüense de DIPr no cuenta con una norma especial que abarque la materia, o al menos una parte sustancial de la misma, sino que sus principales postulados se encuentran dispersos en códigos internos que datan de principios del siglo XX. A su vez, la normativa interna puede verse desplazada por lo escasos Convenios internacionales suscritos por Nicaragua en materia de DIPr. Esta dispersión normativa y el empleo de criterios muchas veces desfasados e incompletos, resultan inadecuados para dar una respuesta articulada y uniforme a las cuestiones de tráfico jurídico externo. Todo lo cual, junto a las expectativas de crecimiento comercial y económico de Nicaragua, hacen que el país sea uno de los Estados del Caribe mejor situados para adoptar la Ley Modelo de la OHADAC como como referente y guía para la configuración de su sistema de DIPr.

¹ Presentado el día 9 mayo 2014 en Madrid por la Presidenta de la Asociación ACP Legal, en el marco del VIII Seminario internacional de Derecho Internacional Privado. <http://s450607662.mialojamiento.es/wp-content/uploads/2014/05/LEY-MODELO-2014.pdf>.

II. Breve descripción de la situación política, social y económica nicaragüense.

Para comprender mejor el sistema jurídico y las instituciones de un Estado, es preciso conocer, aunque sea someramente, la situación política, social y económica del país en cuestión. En el caso concreto de Nicaragua, estas circunstancias a menudo explican las particularidades del ordenamiento jurídico y en concreto, del sistema de DIPr, donde la mayoría de los Convenios internacionales versan sobre la protección de menores, sin duda, uno de los grupos más vulnerables en la nación centroamericana. Por extensión, Nicaragua es la mayor de las repúblicas centroamericanas y cuenta con más de seis millones de habitantes². Se configura como un Estado laico, de gran diversidad étnica y cultural, donde confluyen poblaciones indígenas, europeas y africanas.

El marco político y jurídico vigente en la república centroamericana es resultado, en buena parte, de las transformaciones operadas en el orden institucional a raíz del triunfo del movimiento revolucionario liderado por el Frente Sandinista de Liberación Nacional (en lo sucesivo, FSLN) que llegó al poder en 1979. La Constitución fue promulgada en 1987³ y reformada sucesivamente en cuatro ocasiones, coincidiendo con la alternancia de gobiernos. En noviembre del año 2006 el FSLN retomó el poder y su actual Gobierno (reelegido en 2011), ha ejecutado amplias reformas que han logrado la estabilidad macroeconómica del país.

Aunque Nicaragua aún constituye uno de los Estados más pobres de América Latina⁴, en los últimos años la nación ha experimentado un aumento sin precedentes en diversos sectores de su economía como el textil, los servicios, el turismo o las energías renovables. En este crecimiento, además de los esfuerzos de los nicaragüenses, ha jugado un importante papel la inversión extranjera directa (IED), que representa el porcentaje más alto de la región centroamericana en relación con el producto interno bruto (PIB)⁵. En el año 2012 la IED significó la entrada al país de \$1.284 millones de dólares estadounidenses, cifra equivalente

² Según datos proporcionados por el Instituto Nicaragüense de Estadísticas y Censos, a fecha 30 junio 2012 el Estado tenía una población de 6.071.045 habitantes.

³ *Gaceta*, n° 94, 30 abril 1987.

⁴ El 42,7% de su población vive por debajo del límite de pobreza, según datos de la Fundación Internacional para el Desafío Económico Global (FIDEG) para el año 2012. La lucha contra esta pobreza y la de carácter extremo (aproximadamente el 7,6 %), es uno de los principales objetivos del Estado nicaragüense.

⁵ Informe *Doing Business in Nicaragua*, presentado por el Ministerio de fomento, industria y comercio, la Cámara de Comercio de EE.UU en Nicaragua (AMCHAM) y la agencia Pronicaragua, años 2013-2014.

al 12,2% del PIB de la nación y al año siguiente esta cifra ascendió a los \$1.500 millones, representando el 13,5 % del PIB nicaragüense; mientras, la media de la región se sitúa aproximadamente en el 5 % del PIB. A mediados del 2013, a través de la “Ley Especial para el Desarrollo de Infraestructura y Transporte Nicaragüense, Atingente al Canal, Zonas de Libre Comercio e Infraestructura Asociados”⁶, el gobierno estableció una concesión por 50 años a la empresa de origen chino *HK Nicaragua Canal Development* para construir, desarrollar y operar un canal interoceánico en Nicaragua que uniese el Océano Pacífico con el Atlántico, un proyecto de enorme magnitud, con un coste estimado de \$40.000 millones de dólares estadounidenses.

Este aumento de las inversiones y del comercio en la República de Nicaragua, así como de los flujos migratorios, son elementos que propician un aumento de las relaciones jurídicas con elemento de extranjería, relaciones que cada vez son más complejas y que demandan, como veremos, una actualización del sistema de DIPr nicaragüense a las nuevas circunstancias.

III. Pertenencia a sistemas de integración

La particular situación geográfica de Nicaragua, situada en el medio del istmo centroamericano, entre el Mar Caribe y el Océano Pacífico, hace que este país sea susceptible de participar en distintos sistemas de integración regional. En consecuencia, Nicaragua forma parte de los siguientes:

i) Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), organización internacional de carácter regional, con sede en el Salvador. Fue creada el 13 diciembre 1991 en el marco de la XI Reunión de Presidentes Centroamericanos que tuvo lugar en Tegucigalpa (Honduras). Los Estados fundadores son Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Posteriormente se han adherido como miembros plenos Belice y la República Dominicana.

ii) Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América– Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA–TCP). Iniciativa promovida por Venezuela como alternativa al Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA) que en su momento impulsó Estados Unidos. Con sede en Caracas, actualmente el ALBA está integrada por Venezuela, Cuba, Bolivia, Nicaragua, Mancomunidad de Dominica, Antigua y Barbuda, Ecuador, San Vicente y Las Granadinas, Santa Lucía y Surinam. Nicaragua se adhirió al ALBA el 11 enero 2007.

⁶ Ley No.840, *Gaceta* No. 110, 14 junio 2013.

iii) Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC), integrada por todos los Estados independientes de América Latina y el Caribe, que en la actualidad ascienden a 33 miembros. La organización quedó formalmente constituida en la III Cumbre de jefes de Estado y de Gobierno de la CALC⁷, celebrada en Caracas los días 2 y 3 diciembre 2011, en la que estuvo presente la República de Nicaragua. La CELAC, por voluntad expresa de sus miembros, carece de órganos administrativos y las decisiones se adoptan por consenso. La instancia suprema del organismo es la Cumbre de jefes de Estado y de Gobierno, que se reunirá anualmente en el país que ostente la presidencia. La II Cumbre CELAC tuvo lugar en La Habana los días 27 y 28 enero de 2014. Costa Rica ha sucedido a Cuba en la Presidencia *pro tempore* de la CELAC.

iv) Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Organismo que propicia la creación de un área de preferencias económicas en la región, con el objetivo final de lograr un mercado común latinoamericano. Surge del Tratado de Montevideo de 1980, como resultado de la reorganización de la antigua ALALAC (Asociación latinoamericana de libre comercio). La ALADI se auto-define como el mayor grupo latinoamericano de integración económica, del cual forman parte trece Estados, a saber: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. La adhesión de la República de Nicaragua a la ALADI fue aceptada en la Reunión del Consejo de Ministros de 11 agosto 2011, sin embargo, la república centroamericana aún no es miembro de pleno derecho de este organismo, y se encuentra dando cumplimiento a las condiciones preestablecidas al efecto.

Nicaragua ha suscrito varios Tratados comerciales, a saber: (i) el Tratado General de Integración Económica con Centroamérica (1962), (ii) el Tratado de Libre Comercio con México (1998) y (iii) el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos de América (conocido como CAFTA–DR, por sus siglas en inglés)⁸. También ha firmado Acuerdos de libre comercio e intercambio preferencial con Panamá, Colombia y Taiwán. En la actualidad, existen otros tres Tratados en negociación: Tratado Centroamérica– Chile, Tratado Centroamérica– Canadá y Tratado Centroamérica –Panamá

En el ámbito de la inversión extranjera, Nicaragua ha suscrito un total de 18 acuerdos bilaterales de protección y promoción de las inversiones. Entre ellos se

⁷ Cumbre de América Latina y el Caribe.

⁸ El Congreso nicaragüense aprobó el 10 octubre 2005 la ratificación del CAFTA–DR con los votos en contra del FSLN que en aquel momento estaba en la oposición. Con la llegada al poder del FSLN, el Presidente Daniel Ortega se ha pronunciado en contra del Tratado.

encuentran los firmados con Chile, Dinamarca y Estados Unidos en 1995, con Alemania y Reino Unido en 1996, con Argentina, Suiza y Francia en 1998, con El Salvador y Suecia en 1999 y con Ecuador, República de Corea, y Holanda en el 2000. Con España la nación centroamericana también ha suscrito un APPRI, en vigor desde el 28 marzo 1995.

Nicaragua es parte, desde 1995, del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, por el cual se crea el CIADI⁹, y desde el año 2003 forma parte también de la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional.

La República de Nicaragua es miembro de la Organización de las Naciones Unidas desde su fundación en 1945 y de la OMC desde el 3 septiembre 1995. El Estado centroamericano también forma parte del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), del Movimiento de Países No Alineados y de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). A nivel regional, Nicaragua pertenece a la Organización de Estados Americanos (OEA) y a otros organismos como la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura; la Organización Panamericana de la Salud (OPS) o la Unión Postal de las Américas, España y Portugal (UPAEP), así como del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), de la Corte Centroamericana de Justicia y del Mecanismo Permanente de Consulta y Concertación Política del Grupo de Río.

Por último, es importante destacar que en el marco de las relaciones con la Unión Europea, Nicaragua ha sido parte de los Acuerdos alcanzados entre esta organización de integración regional y el conjunto de los países de Centroamérica, a saber: (i) el Acuerdo Marco de Cooperación para América Central de 1985, (ii) el Segundo Acuerdo Marco de Cooperación de 1993, y (iii) el Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación de 2003. Actualmente, las relaciones institucionales entre ambas regiones se enmarcan en el Acuerdo de Asociación Unión Europea–Centroamérica (UE–CA). Este último acuerdo se firmó el 29 junio 2012, en la cumbre del SICA que tuvo lugar en Tegucigalpa, y constituye en esencia, un marco jurídico contractual que abarca tres pilares: comercio, diálogo político y cooperación. La República de Nicaragua ha sido el primer país centroamericano en ratificar el acuerdo, que se encuentra en vigor desde el 1 agosto 2013. Sin embargo, hasta que los 28 Estados miembros de la Unión Europea no finalicen los procedimientos de ratificación, únicamente es aplicable entre las partes el pilar comercial del acuerdo.

⁹ Aunque Nicaragua anunció en mayo de 2007 en el marco del ALBA que denunciaría el Convenio del CIADI, lo cierto es que aún no ha comunicado al Centro tal denuncia.

IV. Sistema de Derecho internacional privado

1. Líneas generales

El sistema nicaragüense de DIPr es de base legal. No cuenta con una ley especial que recoja la materia, o al menos gran parte de ella, sino que sus principales postulados en los sectores de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones, se encuentran dispersos en distintos códigos internos, concretamente (i) en el Código civil¹⁰, aprobado el 1 febrero 1904, con una gran influencia del Código civil argentino de 1869, y (ii) en el Código de procedimiento civil, que comenzó a regir en la república centroamericana el 1 enero 1906, y en su elaboración sirvieron de modelo las leyes de enjuiciamiento civil españolas de 1855 y 1881, así como el Código de procedimiento civil chileno de 1902.

Esta normativa interna convive, y puede verse desplazada por los Convenios internacionales que en materia de DIPr haya suscrito Nicaragua. Estos Convenios son más bien escasos y de carácter multilateral, destacándose aquellos suscritos:

i) En el marco de la Conferencias Especializadas sobre DIPr (CIDIP), auspiciadas por la OEA, donde Nicaragua ha ratificado las siguientes convenciones:

– Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, adoptada en Panamá el 30 enero 1975 (CIDIP I). La República de Nicaragua suscribió esta convención en fecha 30 enero 1975, ratificándola el 15 julio 2003 y efectuando su depósito el día 2 octubre 2003. Sin embargo, al igual que otros muchos Estados latinoamericanos, Nicaragua no es parte de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y los laudos arbitrales extranjeros, hecha en Montevideo el 5 agosto 1979 (CIDIP II).

– Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el DIPr, adoptada en La Paz, el 24 mayo 1984 (CIDIP III). La República de Nicaragua suscribió esta convención en fecha 24 mayo 1984, aprobándola mediante Decreto No. 2301. La convención fue ratificada el 24 agosto 1999 por Decreto No. 103, con depósito del instrumento de ratificación el día 9 noviembre mismo año.

– Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en Montevideo el 15 junio 1989. La República de Nicaragua se adhirió a esta convención el 20 octubre 2004, realizó depósito el 6 diciembre 2004 y ha informado el 7 junio 2005, designando al Consejo Nacional de Atención y Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia (CONAPINA) como la autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que establece la convención de conformidad con su art. 7.

¹⁰ La versión del Código civil nicaragüense que recoge su Título Preliminar y la reforma operada por la Ley No. 186 de 16 noviembre 1995, se encuentra disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=226821.

– Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores, hecha en México el 18 marzo 1994 (CIDIP V). La República de Nicaragua se adhirió a esta convención el día 7 octubre 2005, realizando el depósito en fecha 18 noviembre 2005.

ii) En el marco de la Conferencia de la Haya, donde a pesar de no ser Estado miembro Nicaragua ha ratificado dos Convenios:

– Convenio de 5 octubre 1961 suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros. Nicaragua se adhirió a este convenio el 7 noviembre 2012, mediante Decreto Ejecutivo No. 14-2012, de 17 abril 2012, entrando en vigor el convenio para la nación centroamericana el día 14 mayo 2013.

– Convenio de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. La adhesión de Nicaragua al Convenio tuvo lugar el día 14 diciembre 2000, entrando en vigor para el país en fecha 1 marzo 2001. Nicaragua también es parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989. La especial sensibilidad de los problemas relativos a la niñez y la adolescencia en uno de los países más pobres de América Latina, ha hecho que esta última convención haya sido elevada categoría de norma constitucional. Sobre esta base se aprobó la Ley 287 de 24 marzo 1998, Código de la niñez y la adolescencia, que viene a establecer un nuevo modelo de justicia penal especializada para niños y adolescentes, entre cuyos principios rectores se encuentra el interés superior de estos¹¹.

iii) Finalmente, completa el marco convencional del DIPr nicaragüense la Convención de DIPr, suscrita en La Habana el 13 febrero 1928 en el marco de la Sexta Conferencia Panamericana, por la que se aprobó el Código de DIPr o Código de Bustamante. A pesar de que en el momento de aprobación del Código de Bustamante Nicaragua efectuase una reserva general al mismo, lo cierto es que con posterioridad lo ratificó íntegramente y sin reserva alguna¹², lo que ha hecho

¹¹ Cf. art. 98 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

¹² Nicaragua fue uno de los Estados, junto a Colombia, Costa Rica, Chile y Uruguay, que formuló reservas generales al momento de suscribir el Código de Bustamante. Concretamente, manifestó su propósito de no aplicar las disposiciones del Código que estuvieren en conflicto con el Derecho canónico. La reserva efectuada por la Delegación de Nicaragua establecía textualmente que: “Nicaragua en materias que ahora o en el futuro considere de algún modo sujetas al Derecho Canónico no podrá aplicar las disposiciones del Código de Derecho Internacional Privado que estuvieren en conflicto con aquel Derecho. Declara que como lo expresó verbalmente en varios casos durante la discusión, algunas de las disposiciones del Código aprobado están en desacuerdo con disposiciones expresas de la legislación de Nicaragua o con principios que son bases de esa legislación; pero como un debido homenaje a la obra insigne del ilustre autor de aquel Código, prefiere en vez de puntualizar las reservas del caso, hacer esta declaración y dejar que los poderes públicos de Nicaragua formulen tales reservas o reformen hasta donde sea posible la legislación nacional en los casos de incompatibilidad”. Como diría Antonio S. de Bustamante, el propio Código de Derecho Internacional Privado prescribía este tipo de reservas generales en su art. 3, haciendo necesaria la mención a los artículos concretos reservados. Sin embargo, lo cierto es que el día 3 enero 1929, Nicaragua aprobó sin reservas el Código de Bustamante, ratificándolo el 28 febrero 1930, uniéndose de esta forma a los otros cinco Estados que también lo habían ratificado sin reserva: Cuba, el 20 abril 1928; Guatemala, el 9 noviembre 1929; Honduras, el 20 mayo 1930; Panamá, el 26 octubre 1928 y Perú, el 19 agosto 1929. Para mayor información sobre este tema, *vid.*, A. Sánchez de Bustamante, *El Código de Derecho internacional privado y la Sexta Conferencia Panamericana*, La Habana, Avisador Comercial, 1929; y G. Parra Aranguren, *Codificación del Derecho Inter-*

que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, consideren que en determinadas materias como la probatoria, el sistema convencional nicaragüense de DIPr corresponda en un todo al Código de Bustamante, que a la vez, forma parte de su Derecho interno¹³.

El Proyecto de Ley Modelo de DIPr de la OHADAC en principio contempla la prevalencia de Convenios internacionales como el Código de Bustamante en caso de contradicción (art. 3 LM), aunque lo cierto es que sus postulados dan una respuesta mucho más ajustada a la realidad actual de las relaciones jurídicas con elemento de extranjería.

2. Competencia judicial internacional

Con carácter general puede afirmarse que este sector del DIPr nicaragüense se caracteriza (i) por la pluralidad de fuentes normativas, como hemos visto y (ii) por la aplicación a instancia de parte de las normas de competencia judicial internacional, derivado sin duda alguna de la inspiración en la antigua ley de enjuiciamiento civil española de 1881¹⁴. Teniendo esto presente, la competencia judicial internacional en Nicaragua se encuentra determinada por lo establecido en los arts. 41 y siguientes del Código civil¹⁵, en los arts. 251 y 290 del Código de procedimiento civil y en los Títulos Primero y Segundo del Libro Cuarto del Código de Bustamante (en especial, arts. 314 a 332), cuando este texto *inter partes* resulte de aplicación y no se esté en presencia de reservas.

nacional Privado en América, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1982.

¹³ L. Loreto, "El conflicto de leyes en materia de pruebas en el Derecho internacional privado" ponencia presentada en el Congreso de la *Asociazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile*, Venecia, septiembre de 1961.

¹⁴ El art. 74 de la antigua ley de enjuiciamiento civil española (*Gaceta*, n° 36, 5 febrero 1881), establecía textualmente que: "En ningún caso se promoverán de oficio las cuestiones de competencia en los asuntos civiles; pero el Juez que se crea incompetente por razón de la materia, podrá abstenerse de conocer, oído el Ministerio Fiscal, previniendo a las partes que usen de su derecho ante quien corresponda".

¹⁵ El art. 41 Cc establece textualmente que: "Los que tengan domicilio establecido en la República, sean nacionales o extranjeros, estén presentes o ausentes, pueden ser demandados ante los tribunales territoriales para el cumplimiento de contratos celebrados en otro país.

También pueden serlo los extranjeros que se hallen en el país, aunque no sean domiciliados, si esos contratos se hubieren celebrado con los nacionales o con otros extranjeros domiciliados en la República.

Los extranjeros, aunque se hallen ausentes, pueden ser demandados ante los tribunales de la Nación:

1° Para que cumplan las obligaciones contraídas o que deban ejecutarse en la República.

2° Cuando se intente contra ellos una acción real concerniente a bienes que tengan en la República.

3° Si se hubiere estipulado en la obligación contraída por el extranjero, que los tribunales de la República decidan las controversias relativas a ella.

4° Cuando se intente alguna acción civil a consecuencia de un delito o de una falta que el extranjero hubiere cometido en la República".

El Código civil establece como foro general de atribución de competencia judicial internacional el domicilio del demandado (art. 45), foro que emplea, por ejemplo, en materia contractual (art.41). Sin embargo, el art. 41 contempla una pluralidad de criterios de conexión, donde se emplean foros exorbitantes como la mera presencia del demandado en territorio nicaragüense, aunque esta sea ocasional, basta que el contrato se hubiera celebrado con nicaragüenses o extranjeros domiciliados en el país centroamericano. Ciertamente el legislador estatal es libre de establecer en sus normas de competencia judicial internacional este tipo de foros exorbitantes, pero hay que tener en cuenta que, como establecen Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo¹⁶, ello podría llevar aparejado una sanción indirecta por parte de los demás Estados, los cuales podrían denegar el ejecutivo de las decisiones nicaragüenses fundadas en estos criterios exorbitantes. Los foros mencionados conviven con otros como el lugar de ubicación del bien inmueble o el de ejecución del contrato, a través de los cuales existe la posibilidad de que el extranjero que no se encuentre en el territorio Nicaragüense pueda ser demandado en el país centroamericano. En este sentido, los criterios de competencia del Código civil de Nicaragua son compatibles con el art. 323 del Código de Bustamante, que señala como principal foro de competencia para el ejercicio de acciones personales (salvo los casos de sumisión expresa o tácita y derecho local contrario) el lugar de cumplimiento de la obligación¹⁷.

En materia sucesoria, el art. 42 Cc establece que el domicilio que tenía el difunto es el que determina el lugar en que se abre su sucesión¹⁸, reafirmando la opción del domicilio del demandado como criterio atributivo de competencia judicial internacional.

La República de Nicaragua ha logrado una cierta adaptación entre los criterios para determinar la competencia internacional y los que determinan la competencia nacional. De hecho, el Código de procedimiento civil al tratar materias especiales, incluye concreciones del foro de competencia territorial para supuestos internacionales. Un claro ejemplo de esto lo constituye el art. 266 del Código de procedimiento civil, donde al tratar entre otras cuestiones la hereditaria, sostiene en su ap. 5 que: “En los asuntos de testamentaria o ab-intestato será competente el Juez del lugar en que hubiere tenido el finado su último domicilio. Si lo hubiera tenido en país extranjero, será Juez competente el del lugar de su último do-

¹⁶ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pp. 55–57.

¹⁷ Art. 323 CB: “Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, y salvo el derecho local contrario, será juez competente para el ejercicio de acciones personales el del lugar del cumplimiento de la obligación, o el del domicilio de los demandados y subsidiariamente el de su residencia”.

¹⁸ Coincidente con el art. 327 CB, según el cual: “En los juicios de testamentaria o ab intestato será juez competente el del lugar en que tuvo el finado su último domicilio”.

micilio en Nicaragua o donde estuviere la mayor parte de sus bienes”¹⁹, en clara coincidencia, por otra parte, con lo establecido en el Código civil. El Código procesal también emplea criterios de solución de alcance general, como el establecido en su art. 251, por el que se establece que “La justicia ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio nicaragüense, entre nicaragüenses, entre extranjeros y entre nicaragüenses y extranjeros”, criterio de base que estaba presente en las leyes de enjuiciamiento civil españolas de 1855 y de 1881²⁰. Otro criterio de alcance general podemos encontrarlo en el art. 260 del Código de procedimiento civil, relativo a la sumisión expresa o tácita por parte de los litigantes a los tribunales nicaragüenses. El art. 280 del Código de procedimiento civil reafirma el carácter central del domicilio, al establecer que “El domicilio de una persona determina la jurisdicción de las autoridades que deben conocer de la demanda que contra ella se entable, salvo las excepciones legales”, y así lo reitera el art. 290 en referencia concreta a procedimientos civiles y actos de jurisdicción voluntaria²¹.

Las normas sobre competencia judicial, tanto nacional como internacional, no son aplicables de oficio por los jueces nicaragüenses, sino más bien a instancia de la parte interesada. El art. 303 del Código de procedimiento civil es claro en establecer que: “En ningún caso se promoverán de oficio las cuestiones de competencia en los asuntos civiles; pero el Juez que se crea incompetente podrá abstenerse de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante quien corresponda”.

Finalmente, esta normativa puede ser desplazada en los casos que sean de aplicación disposiciones de instrumentos convencionales. Concretamente, cuando sean de aplicación los criterios distributivos de competencia presentes en el Código de Bustamante, que presenta una especial incidencia en los países centroamericanos, donde además de Nicaragua, también Guatemala, Honduras y Panamá han ratificado este Código sin reservas de ningún tipo²².

¹⁹ En el mismo sentido se pronuncia el art. 52.4º LEC/2000.

²⁰ Esta consideración respecto a la competencia judicial internacional de los tribunales, ya estaba presente en el art. 14 del Código de Napoleón. En España, el principio se encuentra actualmente en el art. 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, donde se establece la siguiente matización: “...con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte”.

²¹ Art. 290 del Código de procedimiento civil establece que “En general es Juez competente para conocer de una demanda civil o para intervenir en un acto no contencioso, el del domicilio del demandado o interesado, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes”.

²² Cf. Naciones Unidas, *Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al Derecho mercantil internacional*, vol. I, Nueva York, 1973, p. 154. De los 20 países latinoamericanos signatarios de la Sexta Conferencia Panamericana, cuatro Estados (Brasil, República Dominicana, Haití y Venezuela) ratificaron el Código de Bustamante con reservas parciales; cinco Estados (Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador y El Salvador) lo ratificaron con reservas generales; otros cinco (Argentina, Colombia,

3. *Determinación de la ley aplicable*

Las disposiciones que sirven de base al sistema nicaragüense de normas de conflicto vienen determinadas en el Título Preliminar del Código civil (n^{os} VII, VIII, IX y XIV), en relación con los arts. 14, 24 y 27 del Código de procedimiento civil. En este sector tampoco cabe la aplicación de oficio. Según la actual redacción del n^o VII del Título Preliminar del Código civil, la aplicación de leyes extranjeras sólo tendrá lugar cuando el Código lo autorice y únicamente a instancia de la parte interesada, a quien corresponderá la prueba de la existencia de tales leyes. Aunque ello se matiza con una excepción: “las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República en virtud de tratados o por ley especial”, lo cierto es que con carácter general, en Nicaragua el Derecho foráneo no es aplicable de oficio por el Juez, siendo considerado meramente como un hecho²³ y como tal deberá ser probado por quien lo alega. En este mismo sentido, el art. 14 del Código de procedimiento civil establece que quién apoye su derecho en leyes extranjeras, debe comprobar su existencia en forma auténtica. Entre otros problemas, este modelo puede ocasionar que casos iguales sean resueltos de manera distinta, dependiendo de que las partes hayan alegado o no, de buena o mala fe, la aplicación del Derecho foráneo.

En cuanto a la imposibilidad de aplicación del Derecho extranjero, el n^o VIII del Título Preliminar del Código civil establece que tales leyes no serán aplicables en aquellos supuestos de: (i) contrariedad con el Derecho Público o criminal, con la libertad de culto y con las leyes prohibitivas, (ii) incompatibilidad con el espíritu del Código civil, (iii) mero privilegio, y (iv) cuando el propio Código civil sea más favorable a la validez de los actos. Por otra parte, el n^o IX manifiesta con carácter general que “Los conflictos entre leyes procesales nicaragüenses y extranjeras, serán objeto de los respectivos Códigos”, y el n^o XIV aclara con carácter imperativo, que cuando las leyes nicaragüenses exijan instrumentos públicos para la prueba que debe practicarse y producir efectos en Nicaragua, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país que hubieren sido otorgadas (en iguales términos, el art. 27 del Código de procedimiento civil). En definitiva, Nicaragua establece claramente la territorialidad de las leyes procesales como principio directo de su sistema.

México, Paraguay y Uruguay) no lo han ratificado; y sólo seis Estados (Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú) lo ratificaron sin reservas. Entre estos últimos, Cuba, el propio Estado sede de la Sexta Conferencia Panamericana, aplica el Código de Bustamante con un carácter muy residual.

²³ Opción que aún es aplicada en otros países de Latinoamérica como Argentina, Honduras, Guatemala, Costa Rica, Paraguay y El Salvador.

Al abordar cuestiones específicas, resulta destacable la combinación de criterios. Según el art. 24 del Código de procedimiento civil, la ley nacional es el principio que determina tanto el estado como la capacidad jurídica de las personas, precepto inspirado sin dudas por el Código de Bustamante, donde el principio de nacionalidad constituye un postulado esencial²⁴. No obstante, en Nicaragua la sucesión por causa de muerte se rige por el criterio de la ley del domicilio del causante en el momento de su fallecimiento (art. 939 del Código civil), en el mismo sentido que plantea ahora la Ley Modelo de DIPr de la OHADAC, donde el domicilio, como centro de la vida de la persona, es tomado como criterio principal en la regulación de las relaciones privadas con elemento de extranjería. El Código civil nicaragüense también regula otros aspectos particulares objeto del DIPr, como son el matrimonio (arts. 103 a 106), el divorcio (art. 108), la sucesión testada e intestada (arts. 1023, 1024 y 1067) o la hipoteca (art. 3823).

Como norma singular del sistema de DIPr nicaragüense en materia probatoria, está la contenida en el art. 12 del Código de procedimiento civil, en cuya virtud Nicaragua reconoce que las leyes de un Estado centroamericano en que el Tribunal tenga su asiento, determinan la admisión, apreciación y efectos de la prueba. Disposición que ha sido dictada de acuerdo con el art. 4 de la Convención Procesal Centroamericana de 1892. Nicaragua no es parte, como se ha visto, de la Convención de la CIDIP de 1979 sobre normas generales de DIPr.

4. Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras

El sistema nicaragüense distingue entre decisiones dictadas en países centroamericanos, para las que contempla un régimen específico (art. 16 Código de procedimiento civil) y aquellas otras que han sido dictadas en el resto de los países (arts. 542 a 544).

Para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias dictadas en los Estados que no son centroamericanos, el Código de procedimiento civil establece un sistema muy similar a los criterios de los arts. 951 ss de la antigua Ley de enjuiciamiento civil española de 1881²⁵ y configura los tres elementos fundamentales que guían la concesión del executur.

El art. 542 del Código de procedimiento civil nicaragüense recoge el carácter preeminente de los tratados internacionales celebrados por Nicaragua con el Estado de donde proviene la sentencia cuyo executur se pretende. Como se ha hecho referencia, entre estos tratados se encuentra el Código de Bustamante,

²⁴ Respecto a la capacidad de las personas físicas, el art. 27 del Código de Bustamante determina que, salvo excepción o derecho local, esta se rige por su ley personal.

²⁵ Arts. 951 a 954, aún vigentes en España.

cuyas disposiciones en este sector (arts. 423 a 437 CB) desplazan al régimen autónomo nicaragüense del Código de procedimiento civil, pero su aplicación está limitada a que se trate de Estados parte de la Convención y a que éstos no hayan efectuado reservas en materia de reconocimiento y ejecución.

En caso de inexistencia de tratados con el Estado de origen de la sentencia o decisión que se pretende homologar, el órgano jurisdiccional nicaragüense aplicará el criterio de la reciprocidad (arts. 542 y 543 del Código de procedimiento civil). Reciprocidad que funciona tanto en su vertiente positiva como negativa, y sobre esta base, se concederá el *execuátur* cuando la ley o jurisprudencia del otro Estado lo otorgue a las decisiones nicaragüenses y se denegará en caso contrario.

La prueba de la reciprocidad corre a cargo de la parte que la alega, como estableció la sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua de 7 noviembre 1925, en el análisis de este principio respecto a una decisión dictada por los tribunales de EE.UU: "... es hecho cierto que no existe tratados entre Nicaragua y Estados Unidos sobre ejecución de sentencia y, por otra parte, aunque esta Suprema Corte tiene conocimiento de que por lo general, en los Estados Unidos no se da cumplimiento a las sentencia dictadas por tribunales nicaragüenses, en este caso particular no se puede tomar como prueba de un hecho específico, porque la parte interesada, a quien correspondía comprobar esos antecedentes por vía de excepción, se abstuvo de rendir la prueba que con tal intento propuso, por lo cual cabe declarar que la solicitud de la señora Lucrecia Morales de Alvarado, no se encuentra amparada por ninguno de los casos comprendidos, en los incisos a) y b) del Considerando precedente y sólo resta examinar si la sentencia dictada por la Corte Superior del Estado de California, reúne las circunstancias enumeradas en el art. 544 Pr. las que deben observarse fielmente, porque encarnan el respeto al Derecho Público y a la soberanía nicaragüense y a la protección de los nicaragüenses en el extranjero..."²⁶.

A falta de tratados y de precedentes que permitan aplicar el principio de reciprocidad, la decisión extranjera sólo podrá ejecutarse en la República de Nicaragua si reúne las circunstancias previstas en el art. 544 del Código de procedimiento civil:

- Que la decisión extranjera se haya dictado a consecuencia del ejercicio de una acción personal;
- Que la obligación sea lícita en Nicaragua;

²⁶ Sentencia 7 noviembre 1925, *Boletín Judicial*, p. 5323. *Vid.*, también sobre reciprocidad, la sentencia 6 febrero 1948 y la sentencia 1 octubre 1963, todas de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua.

– Que la ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerado como auténtica y los que las leyes nicaragüenses requieran para que hagan fe en Nicaragua;

– Que en el proceso se haya dado intervención al reo, salvo que conste que fue declarado rebelde por no comparecer una vez citado. Sobre esta garantía procesal se pronunció la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, en sentencia de 17 mayo 1935: “...debe concluirse que en el presente caso por ser conocido del actor el lugar en que la demandada... había fijado su residencia, no podía ésta ser considerada... como ausente..., no procedía el nombramiento de curador *ad-litem*; y la notificación y el emplazamiento para comparecer al juicio, hechos en la persona de éste, carecen de todo valor..., la Corte Suprema de Justicia se cree autorizada para afirmar que... no ha sido notificada personalmente de la demanda, ni emplazada en debida forma para comparecer al juicio, privándola de este modo de toda oportunidad de proveer a su defensa”²⁷.

– Que la sentencia no sea contraria al orden público nacional. En la sentencia de 31 octubre 1977 de Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, puede apreciarse un ejemplo de cómo es denegado el *execuátur* a decisiones extranjeras contrarias al orden público nicaragüense: “...Sobre las cuestiones que atañen a la patria potestad ha dicho el Supremo Tribunal “...que todos los procedimientos reguladores de esos derechos deben ceñirse estrictamente a nuestra ley nacional, de manera que no puede, sin menoscabar esos principios que son de orden público, por referirse directamente a la organización de la familia, darse cumplimiento a providencias de tribunales extranjeros que, como en el caso que se examina, tienden a menguarlos en forma que no se ajusta a la Ley nicaragüense, ya que según nuestras leyes los derechos de patria potestad no se pierden ni se restringen sino por causas expresamente determinadas en el Código civil (arts. 268 y 269 CC.)...” Al referirse la sentencia a cuestiones de la organización de la familia en contradicción de las leyes nicaragüenses, que son aplicables en esta materia a personas que en Nicaragua ejercen la patria potestad, hace ineficaz su cumplimiento en esta República, por lo que no puede otorgarse el *execuátur* solicitado...”²⁸.

– Que la decisión extranjera también sea ejecutable en el país de origen. En la misma sentencia de 1977 anteriormente citada, la Corte Suprema de Justicia expresó: “...las diligencias sobre tuición no deben considerarse como ejecutorias propiamente dichas; en consecuencia no es del caso dictar el auto de *pareatis* o *execuátur* a la sentencia de tuición dictada por un tribunal de Chile... No siendo ejecutoria para surtir efectos..., no llena el documento presentado por el apode-

²⁷ Sentencia 17 mayo 1935, *Boletín Judicial*, p. 8697.

²⁸ Sentencia 31 octubre 1977, *Boletín Judicial*, p. 327.

rado los requisitos que disponen el art. 544 del Código de procedimiento civil y 423 del Código de Bustamante o de Derecho Internacional Privado...²⁹.

El art. 544 del Código de procedimiento civil *in fine* establece que las anteriores reglas también son aplicables al execuátur de laudos arbitrales, a los que se exige además, el visto bueno de un Tribunal Superior del país donde se hubiere dictado. Sin embargo, este precepto ha quedado diferido, al ser aplicables en este ámbito las reglas especiales establecidas en la Ley de Mediación y Arbitraje nicaragüense³⁰, cuyo art. 63 contiene unos motivos de denegación del reconocimiento o ejecución del laudo idénticos a los establecidos en el art. V de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 junio 1958, a la que Nicaragua se adhirió en el año 2002³¹.

Las reglas para la concesión del execuátur de sentencias, autos o fallos arbitrales que hayan sido dictados en un Estado centroamericano, vienen contempladas en el art. 16 del Código de procedimiento civil. No obstante, estas disposiciones también pueden ser desplazadas por el contenido de convenios internacionales, hay que tener presente que varios de los Estados centroamericanos han asumido sin reservas el Código de Bustamante, como es el caso de Honduras, Guatemala o Panamá.

En virtud del art. 545 del Código de procedimiento civil, la competencia para conocer las solicitudes de execuátur en Nicaragua está aún centralizada, como habrá podido apreciarse, en la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. Una vez concedido el execuátur según el procedimiento previsto (arts. 546 a 552 del Código de procedimiento civil), la ejecución forzosa de la decisión será tramitada –sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales–, de acuerdo a lo establecido en las leyes nicaragüenses para la ejecución de las sentencias internas, siendo competente el juez del domicilio del ejecutado y si no tuviere domicilio en Nicaragua, el que elija el acreedor (arts. 542 y 552 del Código de procedimiento civil).

Finalmente, vale hacer una aclaración sobre el execuátur de los actos de jurisdicción voluntaria. La jurisprudencia nicaragüense³² ha considerado con carácter general, que las resoluciones dictadas en este tipo de diligencias no necesitan de execuátur, al no causar estado y siempre poder ser impugnadas por aquellos a

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Ley N° 540, de 25 mayo 2005, publicada en la *Gaceta* n° 122, 24 junio 2005.

³¹ La adhesión de Nicaragua al Convenio de Nueva York de 1958 se hizo efectiva mediante Decreto 26–2002, publicado en la *Gaceta* n° 56, 21 marzo 2002, p. 1965.

³² *Vid.*, por todas, Sentencia la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia 24 noviembre 1921, disponible en *Boletín Judicial*, p. 3497.

quienes se opongan. Sin embargo, parte de la doctrina nicaragüense³³ está en contra de este criterio seguido por el Alto Tribunal, y plantea que debe hacerse una distinción entre los tipos de actos de jurisdicción voluntaria a la hora de decidir sobre la necesidad o no de someterlos a executur, distinción que también establece el Código de Bustamante. En este sentido, el Código de DIPr diferencia entre actos de jurisdicción voluntaria realizados en materia mercantil y aquellos que son dictados en materia civil. Los mercantiles se ejecutan de acuerdo al procedimiento establecido en ese mismo Código para la ejecución de las sentencias extranjeras (art.434 CB), mientras que los civiles gozan de extraterritorialidad si reúnen las condiciones señaladas en el mismo Código para la eficacia de los documentos otorgados en el país extranjero (art.402 CB) y proceden de juez competente.

V. Proyecto de Ley Modelo de la OHADAC

En el seno de la OHADAC se ha elaborado un proyecto de Ley Modelo de DIPr, que pretende ser un instrumento flexible de armonización de las normas de los Estados caribeños en los sectores de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras.

Este proyecto de Ley Modelo de la OHADAC ha tomado en cuenta la realidad social y jurídica de los Estados del Caribe. Una amalgama de ordenamientos realmente amplia y con una rica diversidad, que se ha puesto en sintonía con la práctica actual de las transacciones privadas internacionales y las legislaciones más recientes, tomando en especial consideración las experiencias aportadas por la codificación internacional en el marco de la CIDIP y de la Conferencia de La Haya de DIPr.

No se pretende aquí realizar un análisis detallado del contenido de la Ley Modelo de la OHADAC, lo cual rebasaría el objeto de este trabajo³⁴, pero sí exponer brevemente sus principales lineamientos en materia de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones. Al igual que las normas nicaragüenses sobre competencia judicial internacional, el proyecto de Ley Modelo de la OHADAC contempla el domicilio del demandado como foro general de atribución de competencia. Sin embargo, el proyecto de la OHADAC rechaza el empleo de la norma de conflicto rígida, estableciendo unos puntos de conexión flexibles, formulados generalmente en cascada o de forma

³³ I. Escobar Fornos, *Introducción al proceso*, 2ª ed., Managua (Nicaragua), Hispamer, 1998, p.412.

³⁴ Un estudio pormenorizado sobre el proyecto de Ley Modelo de la OHADAC, que incluye además comentarios a cada uno de sus artículos, estará disponible próximamente en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohadac.com>.

alternativa, en los que no se aprecian elementos exorbitantes que puedan ocasionar inconvenientes a la hora de reconocer y ejecutar las decisiones nicaragüenses. En el sector de ley aplicable el proyecto de la OHADAC sí establece la aplicación de oficio de las normas de conflicto, lo cual brinda una mayor seguridad jurídica, encargándose además, de que esta aplicación del Derecho extranjero sea efectiva. La capacidad y el estado civil de las personas físicas se rige por la ley de su domicilio, concebido este como centro de vida e intereses de la persona, con un mayor grado de vinculación y un resultado más previsible que la ley nacional. La regulación del tercer sector del DIPr emplea el término “resolución”, buscando ampliar el abanico de categorías que podrían ser reconocidas y ejecutadas en un modelo que no se limita únicamente a las resoluciones firmes. Finalmente, en el proyecto de la OHADAC se establecen exhaustivamente los controles a los que se subordina la eficacia de una resolución extranjera, sin que quepa denegar el reconocimiento con base a motivos diferentes; en estos motivos se omite cualquier referencia a la reciprocidad, actualmente superada como mecanismo de cooperación.

La Ley Modelo de DIPr de la OHADAC no es un texto con carácter obligatorio directo para Nicaragua, ni impone que su contenido tenga que ser adoptado en bloque. Más bien, constituye una opción u “oferta” que el Estado podría adoptar si considerase adecuada a sus perspectivas de crecimiento del comercio exterior y de inversión extranjera, si considerase que es acorde a la práctica internacional y que constituye un instrumento flexible y moderno.

VI. Conclusiones

El sistema nicaragüense de DIPr se caracteriza por una gran dispersión y sincretismo en las normas que regulan sus sectores de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones. Los criterios empleados ocasiones resultan desfasados o incluso son insuficientes para regular las relaciones privadas contemporáneas con elemento de extranjería. Frente a ello, en el marco de la OHADAC se presenta un proyecto de Ley Modelo de DIPr que favorece el tráfico de este tipo de relaciones, una opción con postulados modernos y completos que tiene vocación de uniformidad, dándose las condiciones –incluso en mayor medida que en otros Estados de la región– para que Nicaragua lo adopte como guía y referente de su nuevo sistema de DIPr, denunciando o derogando aquellos textos y preceptos que a pesar de su gran valor histórico, actualmente son insuficientes o inaplicables y no responden a los objetivos de crecimiento de la república. En todo caso, la adopción de leyes modelo no es nueva para Nicaragua, en el año 2005 hizo suya la de arbitraje comercial

internacional elaborada en el seno de la Uncitral en 1985, aunque sería deseable que en esta ocasión no tengamos que esperar esos 20 años.

Bibliografía

- Escobar Fornos, I.: *Introducción al proceso*, 2ª ed., Managua (Nicaragua), Hispamer, 1998.
- Fernández Rozas, J.C. y S. Sánchez Lorenzo: *Derecho Internacional Privado*, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011.
- Loreto, L.: “El conflicto de leyes en materia de pruebas en el Derecho internacional privado” ponencia presentada en el Congreso de la *Asociazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile*, Venecia, septiembre de 1961.
- Parra– Aranguren, G.: *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1982.
- Sánchez de Bustamante, A.: *El Código de Derecho internacional privado y la Sexta Conferencia Pan-americana*, La Habana, Avisador Comercial, 1929.

SOBRE LA IDEOLOGÍA DEL NUEVO CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PANAMEÑO

Gilberto BOUTIN ICAZA *

SUMARIO: I. Introducción. II. Del aspecto filosófico e ideológico del nuevo Código de DIPr panameño y su visión. III. Las fuentes del Código de DIPr panameño. IV. Aportes significativos a la nueva codificación del DIPr panameño.

RESUMEN: La ley 7 del 8 mayo 2014 que promulga el Código de DIPr, tiene por finalidad, la de establecer un solo régimen coherente de todas las fuentes nacionales de DIPr que puedan ser armonizadas y aplicadas por los jueces y argumentadas por los abogados en función de cada especialidad. La virtud del código no se reduce a su sistematización sino a poder armonizar entre las excepciones del orden público internacional bajo una amplitud puntual y el espacio a la libertad contractual sin perder el equilibrio de justicia conmutativa que aspiran los contratantes. El nuevo Código, confirma el espacio tetra dimensional, discutido otrora en doctrina y lo traduce al derecho positivo en lo atinente a la nacionalidad, condición jurídica del extranjero y los conflictos de jurisdicción.

PALABRAS CLAVE: APLICABILIDAD SUPLETORIA – CALIFICACIÓN EXTRANJERA – REENVÍO – ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL – PRINCIPIOS FUNDAMENTALES INTERNACIONALES – *FORUM SHOPPING* – *FORUM NON CONVENIENS*.

ABSTRACT: The purpose of Bill 7 of May 8, 2014 promulgating the Code of Private International Law is to establish a single coherent system of all domestic sources of private international law that can be harmonized and applied by judges and by discussed by lawyers based each special field. The code does not reduce to its systematization but to harmonize among exceptions of international public order under punctual amplitude and the space to contractual freedom without losing the balance of commutative justice aimed by contracting parties. Confirms the four– dimensional space formerly discussed in doctrine, and translated to positive law, in relation to citizenship, legal status of aliens, and conflicts of jurisdiction.

KEYWORDS: SUPPLEMENTARY APPLICATION, FOREIGN QUALIFICATION, RETURN, INTERNATIONAL LAW ENFORCEMENT, FUNDAMENTAL INTERNATIONAL PRINCIPLES, *FORUM SHOPPING*, *FORUM NON CONVENIENS*.

* Decano y Catedrático de DIPr. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Redactor de la Ley 7 de 8 mayo 2014 que adopta el Código de DIPr de la República de Panamá.

I. Introducción

Cabe manifestar que la ideología conflictual que parte de la formación axiológica del Código de Derecho internacional privado panameño, promulgado mediante Ley 7 de 8 mayo 2014¹, está fundamentada en la tradición conflictualista del período *pre-panamericano* representado por la conferencia de Lima de 1878-79², base convencional inspiradora del Derecho internacional privado (DIPr) latinoamericano³, en concordancia con la matriz de nuestro sistema de solución de conflicto hemisférico contenida en el Código Bustamante de 1928⁴. Bustamante le concede al DIPr de la época una dimensión tetradiimensional y publicista en algunos aspectos sin perder la esencia del derecho conflictual y procesal civil internacional que otorga su identidad clásica a esta rama⁵. Ahora bien, la tendencia en Hispanoamérica en sistematizar el DIPr con éxito, comienza con la ley especial de DIPr o ley Tatiana de Maekelt⁶, la cual reagrupa de manera breve pero extraordinariamente, la teoría general del DIPr venezolano y su dogmática interpretativa⁷. En el espectro del desarrollo de la codificación del Dipr vemos que a principio de 2003⁸ encontramos la significativa normativa propuesta en Argentina por la Dra. Orschansky argentina que fuese consultado por su importancia capital elaborado por la Dra. Berta Kaller Orschansky; de igual suerte cabe apuntar el connotado código de DIPr de México⁹ uno de los textos más completos redactados en este dominio que fuesen consultado de igual manera por su experticia. Con lo anterior se acentúa el interés de la región en estructurar la ciencia de los conflictos de leyes frente a los fenómenos de mundialización de las relaciones internacionales. En la esfera extra continental, el código de DIPr panameño, toma en cuenta la Ley suiza de DIPr¹⁰ en cuanto a la separación de ley aplicable y tribunal o foro competente así como de

¹ Gaceta Oficial No. 27.530, 8 mayo 2014.

² J.M. Yepes, *La Conférence Panaméricaine de Lima et les progrès du Droit des Gens*, París, A. Pedone, 1939, p. 597.

³ A. Ulloa, *Congreso Americanos de Lima, Recopilación de Documentos*, t. II, Archivo Diplomático del Perú III, Lima, Imprenta Torres Aguirre, 1938.

⁴ Gaceta Oficial 5428, 7 enero 1929.

⁵ A. Sánchez De Bustamante y Sirven, *Derecho internacional privado*, t. II, Habana Cultural, S.A., 1943, p. 402.

⁶ Ley No. 36,511 del 6 agosto 1998.

⁷ T. Maekelt, *Teoría General del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 473.

⁸ G. Boutin, *Del Sentido de la Codificación en el DIPr*, Panamá, Librería Cultural Portobelo, 2005, p. 39.

⁹ Academia Mexicana de DIPr y Comparado, *Revista Mexicana de DIPr y comparado*, octubre, 2006, p. 73.

¹⁰ B. Dutoit, *Loi Fédérale du 18 décembre 1987*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1995, p. 699.

algunas precisas y limitadas innovaciones consagradas a la adaptabilidad y dinamismo del Derecho internacional al mundo contractual de la Región.

Por otro lado, el código en examen no solo se limita a trazar con claridad los objetivos del DIPr¹¹, sino que deviene una fuente normativa pedagógica que guía al juez del foro a efectuar la *démarche* o razonamiento teórico que ha sido la gran preocupación de la doctrina de del siglo XIX y XX.

La particularidad del presente código que no solo incorpora la teoría conflictual en sus primeros artículos sino que reagrupa figuras netamente de uso del comercio internacional como el *trust*, el fideicomiso, las sociedades anónima panameñas con sede en el extranjero y la fundación en el campo de la mutación de registro y jurisdicción en el plano activo de la ciencia de los conflictos de leyes. Pese a que Panamá no ha ratificado aun la Convención de México de 1994 sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales¹² fuimos receptivos a la incorporación de los usos de comercio internacional en el dominio contractual. En efecto, cabe señalar en la presente comunicación el aspecto filosófico e ideológico de la ley por un lado, las fuentes principales y los aportes del mismo en el plano de los conflictos de leyes y de jurisdicción. Es difícil hacer filosofía¹³ sobre la rama de los conflictos de leyes en general, cuando las necesidades de solución de conflictos y de jurisdicción son necesidades de derecho positivo de carácter inmediato.

II. Del aspecto filosófico e ideológico del nuevo código de DIPr panameño y su visión

Si pudiéramos definir la esencia ideológica del nuevo código, se puede resumir que dicho cuerpo normativo retiene un DIPr que milita entre la defensa de la existencia del ordenamiento conflictual panameño en cuanto a sus instituciones políticas inherentes a la personalidad del Estado panameño y por otro lado, estimula de manera remarcable el fulgor del “consensualismo” en la vida de la libertad de los individuos en la formación de la técnica contractual sin perder su equilibrio. Realmente, el código de DIPr pretende dilucidar una serie de cuestiones de orden dubitativo que otrora la doctrina compartía como el objeto mismo del DIPr, fijando en este conjunto normativo los cuatro puntos esenciales de la ciencias del DIPr en abrazar como preocupación los temas convergentes relativos a:

¹¹ G. Boutin, *Naturaleza y objeto del DIPr*, Panamá, Core-CEI, 2002, p. 249.

¹² G. Boutin, *Droit international privé conventionnel en Amérique latine*, Panamá, EdiciónMaître Boutin, 2009, p. 354.

¹³ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, París, Dalloz, 2002, p. 9.

la nacionalidad, la condición jurídica del extranjero, los conflictos de jurisdicción y los conflictos de leyes¹⁴.

i) La nacionalidad: categoría jurídica tributaria del Derecho constitucional, deviene objeto del DIPr en la presente ley cuyo basamento histórico normativo se encuentra en el origen de la nacionalidad hispanoamericana en el Congreso Anfictiónico de 1825 y en la Convención de Lima y en los Códigos del Istmo de Panamá de 1860 del Estado Federal de Gil Colunje – secretario del Libertador y Presidente de la Corte Suprema de Nueva Granada – así como en el Código civil de 1917 de la República de Panamá junto con el espíritu de Don Eusebio A. Morales, primer *ius privatista* consagrado del DIPr¹⁵. El criterio de nacionalidad constituye el guión verdadero entre la cultura jurídica anglo-americana y el Derecho de origen continental– escrito. En lo aferente a la realidad del ordenamiento jurídico panameño, la nacionalidad forjada en poco tiempo ha sido el producto de las contradicciones anglo–panameñas que dieron lugar a la defensa de la identidad del Estado panameño y su cultura jurídica. Casi más de 150 años de enclave anglo–americano dio lugar a una batalla normativa por diferenciar entre el orden jurídico de la zona del canal y el resto del país dividido por una franja de 80 kilómetros que forman la servidumbre internacional del canal de Panamá donde transita el 5% de la economía mundial.

ii) La condición jurídica del extranjero: Independientemente, que el DIPr constitucional panameño erige el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros proclamación política de orden panamericanista ella obliga a regular sin duda el derecho de goce y ejercicio de los extranjeros en territorio panameño y su gradual integración económica y cultural que el Estado pretende incentivar. La condición jurídica del extranjero, dicho lo anterior, constituye el primer bastión del derecho de tolerancia y de flexibilidad en el ámbito de los conflictos de leyes. Sobre todo al examinar que la condición del extranjero sus derechos oscilan en la gradación de su derecho y de goce y de ejercicio derivado de su estatuto personal en el territorio de un determinado Estado.

iii) Conflictos de jurisdicción. Se pueden definir los conflictos de jurisdicción como: la búsqueda de qué tribunal es competente para conocer de una causa judicial de naturaleza internacional. Incuestionablemente, se trata de una categoría la cual hace parte del régimen de litigación internacional encuadrada otrora en el libro IV del Código Bustamante, sección que va a ser bien ponderado metodológicamente como el primer segmento que desarrolla los matices entre la

¹⁴ G. Boutin, *op. cit.*, p. 66.

¹⁵ I. Vargas Velarde, *El Derecho en Panama su evolución 1903–2003*, Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, 2003, p. 80.

determinación de la competencia directa y el control de la competencia indirecta. Se observa en nuestra ley especial que, la búsqueda de la competencia judicial en los negocios jurídicos comportando elementos de extranjería que internacionalizan la relación jurídica está situada en nuestro código bajo un análisis inicial o previo para la búsqueda de la ley aplicable.

Hay que remarcar previamente que, el código insiste en la distinción en criterios de competencia judicial explícitos y criterios desvinculantes de carácter formal y jurisdiccional a efecto de no asimilar el derecho judicial norteamericano que permite la discrecionalidad judicial para la confirmación o no de la competencia judicial. Se refuerza la jurisprudencia Roberto Alemán Zubieta¹⁶, que destaca que el Derecho procesal internacional es el reflejo del derecho procesal interno. Pero dentro de los cambios e innovaciones tenemos el hecho que el código extingue toda reminiscencia de todo territorialismo propuesto por los códigos procesales de 1917 y 1986 que establecían la prohibición de la excepción de *Litis pendencia* –la acumulación procesal internacional en el art. 232 del actual código de procedimiento civil–. Extingue del debate ambiguos que subsistía sobre la existencia o no del *forum non conveniens* en los conflictos de jurisdicción, en escenario de los litigios internacionales teniendo la causa una conexión con los Estados Unidos de América y en el plano del Derecho procesal marítimo internacional.

El art. 1421–j, sostenía que las acciones incoadas fuera de Panamá en donde se desestimara en función del *forum non conveniens* impedían a los demandantes recurrir a la jurisdicción panameña¹⁷. La razón de ser de dicho artículo era forzar al juez anglo-americano a retener la competencia judicial en vista que el segundo foro siendo la jurisdicción panameña no asumiría el ejercicio jurisdiccional. Las críticas son múltiples respecto a esta norma del código judicial. En primer lugar, la declinación de competencia en virtud de *forum non conveniens* no es un tema de fondo, ni la resolución emitida hace tránsito a cosa juzgada por consiguiente tal excepción es inviable a la luz de la lógica de nuestro derecho material y procesal patrio pues bloquea formalmente el acceso a la jurisdicción panameña¹⁸. Se une a ello, que tal formulación presentada por la disposición judicial constituía una denegación de acceso al orden judicial pese a que el sentido útil era el de justificar el foro norteamericano.

¹⁶ *Jurisprudencia de DIPr Panameña*, Editions Maître Boutin, 2006.

¹⁷ Art. 1421–j: “En los procesos de que trata este Capítulo, no son competentes los jueces nacionales si la demanda o la acción que se intente entablar en el país ha sido rechazada o negada previamente por un juez extranjero que aplique el *forum non conveniens*. En estos casos los jueces nacionales deberán rechazar o inhibirse del conocimiento de la demanda o acción por razones de orden constitucional y de competencia preventiva”.

¹⁸ M. Capelletti y G. Bryant, *El acceso a la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 97.

Paralelo a la intromisión de una concepción unilateral codificada de una defensa en poder enervar la excepción norteamericana, se introduce el fraude jurisdiccional. Se sanciona el *fórum shopping* o *foro simulado*, careciendo de causa formal la acción procesal propiamente tal. Esta sanción la prevé el inciso 3 del art. 15 del código en comento. Dentro del debate en la escuela judicial se nos exigió una equivalencia a la expresión *fórum shopping* el cual produjo la interpretación de foro o jurisdicción simulada. En verdad, la jurisdicción simulada podrá ser deliberada o involuntaria. Intencional o por vía de error que será valorada por la instancia jurisdiccional correspondiente.

iv) Conflictos de leyes. La esencia de nuestra disciplina científica se resume a resolver los conflictos de leyes en el esquema de negocios jurídicos comportando elementos de extranjería suficientemente significativos o intensamente significativos que permite la opción de dos o más leyes que pretendan regular una misma situación jurídica. Dentro de la dogmática jurídica se sobre entiende los proceso de razonamiento conflictual más, empero el código rector asume un rol interesante de pedagogía conflictual al describir la técnica de razonamiento dentro del propio código. Siendo un Derecho eminentemente judicial debía haber escapado a la señalización del comportamiento reflexivo ínsito en el juzgador.

De ahí, necesidad de desenvolver las nociones de *calificación*, *reenvío* y *orden público internacional* la dentro de los lineamientos primarios del presente código.

Dentro del proceso de calificación se tuvo como criterio en principio la *calificación lex fori* mas fue empañada por una calificación convencional prima facie lo cual no venía al caso. Se introduce la calificación *lex causae* frente a instituciones desconocidas. Realmente le falto claridad conceptual a esta disposición en comento.

La figura del reenvío¹⁹ El reenvío esta regulado, pero en lo que respecta viene al reenvío de segundo grado, dejando de lado el reenvío de primer grado que le permite retener la competencia conflictual al juzgador panameño.

Orden público internacional. La excepción del orden público internacional como excepción sufre una expansión imprevisible en los arts. 7 y 8 del Capítulo III del código en examen. Se trata de una reserva que recoge una serie de categorías formales como materiales en sendas disposiciones como principios fundamentales, derechos esenciales e instituciones básicas que le permitan al juez descartar el derecho extranjero que aun siendo competente su aplicabilidad violentaría principios fundamentales del derecho del foro.

¹⁹ G. Boutin, "El reenvío en el DIPr panameño", *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá*, 1985, p. 63.

III. Las fuentes formales del código de DIPr panameño

El código de DIPr panameño pretende fijar una cohesión conflictual no solo en el acceso a las fuentes sino en su aplicación de las mismas. Hay un sinnúmero de fuentes formales que auxiliaron al cuerpo normativo conflictual que enunciaríamos: la mayor parte de las reglas conflictuales de los códigos de comercio²⁰ y del propio Código civil²¹ son integrados al régimen del nuevo código de DIPr. La reglas penales de carácter conflictual²² junto con la regla de competencia judicial han sido incorporadas al sistema de codificación²³. De igualmente, se extrapolan el Capítulo II del Libro I que contienen las normas de DIPr de la familia²⁴. En lo referente a las relaciones de DIPr, laboral la ley aplicable es la ley del lugar de ejecución del Contrato²⁵. En el dominio convencional la lógica de la calificación *lex fori* y *lex cause* derivado del art. 4 de la convención panamericana es retenida en la nueva codificación. En el area procesal se reafirman las reglas de *sumisión o de prórroga* de jurisdicción que son compartidas por el código judicial como por la convención bustamantina²⁶.

En el plano de las fuentes de orden supranacional se incorporan los principios de Unidroit en sus siglas en francés, que permiten no solo a los contratante recu-

²⁰ Art. 6 Código de Comercio: Los actos de comercio se regirán: 1. En cuanto a la esencia y efectos mediatos o inmediatos de las obligaciones que de ellos resulten y salvo pacto en contrario, por las leyes del lugar donde se celebren; 2. En cuanto al modo de cumplirse, por las leyes de la República, a menos que otra cosa se hubiere estipulado; 3. En cuanto a la forma y solemnidades externas, por la ley del lugar donde se celebren, excepto en los casos en que la ley disponga expresamente lo contrario, y 4. En cuanto a la capacidad de los contratantes, por las leyes de sus respectivo país.

²¹ Art. 5a Código civil: Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los panameños aunque residan en países extranjeros.

²² Art. 8 Código Penal: Se aplicará la ley penal panameña a los hechos punibles cometidos en el extranjero contra la personalidad jurídica del Estado, la salud pública, la economía nacional y la administración pública, y cuando se falsifiquen documentos de crédito público, el papel sellado, los timbres oficiales y la moneda panameña o cualquier otra moneda de curso legal en la República, siempre que, en este último caso, se compruebe que se destinaban a ser introducidas al territorio panameño.

²³ Código Judicial, Libro II, art. 255 ss.

²⁴ *Gaceta Oficial* No. 22,591 – Ley 3 de 17 mayo 1994, por la cual se aprueba el Código de la Familia y del Menor.

²⁵ Código de Trabajo de 1947. Este código es el único que en su sección procesal que fijo los criterios de competencia judicial internacional laboral haciendo la distinción entre regla de competencia judicial en la relación individual y competencia judicial en las relaciones colectivas y que no fueron derogadas por el código de Trabajo de 1972.

²⁶ Art. 318 Código Bustamante: Será en primer término juez competente para conocer los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el Juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario. La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de su situación.

rrir a fórmulas científicas contractuales sino al juez de la causa, en poder completar la construcción de un contrato basado en dichas reglas el justo sentido de los efectos vinculantes. Esta inserción responde a la tendencia sostenida en el antiguo Decreto Ley No. 5 de 1999, que designaba a los principios de Unidroit vinculados al arbitraje comercial en su art. 27 de dicha normativa.

IV. Aportes significativos a la nueva codificación del DIPr panameño.

Preliminarmente, el código en estudio traza conceptualmente una definición de lo que se entiende por una relación jurídica de carácter internacional que permita activar el rejuego de las reglas de conflictos necesarias para orientar al juez y a las partes en la interpretación de cualquier causa de derecho internacional²⁷. Por otro lado, extiende la noción de orden público internacional y sus variantes que auxilien al juzgador en precisar su dimensión²⁸.

Los aportes e innovaciones son diversas entre ellos la derogatoria del *forum non conveniens* como eventual instrumento unilateral y discrecional alejado de toda interpretación normativa²⁹. Logra reglamentar como fuente interna la litispendencia que en el código de procedimiento se encontraba excluida³⁰.

²⁷ Art. 2 Código DIPr: Se entiende que existe una relación jurídica internacional cuando un negocio jurídico se ventile ante la jurisdicción panameña y presente factores de conexión con dos o más Estados, obligando al juez de la causa a determinar de acuerdo con sus normas de conflictos su competencia y qué ley debe gobernar las relaciones jurídicas en examen. También se entiende por una relación jurídica internacional cuando las partes en un contrato se encuentren domiciliadas en Estados diferentes obligando al juez a determinar qué ley debe regir el contrato de acuerdo con las reglas previstas en la presente norma. Igualmente se tendrá por una relación jurídica internacional toda relación que se articule o construya producto de una necesidad del comercio internacional o de hechos o actos jurídicos cuya ejecución se produzca o se perfeccione en dos o más Estados.

²⁸ Art. 7 Código DIPr: Los efectos jurídicos de un acto o ley extranjera o internacional no serán reconocidos, total o parcialmente, cuando su aplicación vulnera o viole: 1. Principios fundamentales, 2. Derechos esenciales, 3. Instituciones básicas del ordenamiento jurídico panameño. La no aplicación del derecho o ley extranjera o internacional será suplida por el derecho interno.

²⁹ Art. 15 Código DIPr: Los tribunales panameños podrán declinar su competencia cuando la ley no le atribuya el conocimiento o cuando los hechos de la demanda no guarden relación con el ordenamiento jurídico panameño. Esta norma no excluye la aprehensión del conocimiento cuando la competencia derive de prórroga expresa o tácita. Los tribunales panameños se inhibirán de conocer una causa en contra de un Estado u organismo internacional que goce de inmunidad o cuyos actos objeto de la controversia serán de *iure imperium* o actos de soberanía. No obstante, el juez panameño podrá conocer de las demandas de los servicios de un Estado cuando dichos actos sean considerados de *iure gestione* o incidan sobre una actividad de comercio internacional y cuyos efectos se produzcan en el territorio de la República de Panamá. El juez excluirá de plano toda acción que no tenga asidero en una conexión legal prevista en los códigos y constituya una acción procesal en fraude a la jurisdicción internacional o producto de acción denominada de *forum shopping* o jurisdicción simulada.

³⁰ Art. 18 Código DIPr: Podrá excluirse la jurisdicción panameña cuando medie excepción de pleito pendiente en otra jurisdicción y coincida con el siguiente requisito: cuando exista un proceso ya trabado

En la esfera contractual, se subraya el valor del poder de la autonomía de la voluntad con la regla latina *pacta sunt servanda*, que para muchos va implícita, pero no siempre es evidente³¹. Como corolario del consensualismo del Derecho de los contratos se introduce el principio de buena fe en los negocios internacionales en su fases: *precontractual, contractual y de ejecución*. Si bien es cierto, el sistema conflictual deja claro la temática del contractualismo tradicional, el código introduce en el ordenamiento jurídico el contrato entre desiguales³² sujeto a una reglamentación de reequilibrio que no es más que el sub producto de los contratos de adhesión. Esta regla traduce el sentimiento de un derecho internacional privado de protección internacional.

Recoge los principios de contratación moderna implementado por las reglas de Unidroit³³ y consagra una puntual regla jurídica relativa al basamento de la *lex mercatoria* en el plano de los negocios mercantiles transnacional³⁴.

Introduce el código de DIPr, todo un Título sobre cooperación judicial internacional que comprende la asistencia penal y civil en el campo de la obtención de prueba pero fundado en los *principios de proporcionalidad, doble incriminación, especialidad y defensa del orden público e interés público* principios que se desprenden del derecho de los Tratado de Cooperación Panameño – Norteamericano TALM³⁵.

en el extranjero, entendiéndose por ello cuando la demanda incoada con antelación en el resorte de la jurisdicción extranjera haya sido admitida y dicha acción recaiga sobre las mismas partes, los mismos hechos y la misma causa a pedir. La excepción de pleito pendiente busca evitar que dos procesos idénticos produzcan fallos contradictorios que se anulen recíprocamente.

³¹ Art. 72 Código DIPr: las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de estos y de buena fe y lealtad negocial, salvo las limitaciones que establezca la ley. La buena fe debe ser apreciada en el marco de la voluntad acordada en el convenio. El juez apreciará la buena fe en las fases precontractual, contractual y de ejecución bajo las reglas de justicia y cooperación contractual internacional.

³² Art. 89 Código DIPr: Se entiende por contratos desiguales o de adhesión los contratos en los que la parte más débil no tiene facultad para negociar las cláusulas esenciales de dichos contratos. Se entenderá como cláusulas esenciales o de adhesión las cláusulas que fijan el precio, las condiciones de ejecución del contrato y las cláusulas de solución de conflictos. La imposición de una de esas cláusulas se entenderá como el medio de comprobación de un contrato desigual.

³³ Art. 86 Código DIPr: Las partes podrán utilizar los principios sobre los contratos comerciales internacionales reglamentados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido como Unidroit por sus siglas en francés, como regla supletoria al Derecho aplicable o medio de interpretación por el juez o árbitro, en los contratos o relaciones de Derecho Comercial Internacional.

³⁴ Art. 87 Código DIPr: Es válido entre las partes pactar dentro de los contratos de comercio los usos generales, las costumbres dentro de la actividad comercial y las prácticas reiterativas de carácter internacional conocidas por las partes en calidad de operadores del comercio o agentes económicos dentro de sus relaciones internacionales. El conjunto de usos, costumbres y prácticas comerciales internacionales es fuente de derecho y es vinculante desde que se pacta o se desprende de la actividad natural de comercio.

³⁵ Art. 114 Código DIPr: La cooperación judicial internacional se basa en la solidaridad de la administración de justicia. Toda cooperación internacional penal deberá cumplir con los principios de pro-

Reglamenta de manera amplia la noción de arbitraje comercial como reminiscencia del Decreto Ley No. 5 de 1999³⁶. Dentro de su innovación del arbitraje comercial innova el arbitraje tributario internacional fundados en la conexión corporativa de las partes y la autoridad fiscalizadora.

Reglamenta y define la quiebra internacional. De igual suerte, libera de todo control del ejecutivo la designación del síndico de la quiebra internacional. Más, sin embargo, supedita los efectos de la quiebra extranjera al proceso de reconocimiento y solo producirá sus efectos pleno derecho sino mediara proceso de quiebra previo en la jurisdicción panameña³⁷.

Finalmente, el nuevo código en los proceso de reconocimiento y ejecución de sentencia introduce una jerga actualizada del lenguaje judicial internacional.

Reconoce como primer criterio olvidado en materia de ejecutivo en los Código del 17 y del 86 del siglo pasado la exigencia del control de la competencia judicial. Introduce de manera explícita el principio del contradictorio eclipsado por la noción interna de rebeldía procesal y consagra la excepción del orden público anteriormente ignorada por nuestro cuerpo normativo anterior³⁸.

porcionalidad, doble incriminación, especialidad y defensa del orden público y del interés público. A falta de convenio expreso, se realizará toda asistencia judicial por virtud de la cortesía internacional o por vía de reciprocidad controlada.

³⁶ Art. 149 Código DIPr: El arbitraje comercial es, de conformidad con este Código, cuando el objeto o negocio jurídico contenga elementos de extranjería o de conexión, suficientemente significativos que lo caractericen como tal, o cuando conforme a la regla de conflicto del foro lo califiquen como internacional. También se considerará que el arbitraje es comercial internacional al concurrir alguna de las circunstancias siguientes: 1. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de celebración de ese convenio, sus oficinas o establecimientos en Estados diferentes. 2. Si el lugar del arbitraje que se han determinado en el convenio arbitral o con arreglo a esté, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos. 3. Si el lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica que vincula a las partes, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos. 4. Si el lugar con respecto al cual la controversia guarda una relación más estrecha, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos. 5. Si la materia objeto de arbitraje es de naturaleza civil o mercantil internacional y/o está relacionada con más de un Estado y/o consista en prestaciones de servicios, enajenación o disposición de bienes o transferencias de capitales que produzcan efectos transfronterizos o extraterritoriales.

³⁷ Art. 161 Código DIPr: El reconocimiento de la quiebra extranjera producirá sus efectos sin que medie ejecutivo cuando no se haya declarado proceso de quiebra alguno en el territorio de la República de Panamá sobre el fallido extranjero o cuando no exista una masa de acreedores locales. La nominación del síndico extranjero, así como las medidas conservatorias, no está sujeta a proceso de ejecutivo alguno. Sin embargo, la nominación del síndico extranjero deberá constar mediante resolución o decisión extranjera debidamente apostillada y traducida al idioma español, señalando sus facultades, las cuales deben ser validadas ante el juez civil o de comercio, según sea el caso, ante quien deberá tomar posesión del cargo y obtener autorización para la ejecución de sus facultades.

³⁸ Art. 179 Código DIPr: Sin perjuicio de lo que se dispone en tratados especiales, ninguna sentencia dictada con país extranjero podrá ser ejecutada en la República de Panamá si no reúne los siguientes requisitos: 1. Que la sentencia haya sido dictada por un tribunal competente, es decir, que no haya con-

Incorpora el régimen de solución de conflictos de la ley 8 de procedimiento marítimo del derecho internacional privado al código de derecho internacional privado, permitiendo integrar la técnica conflictualista de los primeros artículos a los procesos de derecho internacional privado marítimo³⁹.

culcado la competencia privativa de los tribunales panameños. Se entiende que la competencia sobre bienes inmuebles ubicados en la República de Panamá es de competencia privativa de los jueces panameños. 2. Que la sentencia no haya sido dictada en rebeldía, entendiéndose por tal, para los efectos de este artículo, el caso en que la demanda no haya sido personalmente notificada al demandado. Es decir, que el proceso evacuado en el extranjero haya cumplido con el principio del contradictorio. 3. Que la sentencia pronunciada por tribunal extranjero no conculque principios o derechos fundamentales del orden público panameño. 4. Que la copia de la sentencia sea auténtica y si fuera el caso debidamente traducida al idioma español. Se entiende por sentencia extranjera objeto del executur toda sentencia revestida de autoridad de cosa juzgada y que en el resorte de su jurisdicción esté en firme y no sujeta a recurso alguno.

³⁹ Art. 181 Código DIPr: Salvo los tratados internacionales ratificados por la República de Panamá, en cualquier juicio entablado en los tribunales marítimos panameños, los derechos y obligaciones de las partes se determinarán ajustándose a las siguientes normas especiales de DIPr y en los casos no establecidos en este Capítulo, conforme lo dispone el Derecho Común: 1. En cuanto a la tradición y las normas de publicidad de la propiedad de una nave, conforme lo dispongan las leyes del país de su registro; 2. En cuanto a los derechos reales, créditos privilegiados que afecten la nave y su prelación, la ley del país de su registro; 3. En cuanto a los derechos reales y la graduación de créditos privilegiados sobre carga o flete, salvo pacto expreso en contrario, las leyes de la República de Panamá; 4. En cuanto a la extinción de los derechos de acreedores de la nave, sean estos privilegiados o no, las leyes del país de registro de la nave, y en el caso de acreedores de la carga o flete, las leyes de la República de Panamá; 5. En cuanto a lo que concierne al orden interno de la nave y a los derechos, poderes, obligaciones y atribuciones del capitán, los oficiales y trabajadores del mar, las leyes del país de registro de la nave. Sin embargo, el capitán o cualquiera otra persona sujeta a la jurisdicción de los tribunales panameños será considerado con suficiente poder para representar judicialmente a la nave o a su armador, y específicamente para recibir notificaciones en representación de estos; 6. En cuanto a responsabilidad extracontractual de los armadores, del capitán, los oficiales, tripulantes y cualquier otra persona que preste servicios a bordo de la nave por daños causados o que se causen a bienes o a cualesquiera de dichas personas o a cualesquiera otras personas que se encuentren a bordo de una nave, las leyes del país de registro de la nave; 7. En cuanto a reclamaciones de estibadores, muelleros u otros trabajadores portuarios y a reclamaciones de terceras personas que presten servicios a la nave relacionados con el comercio marítimo o que se encuentren temporalmente a bordo de la nave mientras esté en puerto, salvo pacto en contrario en caso de responsabilidad contractual, las leyes del país donde haya ocurrido el hecho o los hechos que den lugar a la demanda, aunque estas hayan ocurrido a bordo de la nave; 8. En cuanto a la determinación del tipo de avería que afecte a la nave o a su carga y la proporción en que estas contribuyan a soportarla, salvo pacto en contrario, la ley del país de registro de la nave; 9. En casos de abordaje: a. Cuando se trate de naves de un mismo registro y el abordaje ocurra en aguas internacionales, las leyes del país de registro común a ambas. b. En caso de que el abordaje ocurra en aguas territoriales de un país, las leyes del lugar del accidente. c. En caso de que el abordaje ocurra en aguas internacionales entre naves de diferentes registros, las leyes de la República de Panamá; 10. En cuanto a los efectos de los contratos de transporte de carga o pasajero, incluyendo los conocimientos de embarque, salvo pacto expreso en contrario, las leyes del país donde se efectúe el embarque o donde aborden la nave los pasajeros; 11. En cuanto a los efectos de los contratos de seguro marítimo, salvo pacto expreso en contrario, las leyes del país de domicilio del asegurador o de sus sucursales o agencias cuyo domicilio será el lugar donde operan; 12. En cuanto a los efectos de los contratos para la explotación de una nave, por viajes o por tiempo definido, que afecten todo o parte de la nave y que excluyan o no al armador de su control y manejo, salvo pacto expreso en

Bibliografía

- Batiffol, H.: *Aspects philosophiques du droit international privé*, París, Dalloz, 2002.
- Boutin, G.: “El reenvío en el DIPr panameño”, *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá*, 1985, pp. 63 ss.
- Boutin, G.: *Droit international privé conventionnel en Amérique Latine*, Panamá, Edición Maître Boutin, 2009.
- Boutin, G.: *Naturaleza y Objeto del DIPr*, Panamá, Core–CEI, 2002.
- Capelletti, M. y G. Bryant: *El acceso a la justicia*, Fondo de cultura económica de México, 1978.
- Dutoit, B.: *Loi Fédérale du 18 décembre 1987*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1995.
- Maekelt, T. de: *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.
- Sánchez De Bustamante y Sirven, A.: *Derecho internacional privado*, t. II, Habana Cultural, S.A., 1943.
- Ulloa, A.: *Congreso Americanos de Lima, Recopilación de Documentos*, t. II, Archivo Diplomático del Perú III, Lima, Imprenta Torres Aguirre, 1938.
- Vargas Velarde, I.: *El Derecho en Panamá su evolución 1903–2003*, Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, 2003.
- Yepes, J.M.: *La Conférence Panaméricaine de Lima et les progrès du Droit des Gens*, París, A. Pedone, 1939.

contrario, las leyes del país de registro de la nave; 13. En cuanto a efectos de los contratos por servicios que se presten a la nave o su carga y de los contratos por aprovisionamiento de la nave, salvo pacto expreso en contrario, las leyes del país donde se preste el servicio, y si se trata de servicios prestados a una nave o su carga en aguas internacionales, las leyes del país del registro de la nave; 14. En cuanto a la forma y solemnidad de cualquier contrato marítimo, las leyes del lugar donde se celebre; 15. En cuanto a la existencia y determinación de la limitación de responsabilidad del armador de la nave, por las leyes del país de su registro, y en cuanto a la existencia y determinación de la limitación de responsabilidad del propietario de la carga, las leyes de la República de Panamá; 16. En cuanto a prescripción, la que establezca la legislación que deba determinar los derechos y obligaciones según lo dispuesto en este artículo; 17. En cuanto a la fijación de costas, se aplicarán las leyes de la República de Panamá.

LA NORMATIVA SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PERUANO: UNA VISIÓN DESDE EUROPA *

Aurelio LOPEZ–TARRUELLA MARTINEZ **

SUMARIO: I. Introducción. II. Regla general: competencia de los tribunales peruanos sobre demandados domiciliados en Perú. III. Reglas especiales: competencia de los tribunales peruanos cuando el demandado no está domiciliado en Perú. 1. Sumisión expresa y tácita. 2. Foro para demandas reconventionales. 3. Foros especiales en materias extra-patrimoniales. 4. Foros especiales en materias patrimoniales. 5. Foro especial para la adopción de medidas provisionales o cautelares. IV. Litispendencia, cosa juzgada y competencia negativa. V. Valoración final.

RESUMEN: El presente trabajo constituye una primera aproximación a las normas sobre competencia judicial internacional de origen convencional e interno del sistema de Derecho internacional privado peruano. Con carácter general se puede considerar una regulación completa y coherente si bien la jurisprudencia en la materia es muy escasa. Entre sus particularidades se puede mencionar la existencia del *forum causae* en materia de Derecho de persona y familia, y de normas sobre litispendencia internacional y de no competencia. Aunque las soluciones aportadas se pueden considerar adecuadas, resulta precisa una adecuación por vía interpretativa a los nuevos condicionantes del comercio internacional.

PALABRAS CLAVE: PERÚ – AMÉRICA LATINA – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – *FORUM CAUSAE* – DERECHO COMPARADO

SUMMARY: The objective of this work is to provide a first approach to the international and national rules on jurisdiction of the Peruvian Private International Law system. Generally speaking, the regulation is complete and coherent but the case law in the field is scarce. Among the particularities of the regulation, it is worth to mention the use of *forum causae* for actions in family and personal matters, and the existence of rules on international *lis pendens* and decline of jurisdiction. While the solutions that these rules provide can be considered as adequate, an adaptation to the existing circumstances of international commerce is needed by means of interpretation.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación llevado a cabo en mi condición de profesor visitante de la Pontificia Universidad Católica de Perú durante el curso académico 2012–2013. Quiero expresar mi agradecimiento al profesor Cesar Delgado Barreto por su hospitalidad durante mi estancia en Perú y por la ayuda prestada para la elaboración de este trabajo.

** Profesor titular Derecho internacional privado. Universidad de Alicante.

KEYWORDS: PERU — JURISDICTION — LATIN AMERICA — FORUM CAUSAE — COMPARATIVE LAW.

I. Introducción

1. La primera cosa que llama la atención al aproximarse al sistema de Derecho internacional privado de Perú es que la gran mayoría de sus normas tienen más de treinta años de antigüedad. Tal es el caso del Libro X del Código civil, adoptado en 1984, y de la mayoría de convenios internacionales de los que es parte Perú. Ello resulta llamativo por que en los últimos 15 años, Perú ha experimentado una serie de transformaciones socio-económicas que deberían suponer un incremento en el número de situaciones privadas internacionales de las que conocen sus autoridades. En primer lugar, un aumento en los flujos migratorios, primero hacia fuera —en particular, como consecuencia de la emigración a Europa durante la primera década del siglo XXI— y posteriormente hacia dentro —es el caso del número creciente de españoles que están emigrando a Perú en busca del trabajo que falta en España—. En segundo lugar, Perú ha abierto sus fronteras al comercio internacional y la inversión extranjera a partir de la ratificación de un importante número de tratados de libre comercio bilaterales o regionales, siendo los más importantes los celebrados con Estados Unidos (entró en vigor en 2009), China (2010), Unión Europea (2013, en el que también participa Colombia) y el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP en sus siglas en inglés), el cual todavía está en fase de negociación¹. En tercer lugar, al igual que el resto de países del continente suramericano, Internet y los avances en el sector de las tecnologías de la información y la comunicación están facilitando enormemente la celebración de contratos y la realización de otras actividades con una dimensión internacional.

A pesar de estas transformaciones, Perú no ha considerado necesario modificar su sistema autónomo de DIPr o ratificar algún convenio internacional adicional. Las únicas excepciones a esta tendencia general han sido la adopción de la Ley General de Arbitraje², la modernización de la Ley de Inmigración en 2008³, y la ratificación de cinco convenios en áreas muy dispares, tres de ellos adoptados en el marco de la Conferencia de La Haya⁴.

¹ El texto de estos tratados puede consultarse en <http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/>.

² Decreto 1071 de 27 junio 2008, que sustituye a la Ley 26572 de 1996.

³ Ley de extranjería (Decreto Legislativo 703 de 1991), modificado por el Decreto Legislativo 1043 de 26 junio 2008, y la Ley de contratación de trabajadores extranjeros (Decreto legislativo 689 de 1991).

⁴ En concreto la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías (ratificado en 2000), Convenio de Unidroit de 1995 sobre los bienes robados o exportados ilícitamente (ratificado en 1998), Convenio de La Haya de 1993 sobre la protección del niño la cooperación en materia de adopciones internacionales (ratificado en 1995); Convenio de La Haya de 1980 sobre sus-

Una posible razón que explicaría este “olvido del DIPr” podría ser que, en la práctica, muy pocas controversias internacionales llegan a los tribunales peruanos pues resulta habitual que las partes recurran al arbitraje en aquellas materias en las que es factible. Esto genera un círculo vicioso: cuantas menos controversias internacionales llegan a los tribunales peruanos, menor es el número de sentencias en la materia, lo que impide que el sistema de DIPr se desarrolle jurisprudencialmente y se adapte a las circunstancias cambiantes de las situaciones privadas internacionales.

A pesar de ello se puede afirmar que Perú cuenta con un sistema de DIPr coherente y completo que carece de los defectos que la doctrina ha identificado en otras normativas de DIPr en el continente sudamericano⁵. Ciertamente, la falta de jurisprudencia dificulta la búsqueda de una solución a los defectos que aún presenta: la falta de adaptación a las circunstancias actuales del comercio internacional –incremento de contratos internacionales de consumo⁶, multiplicación de los ilícitos cometidos a distancia como consecuencia de Internet⁷–, la tendencia a conexiones extremadamente rígidas en algunas materias de Derecho de familia, o la incertidumbre que genera la relación entre la legislación internacional y los convenios internacionales –varios de ellos del siglo XIX– en la materia. Ahora bien, la solución de los mismos puede venir de la mano de la doctrina, por cuanto el art. 2047 Cc establece que los principios y criterios consagrados por ésta son aplicables “supletoriamente”, término que la propia doctrina interpreta ampliamente para que también jueguen una función interpretativa de las normas existentes (y no sólo supletoria)⁸.

2. Por lo que respecta al sector de competencia judicial internacional, al cual se refiere específicamente este trabajo, la valoración que se puede hacer es similar al que hemos realizado sobre el conjunto del sistema. Se trata de un cuerpo

tracción internacional de menores (ratificado en 2001); Convenio de La Haya de 1961 suprimiendo la legalización de los documentos públicos extranjeros (ratificado en 2010).

⁵ De hecho el Libro X parece haber sido tomado en consideración a la hora de redactar bastante disposiciones de una de las leyes especiales de DIPr más aplaudidas en la región: la Ley venezolana de 1998 (*Gaceta Oficial*, n° 36.511, 6 agosto 1998).

⁶ Precisamente uno de los temas sobre los que está trabajando la CIDIP VII.

⁷ El comercio electrónico es otro de los temas a debate en CIDIP VII.

⁸ Vid. C.L. Candela Sanchez, “Art. 2047”, *Código civil comentado*, t. X, 3ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2010, p. 501. Desafortunadamente, aunque valiosos, son escasos los trabajos recientes de la doctrina peruana sobre DIPr, especialmente en materia de competencia judicial internacional. Con carácter general deben citarse J. Basadre Ayulo, *Derecho internacional privado*, 4ª ed., Lima, Ediciones Legales, 2010; C. Delgado Barreto, M.A. Delgado Menéndez y C.L. Candela Sánchez, *Introducción al Derecho internacional privado*, vol. I, 3ª ed., Lima, PUCP-Fondo Editorial, 2008; vol. II, Lima, PUCP – Fondo Editorial, 2007; M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho internacional privado*, Lima, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1987.

normativo completo y coherente que, sin embargo, ha quedado anticuado. Como consecuencia de ella los foros de competencia en algunas materias no son los más adecuados, y la relación entre fuentes convencionales y autónomas⁹ genera mucha inseguridad jurídica.

El instrumento principal en la materia es el Título II, “Competencia jurisdiccional”, del Libro X del CC (arts. 2057–2067), seguido de lejos por los Tratados de Montevideo de 1889 –ratificados por Perú, Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay y Uruguay– siendo los más importantes el de Derecho Civil (TMDCiv) y de Derecho comercial internacional (TMDCom), si bien también se incluyen disposiciones particulares sobre jurisdicción en los referidos a propiedad industrial e intelectual. Todavía de menor importancia debido a su limitado ámbito de aplicación son el Tratado de Lima de 1878 de Derecho internacional privado –sólo ratificado por Perú y Costa Rica– y el Tratado de La Habana de 1928 de Derecho internacional privado (Código de Bustamante) –solo en vigor en las relaciones de Perú con Venezuela y Brasil–.

Con carácter general, se pueden destacar las siguientes características sobre esa regulación. En primer lugar, en el régimen de producción interna, todas sus normas están contenidas en un mismo instrumento, el Libro X del Cc. No adolece de la dispersión física y regulación fragmentaria que parece caracterizar la regulación de esta materia en otros países latinoamericanos¹⁰. En segundo lugar, al contrario de lo que ocurre en otras regulaciones autónomas sobre jurisdicción, las normas de competencia judicial del Libro XX son normas unilaterales–atributivas. No se plantean, por tanto, los problemas metodológicos que existen en otros ordenamientos donde estas mismas normas tienen un carácter multilateral¹¹. En tercer lugar, sí que resulta común al resto de ordenamientos de la región el hecho de que todavía se percibe en estas normas una dependencia excesiva respecto al Derecho aplicable¹². Esto se pone de manifiesto, en particular, en la institución del *forum legis* o *forum cause*. En cuarto lugar, los foros de competencia del Libro X responden al principio de proximidad razonable pues sus normas garantizan que los tribunales peruanos sólo resulten competentes en supuestos suficientemente vinculados con el ordenamiento nacional¹³. No exis-

⁹ A pesar de pertenecer a una organización de integración económica con instituciones con competencias legislativas (Comunidad Andina), en el DIPr peruano no hay fuentes de producción institucional. Hasta el momento la Comunidad Andina no ha adoptado instrumentos en materia de DIPr.

¹⁰ Vid. D. Fernández Arroyo, “Acerca de la necesidad y las posibilidades de una Convención interamericana sobre competencia judicial internacional”, *DeCITA*, vol 4, 2005, pp. 80–114, esp. p. 92.

¹¹ Es el caso, v.gr., del sistema argentino (*ibíd.*, p. 92) o del art. 2401 Cc uruguayo.

¹² *Ibíd.*, p. 85.

¹³ Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, op. cit., p. 75. En este sentido, el sistema de competencia judicial peruano carece de los llamados foros exorbitantes.

ten, como ocurre en otras legislaciones de la región, foros exorbitantes¹⁴. En quinto lugar, estas normas tienen un carácter “taxativo”, es decir los tribunales peruanos se pueden declarar competentes en los supuestos señalados en esta regulación y en ninguno más¹⁵. El sistema se basa, por tanto, en el principio de legalidad, si bien esta circunstancia no impide –como ocurre en España o Europa– la previsión de excepciones a partir de una norma de competencia negativa basada en la falta de vinculación con el foro. En sexto lugar, al contrario que otros ordenamientos en la región, el Libro X cuenta con mecanismos para resolver las situaciones problemáticas que se derivan cuando se abren procesos paralelos en el extranjero. Por último debe precisarse que la finalidad de estas normas es determinar la competencia judicial internacional general de los tribunales peruanos, pero no la competencia territorial¹⁶.

Anunciadas las características generales, en el presente trabajo se pretende ofrecer una aproximación de conjunto a la normativa peruana sobre competencia judicial internacional comparándola con la regulación existente en la Unión Europea y España. Con ello se pretende contribuir a cubrir una carencia en la materia pues, hasta donde se ha podido investigar, los trabajos doctrinales en la materia son muy escasos¹⁷. Como acertadamente se ha dicho, una normativa de competencia judicial internacional clara y bien articulada en atención a los principios básicos que cada Estado, puede favorecer a garantizar el respeto de los derechos de los particulares y a que los Estados resulten más atractivos para los negocios internacionales¹⁸.

Aunque las normas convencionales prevalecen sobre las de producción interna, vamos a tomar como *iter* expositivo la regulación contenida en el Libro X Cc. Así, se va a distinguir entre la regla general de competencia de los tribunales peruanos sobre todas las personas domiciliadas en Perú, y aquellos supuestos en los que los tribunales peruanos se pueden declarar competentes aunque el demandado esté domiciliado en el extranjero. Para acabar se estudiarán las disposiciones que contiene el Libro X para resolver los problemas de aplicación que pueden aparecer a la hora de determinar la competencia de los tribunales peruanos.

¹⁴ Un ejemplo es el art. 40.3º Ley de DIPr de Venezuela que establece el foro del emplazamiento.

¹⁵ Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, op. cit., p. 77.

¹⁶ *Ibid.*, p. 77.

¹⁷ De las obras generales citadas anteriormente, solamente los comentarios a los arts. 2057–2067, *Código civil...*, op. cit., pp. 531–560 y M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, op. cit., contienen un análisis de las normas sobre jurisdicción. También puede consultarse A. Sierralta, “La experiencia peruana sobre competencia jurisdiccional, aplicación de la ley extranjera y reconocimiento de sentencias”, *DeCITA* 4, 2005, pp. 675–694.

¹⁸ Vid. D. Fernández Arroyo, “Acerca de ...”, loc. cit., p. 92.

II. Regla general: competencia de los tribunales peruanos sobre demandados domiciliados en Perú

3. Con carácter general el art. 2057 Cc establece la competencia de los tribunales peruanos para conocer de demandas contra personas domiciliadas en Perú. Se sigue, con ello, la solución establecida a nivel convencional, en el art. 56 TMD Civ. Se abandona con esta regla el criterio dual nacionalidad–domicilio, establecido anteriormente en el Cc de 1936 y el antiguo Código de procedimientos civiles, y que resultaba un claro privilegio a favor de los nacionales peruanos contrario al actual art. 2046 Cc.

Las razones detrás de la elección de este criterio como foro general de competencia son de sobra conocidas¹⁹: a) garantizar el derecho de defensa del demandado pues la demanda debe presentarse en un lugar donde éste puede fácilmente defenderse; b) atribuye la competencia a los tribunales peruanos en supuestos que tienen una clara vinculación con el ordenamiento de Perú pues es el país donde el demandado tiene su centro de actividades o su centro de vida; c) garantiza una hipotética ejecución de la sentencia puesto que generalmente el demandado posee bienes con los que responder en su domicilio²⁰.

4. A la hora de determinar si el domicilio de la persona física se encuentra en Perú, es preciso tomar en consideración lo dispuesto en la Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en Derecho internacional privado hecha en Montevideo el 8 mayo 1979 (CIDIP II). De no resultar aplicable ésta, el domicilio a efectos del art. 2057 Cc se determina en atención a las normas de Derecho interno sobre el domicilio civil²¹ (arts. 33–41), las cuales como veremos resultan inadecuadas. En ambos casos, se entiende que el domicilio “se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar”. Al contrario del concepto utilizado en España (arts. 40 y 41 Cc) el término exige presencia física en un lugar y habitualidad pero no voluntad de permanecer. Esto conlleva que resulte mucho más fácil la aparición de situaciones problemáticas.

Para empezar, si resulta imposible determinar donde se encuentra la residencia habitual de una persona –piénsese, por ejemplo, en una persona que acaba de

¹⁹ De hecho, es un criterio de competencia compartido por el resto de ordenamientos en la región y también en España (art. 22.2º LOPJ) y la Unión Europea (entre otros, art. 2 RB I).

²⁰ Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, op. cit., p. 78.

²¹ A la hora de elaborar el Código civil, se propuso la inclusión de seis artículos reguladores del domicilio internacional de la persona natural. Finalmente no se incluyeron al entender que la remisión a las normas sobre domicilio civil resultaban suficientes. Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, op. cit., p. 33.

trasladarse a vivir a Perú, situación en la que todavía no puede hablarse de “habitualidad”–, la Convención opta por atender al lugar del centro principal de los negocios del demandado y, en su defecto, o si la controversia no tiene que ver con sus actividades económicas, el lugar de la simple residencia. Si aún así todavía resulta imposible localizar el domicilio, se tendrá en cuenta el “lugar donde [esa persona] se encuentre”, criterio que no debe entenderse como exorbitante en la medida en que sólo resultaría aplicable si esa persona no tiene domicilio en ningún país. En la normativa peruana interna se prescinde de las dos primeras soluciones, para indicar que en tal caso la persona se entenderá domiciliada allí donde se encuentre (art. 41). A mi modo de ver, ni la solución prevista en la Convención ni en la normativa interna son convincentes. A la hora de determinar la residencia habitual en supuestos problemáticos debe adaptarse a las circunstancias particulares de cada institución jurídica tal y como ha hecho la normativa europea y la jurisprudencia del TJUE. Así, en materias patrimoniales, debería tomarse en consideración la residencia habitual relacionada con las actividades profesionales del sujeto²². Sin embargo, en materias de Derecho de familia, debería atenderse a lugar en el que la persona tenga una cierta integración en un entorno social y familiar²³. La posibilidad abierta por el art. 2048 de tomar en cuenta los principios generales consagrados por la doctrina de DIPr debería ser utilizada por los tribunales peruanos para introducir estas consideraciones en sus fundamentaciones.

Más problemáticas son aquellas situaciones en las que una persona tiene su residencia habitual en Perú y en un país extranjero: ¿Cuál de ellos debe preferirse para fijar el domicilio?. De acuerdo con la Convención Interamericana, se tendrá en cuenta “aquel donde tenga la simple residencia” (art. 6), solución que es preferible a la contenida en el art. 35 Cc, según la cual ambos lugares pueden considerarse domicilio. Esta última solución debe desecharse por la inseguridad que genera²⁴. Pero, de nuevo, tampoco la solución establecida en la Convención parece la mejor. Al igual que hemos dicho anteriormente, para determinar si la residencia habitual de la persona está en Perú, debería atenderse a las circunstancias particulares de cada institución.

5. Por lo que respecta al domicilio de las personas jurídicas²⁵, el art. 20 Ley General de Sociedades²⁶ fija la regla general según la cual tienen domicilio en

²² En este sentido, *vid.* A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol I, 14ª ed., Granada, Comares, 2014, p. 243.

²³ En este sentido, SSTJUE 22 diciembre 2010, asuntos C-497/11, PPU: *Mercredi* y 2 abril 2009: *menores C, D y E*.

²⁴ *Ibid.*, pp. 34–35.

²⁵ El foro del domicilio de la persona jurídica también viene establecido por los arts. 7 y 10 TMD-Com (en el último caso, en relación con las sociedades de seguros).

territorio peruano, las sociedades constituidas en el Perú²⁷. Ahora bien, no se considerará domiciliada en territorio peruano aquella sociedad que aún constituida en el Perú lleve a cabo su objeto social en el extranjero y fije su domicilio fuera del país.

Como puede observarse, al contrario de lo que ocurre en el marco del art. 63 Reglamento Bruselas I (RB I)²⁸, no existen distintas alternativas para fijar el domicilio de la persona jurídica.

III. Reglas especiales: competencia de los tribunales peruanos cuando el demandado no está domiciliado en Perú

6. Según se ha indicado, con carácter general los tribunales peruanos son competentes cuando el demandado está domiciliado en Perú. Por ello, los supuestos en los que estos tribunales pueden declararse competentes sin que el demandado esté domiciliado en territorio peruano deben verse como una excepción²⁹, circunstancia que tiene implicaciones a la hora de interpretar estas normas.

Todos los foros aplicables cuando el demandado está domiciliado en el extranjero responden al principio de proximidad, y pueden considerarse neutros por cuanto ninguno de ellos tiene la finalidad de proteger a alguna de las partes. Esto permite afirmar, de entrada, la ausencia de foros de protección de la parte débil, defecto del sistema que, como veremos, no siempre puede encontrar solución por vía de interpretación.

Los foros de competencia aplicables en defecto de domicilio del demandado en Perú pueden subdividirse en dos categorías:

a) Generales, en el sentido de que son aplicables con independencia de la materia: la sumisión expresa y tácita, el foro reconvencional y el foro de medidas provisionales.

b) Especiales, es decir aplicables en materias específicas. Nos referimos con ellos a los foros especiales en materias patrimoniales y extra-patrimoniales.

²⁶ Ley 26882 de 9 diciembre 1997.

²⁷ En atención a lo que establece la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedad mercantiles, en Perú se sigue el criterio del “lugar de constitución” de la sociedad (art. 2073 Cc).

²⁸ En el presente trabajo se ha utilizado el texto del Reglamento 1215/2012 de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DOUE L 351, 20 de diciembre 2012 que entra en vigor el 10 enero 2015.

²⁹ Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, op. cit., p. 79.

1. Sumisión expresa y tácita

7. En Perú no existen las reservas que se albergan en otros países latinoamericanos respecto de la autonomía de la voluntad en materia de jurisdicción³⁰. De ahí que el art. 2058 c) Cc establezca la competencia de los tribunales peruanos para conocer de acciones patrimoniales “cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción”. La misma regla se establece en el art. 2062.2 en materia de acciones personales, si bien en este caso se exige “que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República”. Estas disposiciones no hacen más que consagrar el principio derivado del Derecho procesal interno según el cual la competencia territorial es dispositiva y, por tanto, susceptible de quedar sin efecto ante la voluntad contraria de las partes³¹.

8. Debe observarse que, a nivel convencional, sólo el Código de Bustamante establece esta regla de jurisdicción y, además, con condiciones: que al menos uno de los litigantes sea nacional o esté domiciliado en el Estado designado en el acuerdo expreso o tácito y siempre que la elección no sea contraria a lo que establece el Derecho local³².

Los Tratados de Montevideo de 1898 no contiene esta regla por cuanto en el momento de su negociación todavía imperaba una concepción marcadamente publicista del DIPr contraria a dar entrada a la autonomía de la voluntad de las partes³³. Aunque en el Segundo Congreso Sudamericano se introdujo limitadamente la sumisión tácita en materia de jurisdicción, Perú no ha llegado a ratificar los Tratados de 1939/1940.

¿Quiere esto decir que en las situaciones incluidas en el ámbito de aplicación del TMDCiv y el TMDCom no es posible la sumisión expresa o tácita? A mi modo de ver, la respuesta debe ser que no. Llegar a una solución diferente a partir de los principios consagrados por el DIPr (art. 2048) nos llevaría a una interpretación *contra legem*. Sin lugar a dudas, la regulación es arcaica e inadecuada por lo que con la finalidad de reducir sus efectos al máximo, el ámbito de aplicación de estos Tratados debe limitarse al máximo. Aunque en su título hablen de Derecho civil y comercial, sólo deben entenderse cubiertas por el misma aquellas instituciones expresamente mencionadas: ausencia, matrimonio, patria

³⁰ Como por ejemplo en ciertos países de Mercosur, circunstancia que ha obstaculizado la adopción de instrumentos en materia de jurisdicción (vid. D. Fernandez Arroyo, “Acerca de ...”, *loc. cit.*, p. 101).

³¹ Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 79.

³² Art. 318. En relación con esta disposición, vid. J.L. Ochoa Muñoz, “La expresión salvo derecho local contrario e las normas sobre competencia procesal internacional del Código de Bustamante”, *DeCITA* 4, 2005, pp. 67–80.

³³ Vid. D. Fernandez Arroyo, “Acerca de ...”, *loc. cit.*, p. 84.

potestad, tutela y curatela, bienes, actos jurídicos, capitulaciones matrimoniales y sucesiones en el TMDCiv; sociedades, seguros terrestres, marítimos y sobre la vida, choques, abordajes y naufragios, contratos de fletamento, contratos de préstamo a la gruesa o a riesgo marítimo, averías, letras de cambio y falencias (quiebras) en el TMDCom. Deben, igualmente, precisarse que estos Tratados sólo son aplicables en las relaciones con 5 Estados sudamericanos.

9. De acuerdo con el art. 2059 se entiende que existe sumisión tácita cuando el demandante presenta una demanda ante los tribunales peruanos y el demandado “se apersona en el juicio sin hacer reserva”. En consecuencia, tal y como ocurre en España (art. 22.2º LOPJ) o la Unión Europea (art. 26 RB I), no se somete quien contesta solicitando la declinatoria de jurisdicción o interpone excepción de competencia³⁴. El art. 2059 también aclara que no se considera sometimiento tácito “los actos procesales [...] realizados bajo la amenaza o la imposición de medidas coercitivas sobre la persona o sobre sus derechos o bienes”³⁵. Ejemplos de estos actos son la intervención del demandado en una diligencia de embargo sobre sus bienes a raíz de un juicio ejecutivo iniciado contra su persona, o la personación en un juzgado citado bajo apercibimiento de detención³⁶. Tales actos no implican sometimiento. Del mismo modo, al demandado no domiciliado que no contesta a la demanda, no se le puede declarar rebelde y someterlo a la jurisdicción peruana³⁷.

Por lo que respecta a la sumisión expresa, su regulación es muy escueta limitándose el art. 2058.3º a decir que, salvo convención en contrario, la elección del tribunal peruano se entenderá exclusiva. La falta de requisitos ha llevado a la doctrina a afirmar la existencia de una gran flexibilidad en relación con la regulación del acuerdo de atribución de competencia: a) éste puede ser anterior o posterior al litigio e incluso en el momento de contestación a la demanda, supuesto muy cercano a la sumisión tácita; b) puede establecerse más de un tribunal competente de manera alternativa³⁸; c) pueden señalarse como competentes a los tribunales peruanos con carácter general o a un tribunal con carácter específico.

Al contrario que en Europa³⁹ y en otros ordenamientos del subcontinente sudamericano⁴⁰, no se precisa que el acuerdo de elección de foro se realice en una

³⁴ En el mismo sentido, art. 322 Código de Bustamante.

³⁵ En un sentido similar, el art. 45 Ley venezolana indica “que no sea el de proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva”.

³⁶ Vid. M.C. Tovar Gil, “Art. 2059”, *Código civil comentado*, t. X, 3ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2010, p. 541.

³⁷ *Ibid.*, p. 541.

³⁸ Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 80.

³⁹ Recuérdese que el art. 25 RB I exige que el acuerdo sea por escrito, o verbal con confirmación escrita, o en una forma habitualmente utilizada por las partes, o en una forma habitualmente utilizada en el

forma determinada⁴¹, circunstancia que, a mi entender, dificulta la determinación de si la voluntad efectiva de las partes era someterse a los tribunales peruanos. Para suplir esta laguna debe exigirse al menos, aplicando analógicamente lo dispuesto por el Código de Bustamante (art. 321), que los interesados hayan renunciado clara y terminantemente a su fuero propio y designado con toda precisión el juez a quien se someten.

10. Tanto la sumisión tácita como la expresa están sujetas a dos límites, uno general y otro específico para las acciones personales. El primero viene recogido en el art. 2067.1º, según el cual los tribunales peruanos carecen de competencia jurisdiccional para conocer de acciones relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles (predios) situados en el extranjero⁴². Al establecerse la competencia exclusiva de los tribunales peruanos sobre acciones reales relativas a predios situados en Perú (art. 2058 Cc), resulta coherente el respeto de la competencia exclusiva de los tribunales extranjeros sobre los bienes inmuebles situados en su territorio. Ahora bien, como veremos a la hora de hablar de las competencias negativas, el límite debería referirse a cualquier materia que, de acuerdo con el ordenamiento peruano, es competencia exclusiva. En este sentido debe recordarse, que el art. 25.4º RB I se refiere al art. 24 en general, por lo que incluye todas las materias objeto de competencias exclusivas.

El segundo límite es específico de las acciones personales. Según los arts. 2062.2º y 2067.3º el juez peruano no puede declararse competente en atención a la sumisión tácita o expresa si “la causa no tiene ninguna vinculación con el territorio de la República”⁴³. Lo primero que debe mencionarse es que “acciones personales” son a las que se refiere el art. 2062, por lo que el límite no resulta aplicable en materia de sucesiones, considerada “acción sobre universalidad de bienes” en el sentido del art. 2061 Cc. A mi modo de ver, el límite, cuya aplicación queda a la discrecionalidad del juez ante el que se presenta la demanda, es acertado pues la autonomía de la voluntad no puede jugar con igual libertad en estas acciones como en materia patrimonial. Además, esta disposición puede servir para proteger los intereses de la parte débil de la relación cuando litigar en Perú le supone un perjuicio debido a la escasa vinculación existente.

sector del comercio internacional considerado. Del mismo modo, otros Reglamentos también establecen requisitos de forma específicos: art. 4.2º Reglamento 4/2009 de obligaciones de alimentos, art 5.2º Reglamento 650/2012 de sucesiones transfronterizas.

⁴⁰ V.gr., art. 44 Ley DIPr venezolana.

⁴¹ Vid. M.C. Tovar Gil, “Art. 2059”, *Código Civil...*, op. cit., p. 540.

⁴² La misma regla se establece en el art. 318 Código de Bustamante, si bien admite disposición a contrario de la ley de situación del bien inmueble.

⁴³ En un sentido similar el art. 42.2º Ley de DIPr venezolana “que la causa tenga una vinculación efectiva con el territorio de la República”.

Debe recordarse que en la Unión Europea también se exige una cierta vinculación del litigio con el tribunal competente. Si bien, el requisito de que al menos una de las partes esté domiciliada en un Estado miembro ha sido suprimido del RB I (art. 24), se sigue exigiendo en materia de obligaciones de alimentos –el art. 4.1º sólo permite elegir determinados tribunales que tienen una clara vinculación con el supuesto– y de sucesiones –el art. 5.1º sólo admite la elección de los tribunales del Estado miembro cuyo Derecho es aplicable al supuesto–.

11. A mi parecer, la regulación de la sumisión tácita y expresa presenta una laguna evidente al no establecer ningún límite referido a los contratos en los que participa una parte débil. El creciente desplazamiento de trabajadores en la región y fuera de ella, alentados por la incesante ratificación de acuerdos comerciales, y el incremento de contratos internacionales celebrados por los consumidores, sobre todo, por medios electrónicos, exigen una modernización de las normas sobre competencia judicial internacional en estas materias. Para ello se pueden tomar como ejemplo la regulación establecida en Europa –arts 17 a 19 y 20 a 23 RB I– o en otros países latinoamericanos –en el marco del Mercosur, el Protocolo de Buenos Aires de 1996 sobre jurisdicción internacional en materia de contratos de consumo, todavía no entrado en vigor–.

Como veremos, para los contratos celebrados por consumidores o trabajadores en los que se incluye una cláusula de sumisión a tribunales extranjeros, esta laguna resulta integrada si se considera que estos acuerdos constituyen un “abuso de derecho” en el sentido de la regla de la *derogatio fori* establecida en el art. 2060. Ahora bien, una posición coherente exigiría que Perú no otorgara efectos a cláusulas de sumisión a tribunales peruanos incluidas en contratos celebrados por empresas peruanas en los que el consumidor ha adquirido el producto o servicios y tiene su residencia habitual en el extranjero, o en los que el trabajador reside y desarrolla su trabajo en el extranjero.

2. Foro para demandas reconvencionales

12. De acuerdo con el art. 2065 Cc, el tribunal peruano que conoce de una demanda es también competente para conocer de la reconvención. Esto implica que iniciada una acción ante un tribunal peruano por parte de un demandante domiciliado en el extranjero, si la parte demandada reconviene ese mismo juez podrá conocer de la reconvención aun cuando no se trate de uno de los supuestos contemplados en los foros de competencia de DIPr peruano.

En opinión de la doctrina, la razón de ser de este foro estriba en que el no domiciliado que inicia una acción ante juez peruano se somete tácitamente a su

jurisdicción y no resulta lógico pretender privarlo de ella una vez que la ha reconocido.

Resulta controvertido si, tal y como se establece en el RB I (art. 8), para que el foro de competencia resulte aplicable es necesario que entre la acción principal y la reconvención exista alguna vinculación. Si bien la Propuesta sustitutoria del Título Preliminar⁴⁴ establecía dicho requisito, finalmente se eliminó. La eliminación es desafortunada pues aunque resulte doctrinalmente aceptado que la reconvención debe estar vinculada con la demanda, puede llegar a interpretarse que la disposición admite que el juez peruano se declare competente para conocer de demandas reconvencionales que nada tienen que ver con la acción principal. Será preciso que la jurisprudencia aclare este aspecto y fije los límites de aplicación de la disposición siguiendo los principios establecidos por la doctrina de DIPr⁴⁵.

3. Foros especiales en materias extrapatrimoniales

13. Por acciones en materia extrapatrimonial se entiende, en particular las relativas al estado y capacidad de las personas naturales y las relaciones familiares, denominadas “acciones personales” en el art. 2062 Cc; y las acciones en materia sucesoria, susceptibles de calificación como “acciones sobre universalidad de bienes” en el sentido del art. 2061.

En ambos casos, el legislador adopta un criterio ciertamente particular para establecer los foros especiales de competencia, el llamado *forum legis*⁴⁶ o *forum causae*: los tribunales peruanos serán competentes para conocer de acciones en estas materias “cuando el Derecho peruano es aplicable, de acuerdo con sus normas de Derecho internacional privado, para regir el asunto”. De esta manera, con una sola disposición convierte las normas de conflicto de DIPr peruano en foros especiales de competencia.

Se trata de una solución inspirada en el TMDCiv, cuyas normas (art. 56 a 64 y 66), debe recordarse, son aplicables con carácter preferente sobre las soluciones del Libro X⁴⁷, en las relaciones con Estados parte de este convenio. Junto con el

⁴⁴ La Propuesta Sustitutoria del Título Preliminar, elaborada por la profesora Delia Revoredo, planteaba la modificación de ciertas normas de DIPr del proyecto original del Código civil como consecuencia, entre otras razones, de la ratificación por Perú de diversas convenciones de las CIDIP I y II. Finalmente, las disposiciones del Título Preliminar referidas al DIPr, pasaron a engrosar el Libro X del Cc. Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, op. cit., p. 3.

⁴⁵ Vid. M.C. Tovar Gil, “Art. 2065”, *Código Civil...*, op. cit., p. 551.

⁴⁶ Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Cívitas, 1993, pp. 111–112.

⁴⁷ También resultan aplicables con carácter preferente los foros de competencia establecidos en el Código de Bustamante. El art. 323 establece, para las acciones personales, la competencia de los tribuna-

foro del domicilio del demandado, el art. 56 de este convenio también establece como foro general para las acciones personales, el *forum causae*. Ahora bien, en este caso, se ha defendido que el mismo sólo resulta aplicable en defecto de un foro especial por lo que su ámbito de actuación es más limitado⁴⁸.

Esta técnica legislativa, que implica la “conversión” de las normas de conflicto en foros de competencia, también es seguida en otros ordenamientos como el uruguayo⁴⁹, donde constituye el principio general del sistema de competencia judicial internacional; y en términos muy similares al Libro X y para las mismas materias, en la Ley de DIPr venezolana.

14. El *forum causae* tiene una finalidad clara: garantizar que, fuera de los supuestos en los que el demandado está domiciliado en Perú, los tribunales peruanos van a aplicar su propia ley para conocer de acciones personales y en materia de sucesiones. Si bien con ello se facilita la labor del juez, resulta generalmente compartido que la aplicación de la *lex fori* no garantiza que la solución del caso sea ni la más adecuada ni la más justa. Aun así, en Derecho comparado, resulta habitual encontrar supuestos en los que se busca la coincidencia entre la competencia judicial y la ley aplicable. Es el caso, por ejemplo, de la regulación en Europa de los contratos celebrados por los consumidores (art. 18 RB I y art. 6 RR I). No obstante, en estos casos se establece una correlación *forum-ius*, técnica que a mi modo de ver es más respetuosa con los intereses en presencia.

Efectivamente, el *forum causae* hace depender la regulación de la competencia judicial de las soluciones establecidas en materia de Derecho aplicable, si bien los principios que informan la segunda categoría de normas –seguridad jurídica, búsqueda de la ley más estrechamente vinculada de acuerdo con los principios que informan cada una de las instituciones de Derecho civil y mercantil– son muy diferentes que los que están detrás de las primeras: garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva⁵⁰. Aunque en la mayoría de ocasiones en el DIPr peruano el *forum causae* garantiza que los tribunales peruanos sólo se pueden declarar competentes en supuestos estrechamente vinculados con el foro⁵¹, en algunos casos esto no es así:

les del lugar de cumplimiento de la obligación y, en su defecto, el del domicilio de los demandados y, subsidiariamente, el de su residencia. El art. 327 establece la competencia en materia de sucesiones del juez del lugar en el que el finado tuvo su último domicilio.

⁴⁸ Vid. A. Dreyzin de Klor, A. Uriondo de Martinoli y M.B. Noodt Taquela, “Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosureños”, D.P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Zavalia, Buenos Aires, 2003, p. 170.

⁴⁹ Art. 2401 Cc.

⁵⁰ Vid. D. Fernández Arroyo, “Acerca de ...”, *loc. cit.*, p. 103.

⁵¹ Vid. M.C. Tovar Gil, “Art. 2061”, *Código Civil...*, *op. cit.*, p. 544.

i) En las acciones de nulidad matrimonial por defecto de forma o por vicios del consentimiento, las normas de conflicto (arts. 2076 y 2079 II) señalan como aplicable la ley del lugar de celebración del matrimonio. Aunque la solución pueda considerarse acertada para determinar la ley aplicable, resulta totalmente inapropiada en materia de jurisdicción pues otorga la competencia a los tribunales peruanos si el matrimonio se celebró en Perú, foro que no garantiza una estrecha vinculación con el ordenamiento peruano en todos los supuestos⁵². Así, por ejemplo, los tribunales peruanos deberían conocer de una acción de nulidad presentada por una mujer peruana domiciliada en Madrid desde hace 20 años contra su marido, también residente en esa ciudad, por el simple hecho de que se celebró en Perú.

ii) En acciones relativas al régimen patrimonial del matrimonio, la ley aplicable es la del primer domicilio conyugal (art. 2078)⁵³. En el sector del Derecho aplicable, el argumento –criticable en mi opinión– en el que se basa la solución es el de la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y evitar que el régimen jurídico varíe con cada cambio del domicilio. Por mucho que esa solución sea válida en el sector del Derecho aplicable⁵⁴, no lo es para en el sector de la competencia judicial por cuanto, al igual que en el caso anterior, los tribunales peruanos pueden resultar competentes en supuestos con una escasa conexión con Perú.

Afortunadamente, el Libro X establece una solución para estos problemas en la regla de competencia negativa del art. 2067.3º. De acuerdo con esta disposición, los tribunales peruanos no podrán conocer de acciones relativas al estado y capacidad de las personas naturales o a las relaciones familiares, si la causa no tiene ninguna vinculación efectiva con el territorio de la República.

15. El *forum causae* también es vista como una dificultad añadida a esta ya de por sí considerada compleja disciplina: invirtiendo el método tradicional de DIPr, el juez debe primero determinar la ley aplicable al litigio para luego determinar si puede o no declararse competente⁵⁵. Esta dificultad llega a una situación extrema en dos materias:

⁵² Misma solución se deriva, como consecuencia del *forum legis*, del art. 11 TM

⁵³ La solución es preferible a la del art. 63 TMD Civ que implica una dispersión de la competencia pues señala como competentes para conocer de acciones relativas a la enajenación de los bienes matrimoniales a los tribunales de situación de los bienes.

⁵⁴ En realidad ha sido criticada por la doctrina, la cual ha indicado la necesidad de que el demandante esté domiciliado en Perú o que el matrimonio posea bienes en el territorio del país, mediante una interpretación extensiva del requisito de suficiente vinculación que establece el art. 2062.2º para la sumisión expresa y tácita. Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, op. cit., p. 88.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 82.

i) Filiación matrimonial⁵⁶, materia para la cual el art. 2083 Cc establece que se aplicará la ley más favorable a la legitimidad entre la ley de la celebración del matrimonio o la del domicilio conyugal al tiempo de nacimiento del hijo. En teoría esto obligaría al juez peruano a comparar los contenidos de las leyes en presencia, y si del examen se deduce que la peruana es la más favorable, entonces se declarará competente. En la práctica, el propio principio que inspira la materia – favorecer la filiación del hijo – conllevará que el juez peruano se declare competente para evitar que cualquier dilación cree incertidumbre en la filiación⁵⁷.

ii) Adopción, materia para la cual el art. 2087 Cc establece la aplicación cumulativa de la ley del domicilio del adoptante y la del adoptado. ¿Significa ello que con que una de esas leyes sea la peruana, el juez peruano será competente?, ¿o debe darse preferencia a una de esas leyes?. La doctrina ha entendido que es suficiente con que una de las leyes aplicables sea la peruana⁵⁸. Es decir, las conexiones jugarían como foros alternativos, interpretación que es coherente con la adoptada en el art. 14 de la Ley de adopción internacional española.

16. Otro problema también “heredado” del sector del Derecho aplicable es el de la falta de exhaustividad. Puesto que las normas de conflicto no cubren todas las materias, tampoco se establecen foros de competencia para todas ellas. Un primer ejemplo es el referido a las obligaciones de alimentos, laguna que ha sido salvado por la doctrina mediante una calificación funcional: las obligaciones de alimentos de menores constituyen una institución de protección del incapaz⁵⁹; a lo que se puede añadir que las obligaciones de alimentos entre cónyuges se incluyen en la categoría régimen patrimonial del matrimonio, y el resto en la categoría genérica de obligaciones contractuales. Pero más problemático es el caso de las quiebras, para las cuales, como veremos, se carece de una norma de conflicto en el sistema autónomo.

17. Teniendo en cuenta que la conexión domiciliar es ampliamente utilizada para determinar la ley aplicable a las instituciones del estatuto personal⁶⁰, en

⁵⁶ Aunque en DIPr peruano se distingue entre la filiación matrimonial (art. 2083) y la extramatrimonial (art. 2084), esto no supone un trato discriminatorio de los hijos nacidos fuera del matrimonio. El legislador se limita a establecer soluciones diferentes a situaciones de hecho diferentes. *Vid.* M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 92.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 92.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 99.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 146.

⁶⁰ Sobre la adopción de la conexión “domicilio” como ley personal en el DIPr peruano, *vid.* C. Delgado Barreto, M.A. Delgado Menéndez y C.L. Candela Sánchez, *Introducción al Derecho...*, *op. cit.*, p. 176.

muchas ocasiones las normas de conflicto no proporcionan, en la práctica, ningún foro alternativo por el cual los tribunales peruanos se puede declarar competentes. Esto circunstancia resta utilidad al *forum causae*. Sin ánimo de ser exhaustivos, esto ocurre en las siguientes materias:

i) Acciones relativas a la capacidad y estado civil de la persona. Según el art. 2070 la ley peruana resulta aplicable cuando la persona física está domiciliada en Perú⁶¹, por lo que, en caso de demanda los tribunales peruanos aplicarán el foro general.

ii) Acciones en materia de protección del incapaz: tanto si se trata de acciones contra el representante del incapaz (art. 2071) o asuntos no contenciosos en los que no hay una parte demandada, la ley aplicable es la del domicilio del incapaz que, según el art. 37 Cc, coincide con el de su representante⁶².

iii) Acciones de nulidad matrimonial por defecto relativo a la capacidad y requisitos para contraer matrimonio (arts. 2079 que remite al art. 2075)⁶³, salvo que la causa de nulidad sea imputable a los dos cónyuges y el demandado esté domiciliado en el extranjero.

iv) Acciones en materia de filiación extramatrimonial en las que el domicilio común de los progenitores está en Perú (art. 2084).

v) Acciones de divorcio y separación cuando el domicilio conyugal está localizado en Perú (art. 2081)⁶⁴.

vi) Acciones en materia de relaciones personales entre cónyuges (art. 2077), para las cuales la primera conexión es la del domicilio conyugal⁶⁵.

18. En fin, dicho lo anterior, es necesario precisar que el *forum causae* si ofrece un verdadero foro alternativo en algunas materias:

⁶¹ Misma solución en el art. 58 TMDCiv.

⁶² La solución coincide con el art. 59 TMDCiv. No obstante, la competencia para conocer de acciones que versen sobre la propiedad, enajenación o actos que afecten a los bienes del menor corresponde a los jueces del lugar de situación de los bienes (art. 60). Asimismo, para el juicio de rendición de cuentas del tutor o curador son competentes los jueces del lugar donde fue discernido el cargo (art. 61). En fin, la competencia para adoptar medidas urgentes se concede a los tribunales de residencia de los cónyuges, padres de familia, tutores o curadores (art. 64).

⁶³ Misma solución en el art. 62 TMDCiv.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ *Ibíd.*

i) Acciones en materia sucesoria: son competentes los tribunales peruanos cuando el causante tuvo su último domicilio en Perú (art. 2100)⁶⁶ o si la demanda se refiere a unos bienes situados en la República (art. 2101) pero sólo si éstos deben pasar a un Estado extranjero o a sus instituciones⁶⁷.

ii) Declaración de ausencia (art. 2069): en principio podría pensarse que el Art. 2069 coincide con el foro general del domicilio de la persona, no obstante, se puede entender que un desaparecido no tiene domicilio, por lo que el foro de competencia es apropiado al otorgar la competencia cuando el último domicilio del ausente estuvo en Perú⁶⁸.

iii) Medidas urgentes de protección referidas a la persona de un incapaz que se encuentre en el Perú, pero no esté domiciliado⁶⁹, o a los bienes que ese incapaz pueda tener en Perú (art. 2071).

iv) Acciones de divorcio y separación (art. 2081): aunque la disposición habla de “domicilio conyugal”, la doctrina interpreta que, en los casos en los que los cónyuges ya no viven en un mismo país se refiere al último domicilio conyugal⁷⁰, supuesto en el que puede ser invocado como foro alternativo si este último domicilio hubiera estado en Perú.

v) acciones relativas a la validez formal de los actos en materias extrapatrimoniales (art. 2094): cuando el acto jurídico se hubiera otorgado en Perú.

vi) Acciones en materia de relaciones personales entre cónyuges⁷¹. La primera conexión del art. 2077 coincide con el foro general, pero no así la segunda: cuando los cónyuges tuvieran domicilios distintos, si el último domicilio conyugal hubiera estado en Perú (art. 2077).

vii) Acciones en materia de filiación extramatrimonial (art. 2084): aunque la primera conexión coincide con el foro general, las dos siguientes si crean foros

⁶⁶ La solución es preferible al art. 66 TMDCiv, que atribuye la competencia a los jueces de los lugares donde se hallen los bienes, solución que no es respetuosa con el principio de unidad y universalidad de la sucesión que rige en el Derecho civil peruano.

⁶⁷ Como indican M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil (*Derecho...*, *op. cit.*, p. 100), se trata de un supuesto residual.

⁶⁸ La misma solución se deriva del art. 57 TMDCiv.

⁶⁹ M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil (*Derecho...*, *op. cit.*, p.85) ponen el ejemplo de menores cuyos padres fallecen de viaje por Perú y quedan desamparados. Dado el carácter de urgencia de la situación y la necesidad de protección inmediata del incapaz, el juez peruano tendrá competencia en el caso.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 139. También habla exclusivamente del domicilio conyugal el art. 62 TMDCiv.

⁷¹ Esto incluye la pensión alimenticia, la obligación de alimentar y educar a los hijos. *Ibid.*, p. 87.

especiales: a) cuando el progenitor que tiene la posesión de estado respecto al hijo está domiciliado en Perú; b) si ningún progenitor ostenta dicha posesión, si el hijo está domiciliado en Perú. Si bien algunas de estas conexiones pueden designar como competentes a los tribunales peruanos en supuestos escasamente vinculados con el foro, el art. 2067 Cc les obliga a declinar su competencia.

19. A pesar de la utilidad que el *forum causae* puede tener en determinados supuestos, las razones expuestas anteriormente deberían llevar al legislador peruano a reconsiderar la utilización de esta técnica como mecanismo para establecer la competencia de los tribunales peruanos cuando el demandado no está domiciliado en Perú.

4. Foros especiales en materias patrimoniales

20. En materias patrimoniales, los foros especiales previstos por el Libro X son más escasos. En concreto, el art. 2058 establece tres foros especiales: uno en materia de derechos reales, otro para obligaciones contractuales y otro para obligaciones no contractuales. Además, el art. 2061 vuelve a utilizar el *forum causae* para procedimientos internacionales de insolvencia.

En el régimen convencional, existen normas jurisdiccionales en materias específicas que se aplican con carácter preferente sobre estas normas.

21. Para empezar, *en materia de sociedades*, el Libro X no establece ningún foro especial. En cambio, el art. 65 TMD Civ establece la competencia de los jueces de su lugar de domicilio para conocer de acciones relativas a la existencia y disolución de cualquier sociedad civil. Del mismo modo, el art. 7 TMD Com atribuye competencia a estos mismos tribunales para conocer de los litigios que surjan entre los socios de las sociedades civiles o comerciales. En ningún momento se especifica que este foro tenga carácter exclusivo, tal y como ocurre en el RB I. A mi modo de ver, esta naturaleza debería otorgarse por vía interpretativa en atención a los principios consagrados por la doctrina de DIPr (art. 2048).

El art. 6 TMD Com incorpora un interesante foro alternativo: el de la sucursal. La sociedad se entenderá domiciliada allí donde se halle la sucursal o agencia en relación con litigios referidos a las operaciones que éstas lleven a cabo. En este sentido, sociedades extranjeras con una sucursal o agencia en Perú pueden ser demandadas ante los tribunales peruanos en relación a las actividades que lleva a cabo la sucursal. Ahora bien, ello no impide que dicha sociedad pueda también ser demandada en el Estado extranjero donde tiene su domicilio. Es decir, al igual que ocurre en el sistema Bruselas I, el foro de la sucursal tiene carácter concurrente.

22. Por lo que respecta a las *acciones sobre derechos reales*, los tribunales peruanos son competentes cuando el bien mueble o inmueble se encuentre situado en territorio peruano (art. 2058.1º)⁷². Se entiende que el hecho de estar un bien situado en el lugar del foro, es vinculación suficiente para que se dé competencia al juez del lugar⁷³.

Tratándose de bienes inmuebles –“predios”– la competencia de los tribunales peruanos es exclusiva, circunstancia que, como veremos, tiene consecuencias a efectos de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. La regulación es similar a la establecida en la Unión Europea en relación con los bienes inmuebles (art. 25.1º RB I), no así en relación con las acciones relativas a los bienes muebles, para las cuales el Reglamento no establece un foro especial de competencia, circunstancia en mi opinión muy criticable.

La doctrina entiende que este foro puede resultar difícil de aplicar en determinados supuestos. En primer lugar, tratándose de acciones relativas a *bienes en tránsito*, deberá aplicarse analógicamente el art. 2089 Cc y atribuir la competencia a los tribunales peruanos sólo cuando Perú sea el país de destino de los bienes⁷⁴. En segundo lugar, si se tratare de un litigio relativo a una pluralidad de bienes situados en Perú y en el extranjero, los tribunales peruanos sólo tendrán competencia para las acciones relativas a los bienes localizados en territorio peruano⁷⁵. En tercer lugar, en relación con los bienes incorporales como pueden ser los derechos de propiedad intelectual, la doctrina se ha decantado por interpretar que el art. 2058.1º no resulta aplicable porque estos bienes no resultan físicamente ubicables, por lo que los tribunales peruanos no podrían declararse competentes en relación con acciones referidas a este tipo de bienes si la competencia no estuviera respaldada por otro foro de competencia como, por ejemplo, la de obligaciones⁷⁶. A mi modo de ver la interpretación es errónea por cuanto los derechos de propiedad industrial son ubicables allí donde están registrados, criterio que utiliza el art. 2093 Cc para fijar la ley aplicable y que, siguiendo lo que establece el art. 25.4º RB I, puede ser utilizado para establecer la competencia de las autoridades peruanas – en este caso el Instituto de la competencia y propiedad intelectual, Indecopi –. Es más, en la mayoría de ordenamientos, la competencia de estas autoridades es exclusiva en relación, al menos, con las cuestiones sobre la validez e inscripción de los títulos. En el caso de los derechos

⁷² La misma solución en el art. 67 TMDCiv y arts. 324 y 325 Código de Bustamante.

⁷³ Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, op. cit., p. 95.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 96.

⁷⁵ La misma solución en art. 67 TMDCiv. En cambio, el art. 326 Código de Bustamante parece indicar que el demandante puede acudir a cualquiera de ellos, “salvo que lo prohíba para los inmuebles la ley de la situación”.

⁷⁶ Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, op. cit., p. 96.

de autor y derechos conexos, los cuales son susceptibles de protección sin necesidad de registro, debe entender que esos bienes están ubicados allí donde son objeto de protección. Así, por ejemplo, la competencia para conocer de una acción sobre la titularidad de una obra literaria publicada en Perú y, por consiguiente, protegida por el Derecho peruano de autor, son las autoridades peruanas.

23. En tercer lugar, en materia de obligaciones contractuales, debe observarse que el existen ciertas normas convencionales que prevalecen sobre los foros de competencia del Libro X.

Para empezar, el Código de Bustamante establece la competencia de los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación (art. 323).

El TMDCom establece: a) para los contratos de seguro la competencia de los tribunales del país en que la sociedad de seguros tiene su domicilio legal (art. 10); b) para los contratos de fletamento, son competentes los tribunales del país en que está domiciliada la agencia marítima, o si esta ya no existiera en la época en que se inicie el litigio el fletador podrá demandar ante los tribunales del domicilio de cualquiera de los interesados o representantes de aquella, y si el actor fuera el fletante, la demanda podrá presentarse ante los tribunales del domicilio del fletador (art. 14); c) para los contratos de préstamos a la gruesa o a riesgo marítimo, son competentes los tribunales del lugar donde se encuentren los bienes sobre los cuales se realiza el préstamo o, en el caso en que el prestamista no pudiera hacer efectivo el cobro de las cantidades prestadas, podrá ejercitar su acción ante los tribunales del lugar del contrato o del domicilio del demandado (art. 18); d) en fin, en materia de averías acaecidas en el marco de un contrato de transporte marítimo, son competentes los jueces del puerto en que termina el viaje o si el viaje se revoca ante de la partida del buque, los jueces del puerto de carga (arts. 23 a 25).

En fin, el art. 8 de la Convención Interamericana de 1975 sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, incluye dos foros alternativos para las acciones relativas a las obligaciones derivadas de estos títulos valores: el del domicilio del demandado o el de cumplimiento de la obligación.

Cuando estos convenios no resultan aplicables, el art. 2058.2º Cc establece que los tribunales peruanos podrán ser competentes: a) cuando el contrato se haya celebrado en Perú; b) cuando las obligaciones deban ejecutarse en el territorio de la República.

Entiende la doctrina que el primero de estos foros está justificado “en la prioridad cronológica que este factor de conexión presenta, frente a los demás puntos

de conexión contractuales, ya que la existencia y cumplimiento dependen de su celebración”⁷⁷. A mi modo de ver, esta norma adolece del mismo defecto que presenta el foro de competencia en materia contractual del art. 22.3º LOPJ: la simple celebración del contrato en Perú no es suficiente vinculación para atribuir la competencia a sus tribunales pues, en ocasiones, este hecho puede ser accidental. Imaginemos un empresario argentino y otro chileno deciden, por razones de conveniencia, reunirse a negociar y cerrar un contrato en el hotel que hay en el aeropuerto Jorge Chávez. Ese simple hecho atribuiría la competencia a los tribunales peruanos cuando, en realidad, el contrato no presenta ninguna vinculación con Perú. Además, la concreción del lugar de celebración puede resultar complejo en los contratos entre ausentes. En tal caso, el juez peruano deberá consultar los arts. 1373 ss Cc según los cuales el contrato se considerará perfeccionado en Perú cuando la aceptación sea conocida por el oferente encontrándose en el territorio peruano⁷⁸. La solución resulta aplicable a los contratos celebrados por medios electrónicos, incluidos los celebrados a través de sitios web –si bien en este último caso debe recordarse que las comunicaciones proporcionadas en páginas web no suelen considerarse “ofertas”–. En los casos, en los que la perfección del contrato exija alguna formalidad –v.gr., elevación a escritura pública–, se entenderá perfeccionado en Perú el contrato cuando dicha formalidad se lleve a cabo en territorio peruano⁷⁹. En fin, debe observarse que estas soluciones no resultarán aplicables cuando se trate de un contrato internacional de compraventa de mercaderías al que le resulte aplicable el Convenio de Viena de 1980. En este caso, el contrato se entenderá perfeccionado en Perú, si la recepción de la aceptación –no el conocimiento– se lleva a cabo en ese país (art 23).

Por lo que respecta al *forum executionis* –o lugar de cumplimiento de la obligación– su utilización resulta justificada porque el lugar de la ejecución es donde naturalmente debe exigirse su cumplimiento⁸⁰. La disposición presenta algunos problemas de interpretación. En primer lugar, ¿por lugar de cumplimiento se refiere a la obligación que caracteriza el contrato o a la obligación que sirve de base a la demanda? ¿Qué ocurre si la demanda está referida al incumplimiento de una obligación que debe cumplirse parcialmente en Perú y parcialmente en el extranjero? La doctrina ha entendido que el juez peruano debe prestar atención a si la obligación que sirve de base a la demanda se ejecutó o debió ejecutarse en

⁷⁷ *Ibid.*, p. 97.

⁷⁸ Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, “Capítulo XVII – Perú”, C. Esplugues Mota, D. Hargain y G. Palao Moreno (eds.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Montevideo–Buenos Aires, Edisofer SL, 2008, pp. 617–663, esp. p. 620.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 620.

⁸⁰ Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 98.

Perú⁸¹. Asimismo se entiende que, en un supuesto de cumplimiento parcial en Perú los tribunales peruanos deberían declararse competente⁸².

A mi modo de ver, esta interpretación no está conforme con el art. 2095 que utiliza el criterio de la “obligación principal” para determinar la ley aplicable. En este sentido entiendo que, a la hora de aplicar este foro, los tribunales de Perú deben atender al lugar de cumplimiento de la obligación principal, y sólo debe declararse competente si ese lugar está en Perú. Con ello, tal y como ocurre en la Unión Europea para los contratos de compraventa de mercaderías y los de prestación de servicios (art. 7.1º RB I), se evita la dispersión competencial a la que se llega si se atiende al lugar de cumplimiento de la obligación concreta que sirve de base a la demanda. Del mismo modo, los tribunales peruanos deberían tener en cuenta la reciente jurisprudencia del TJUE y únicamente declararse competentes en relación a una obligación que debe cumplirse en varios países si la parte principal de dicha obligación debe llevarse a cabo en Perú⁸³.

24. En cuarto lugar, por lo que respecta a las *obligaciones no contractuales*, con carácter preferente debe atenderse a las soluciones particulares establecidas en algunos convenios internacionales.

Por un lado, el TMDCOM contiene foros de competencia especiales en materia de choques, abordajes y naufragios. Para los choques y abordajes son competentes: los tribunales del lugar donde estos hechos se hayan producido; si se produjeron en alta mar, los del país al que primero arriben los buques implicados; si los buques arriban a puertos distintos, “prevalecerá la competencia de las autoridades que prevengan en el conocimiento del asunto (arts. 11 y 12). En materia de naufragio, también se establece la competencia de los tribunales del lugar del hecho dañoso y si este ocurrió en aguas no jurisdiccionales, serán competentes los tribunales del país del pabellón del buque o los del domicilio del demandado (art. 13).

Por otro, en materia de infracción de derechos de propiedad industria o intelectual, los Tratados de Montevideo de 1889 en la materia establecen la competencia de los tribunales del lugar donde se produjo la infracción⁸⁴.

⁸¹ Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, “Capítulo XVII – Perú”, C. Esplugues Mota, D. Hargain y G. Palao Moreno (eds), *Derecho...*, op. cit., p. 621. “Si en un contrato de compraventa la entrega de la mercancía se realiza en Perú, pero el pago en un tercer país, se podrán iniciar en el Perú acciones de incumplimiento relacionadas con la entrega de la mercancía [...]. Pero no podrá [...] otorgarse competencia al juez peruano en acciones relacionadas con el pago del precio”.

⁸² Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, op. cit., p. 98.

⁸³ STJUE 11 marzo 2010, as. C-19/09: *Wood Floor*.

⁸⁴ Art. 4 Tratado sobre Marcas de Comercio y de Fábrica; art. 6 Tratado de Patentes de Invención; art. 11 Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística.

En defecto de convenio internacional aplicable, el art. 2058.2º Cc establece que los tribunales peruanos son competentes si los hechos de los que derivan esas acciones se han realizado en el territorio de Perú.

Se incluye dentro de esta categoría todas las relaciones obligacionales que puedan surgir sin que medie acuerdo de voluntades entre las partes. El caso más claro es el de la responsabilidad extracontractual, pero también encuentran cabida las acciones referidas a actos jurídicos unilaterales –la promesa unilateral, la gestión de negocios ajenos, el enriquecimiento injusto– y las obligaciones que surgen por mandato de la ley⁸⁵. En el caso de “acciones civiles derivadas de delitos o faltas perpetrados o cuyos resultados se hayan producido en la República, dicha competencia es exclusiva”, con las consecuencias que ello tiene a efectos de reconocimiento y ejecución.

Por lo que respecta al foro de competencia, en supuestos de ilícitos cuyos daños se dejan sentir en una pluralidad de Estados, la doctrina ha interpretado que el art. 2058.2º atribuye la competencia a los tribunales peruanos cuando el “hecho” se realice en Perú “aun cuando los efectos o consecuencias del mismo se den en territorio extranjero”. En cambio, cuando el hecho se produjo en el extranjero y las consecuencias se dejan sentir en Perú, los tribunales peruanos no podrán declararse competentes⁸⁶. A mi modo de ver, esta interpretación precisa de una actualización en atención a los avances relacionados con los medios de comunicación y, en particular, con Internet, pues bastaría con que un malhechor localizara su sitio web en un servidor en el extranjero para sustraerse de la jurisdicción peruana, si bien los residentes en Perú podrían seguir accediendo al contenido ilícito. En la actualidad, la persecución de estas actividades ilegales sólo sería posible si constituyeran un “delito o falta” (entendido como delitos o falta criminal⁸⁷), pues en estos supuestos se establece la competencia exclusiva de los tribunales peruanos “cuando el hecho se ha perpetrado o sus resultados se han producido en la República”. Pero no en los demás casos.

Una interpretación actual de la norma debe llevar a atribuir la competencia a los tribunales peruanos cuando queda probado que el malhechor pretendía dirigir sus actividades por Internet al público residente en Perú. El simple acceso del sitio web desde Perú no es suficiente. Es preciso aportar otros indicios que demuestren que el sitio web estaba dirigido al público peruano. Es lo que se ha denominado el criterio de las “actividades dirigidas” sobre el que existe abundante jurisprudencia en Europa en relación con el art. 7.3º RB I⁸⁸.

⁸⁵ Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, op. cit., pp. 98–99.

⁸⁶ Vid. M.C. Tovar Gil, “Art. 2958”, *Código civil...*, op. cit., p. 538.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 538.

⁸⁸ STJUE 25 octubre 2011, as. C–509/09: *eDate Advertising* y as.161/10: *Martinez*.

25. En quinto lugar hay que referirse al foro especial *en materia de quiebra*. En esta materia, el TMDCCom establece la competencia de los tribunales del Estado de domicilio comercial del fallido “aun cuando [éste] practique accidentalmente actos de comercio en otra Nación, o mantenga en ella agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad de la casa principal” (art. 35). En caso de tener casas comerciales independientes en diferentes Estados, se podrá abrir juicio de quiebra contra cada una de ellas en sus respectivos domicilios (art. 36)⁸⁹.

En aquellos supuestos en los que no resulta aplicable el Tratado, en el régimen autónomo se vuelve a recurrir al *forum causae*: serán competentes los tribunales peruanos cuando “el derecho peruano sea el aplicable para regir el asunto, de acuerdo a sus normas de DIPr” (art. 2061). El problema es que las normas de conflicto del Cc no regulan la quiebra internacional. Antes esta carencia, entiendo que se pueden adoptar dos interpretaciones si bien ambas llevan al mismo resultado⁹⁰.

La primera consiste en acudir a la norma de conflicto establecidas en el TMDCCom, pues al fin y al cabo también es parte del DIPr peruano, y hacerla aplicable a supuestos no incluidos en su ámbito de aplicación. El problema es que el Tratado no contiene una norma de conflicto en la materia, si bien de sus disposiciones puede deducirse que el tribunal que conoce de la quiebra aplicará su propia ley. Pero, en tal caso, no tendremos un foro especial alternativo al foro general del domicilio del demandado.

La segunda consiste en otorgar una interpretación estricta del art. 2061 Cc y entender que éste no crea un foro de competencia alternativo en la materia. Es decir, los tribunales peruanos sólo puede declararse competentes en aplicación del foro general: cuando el quebrado está domiciliado en Perú. De esta manera se asegura la coincidencia con la solución prevista en el TMDCCom, favoreciéndose la seguridad jurídica.

Establecer como foro de competencia el del domicilio del quebrado está en consonancia con los sistemas modernos de quiebra internacional como, por ejemplo, el Reglamento 1346/2000 en la Unión Europea.

⁸⁹ El Código de Bustamante también establece la competencia de los tribunales del domicilio del demandado para los supuestos de quiebras voluntarias (art. 328) y, para los de quiebras promovidas por los acreedores establece la competencia de cualquiera de los tribunales que estén conociendo de la reclamación que los motiva, prefiriéndose, caso de estar entre ellos, el del domicilio del deudor, si éste o la mayoría de los acreedores lo reclamasen.

⁹⁰ No compartimos la interpretación propuesta por M.C. Tovar Gil (“Art. 2061”, *Código civil...*, op. cit., p. 546), según la cual “habrá de considerar que es competente el juez peruano cuando su ley sea aplicable a la obligación que originó la insolvencia”. Esta solución genera mucha inseguridad jurídica, en particular cuando son varias las obligaciones que originaron la insolvencia.

Además, la interpretación están en consonancia con lo que estipula el segundo apartado del art. 2061: “se respeta la competencia peruana para conocer de las acciones relativas al patrimonio del declarado en quiebra, respecto a los bienes situados en Perú, y sin perjuicio de lo dispuesto en el Título IV de este Libro”. Es decir, los tribunales peruanos tienen competencia universal para conocer de las quiebras de las personas físicas y jurídicas domiciliadas en Perú, y competencia territorial para conocer de las acciones en materia de quiebras relativas a bienes situados en Perú. En este último caso, debe tenerse presente que pueden existir procedimientos universales de quiebra abiertos en el extranjero en las que resulten incluidas esos bienes, por lo que será preciso tener en cuenta si las resoluciones adoptadas en dichos procedimientos son reconocidas en Perú, de ahí la referencia a “lo dispuesto en el Título IV de este Libro”.

5. Foro especial para la adopción de medidas provisionales o cautelares

26. Bajo el título de “foro de necesidad”, el art. 2063 no establece un *forum necessitatis* similar a, por ejemplo, el art. 7 Reglamento 4/2009 o el art. 11 Reglamento 650/2012 en la Unión Europea, sino un foro de competencia en materia de medidas provisionales o cautelares. Concretamente, la disposición indica que los tribunales peruanos son competentes “para dictar medidas de protección de las personas naturales que se encuentren en el territorio de la República, aun contra personas domiciliadas en país extranjero, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del asunto”⁹¹.

Dos aspectos deben ser comentados de este foro de competencia. En primer lugar, en aquellos supuestos en los que los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de la demanda principal también la tienen para adoptar medidas cautelares –quien puede lo más puede lo menos–. Y ello aunque la persona o los bienes sobre los que hay que ejecutar dicha medidas estén domiciliados en el extranjero. El único problema es que la ejecución de la medida requerirá su previo *execuátur* en ese Estado extranjero. Por ello, en muchas ocasiones, iniciado el procedimiento principal en Perú, es más aconsejable solicitar las medidas cautelares directamente ante las autoridades del país extranjero. Ahora bien, en el ámbito suramericano debe tenerse en cuenta la existencia de la Convención interamericana sobre ejecución de medidas cautelares de 1979, suscrita por Perú, y que en atención a su art. 2 debe facilitar el *execuátur* de estas medidas.

En segundo lugar, el art. 2063 se refiere sólo a medidas para la protección de las “personas naturales”. ¿Y qué ocurre con las medidas para la protección de los

⁹¹ La solución coincide con la establecida en el art. 64 TMD Civ, única disposición en el régimen convencional que contiene una norma sobre el foro cautelar.

bienes?⁹². Al parecer de la doctrina peruana, la respuesta debe ser negativa. Según M.C. Tovar Gil el ámbito de aplicación de la disposición es bastante restringido y sólo incluye medidas destinadas a proteger a una persona: situación de tenencia y patria potestad de menores, medidas respecto de los incapaces, alimentos y derechos de la persona como su capacidad, imagen o nombre⁹³. A mi modo de ver la limitación carece de sentido. Al igual que ocurre en la regulación europea en la materia (art. 35 RB I o 19 Reglamento 650/2012), no debería limitarse la facultad de los litigantes de solicitar medidas provisionales sobre bienes localizados en Perú⁹⁴.

IV. Litispendencia, cosa juzgada y competencia negativa

27. Al contrario de lo que parece ser la regla general en América latina⁹⁵, Perú cuenta con normas sobre litispendencia internacional y cosa juzgada (art. 2066), y sobre competencia negativa (art. 2067). La ausencia de normas sobre estas cuestiones en los convenios internacionales suscritos por Perú otorga a las mismas un ámbito de aplicación muy amplio.

Según la primera de estas disposiciones existe litispendencia cuando se presenta una acción ante un juez peruano y ya existe una acción sobre el mismo objeto y entre las mismas personas iniciada anteriormente en una jurisdicción extranjera.

Siguiendo lo que dice la jurisprudencia del TJUE, se ha sostenido por la doctrina peruana que existe identidad de partes incluso si éstas asumen una posición procesal diferente en los procesos. Para establecer la existencia de identidad de objeto no debe atenderse al petitorio de la acción, sino si se está discutiendo esencialmente lo mismo en los dos procesos⁹⁶.

El proceso abierto en el extranjero debe estar abierto antes que el de Perú, en caso contrario no hay litispendencia posible. Para certificar el cumplimiento de este requisito debe establecerse el momento desde el que está pendiente el proceso en el extranjero en atención a la ley procesal interna —en la práctica ello será cuando la demanda haya sido admitida a trámite o haya sido notificada al

⁹² Curiosamente, el art. 43 Ley DIPr venezolana también se refiere exclusivamente a “medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en el territorio de la República”.

⁹³ Vid. M.C. Tovar Gil, “Art. 2063”, *Código civil...*, op. cit., p. 550.

⁹⁴ En el mismo sentido, vid. D. Fernández Arroyo, “Acerca de...”, loc. cit., p. 104.

⁹⁵ No es habitual que los ordenamientos de los países latinoamericanos establezcan normas sobre litispendencia internacional (*ibíd.*, p. 95). Para ver ejemplos de la ausencia de estas normas pueden consultarse la Ley venezolana de DIPr o el Código civil uruguayo.

⁹⁶ Vid. M.C. Tovar Gil, “Art. 2066”, *Código civil...*, op. cit., p. 552.

demandado—. En Perú, se entiende que el proceso está iniciado desde la fecha de notificación de la demanda al demandado (art. 2066).

La solución a la litispendencia otorgada por la disposición consiste en la obligación del juez peruano de suspender la causa en dos supuestos: a) cuando pueda prever que la jurisdicción extranjera emitirá en el plazo de tres meses una resolución susceptible de ser reconocida y ejecutada en el Perú; b) que se le presente la resolución extranjera del proceso abierto en el extranjero.

Como puede comprobarse, la solución coincide hasta cierto punto con la prevista de nueva planta en el art. 33 RB I para los supuestos de litispendencia en los que la primera demanda se presentó ante tribunales de terceros Estados. Al igual que en estos casos, el juez peruano no está obligado a suspender el procedimiento —cosa que sí ocurre en Europa cuando la litispendencia es entre tribunales de Estados miembros diferentes— sino que puede valorar si, en aras de una adecuada administración de justicia, debe o no hacerlo. El problema es que el plazo de tres meses resulta excesivamente corto —en Europa no se prevé esta limitación— y la predicción del reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera puede ser muy difícil de realizar en muchos supuestos —problema que también puede aparecer a la hora de aplicar el nuevo art. 33 RB I—. Además, al final del día, lo que prima es el criterio temporal: si el juez peruano decide no suspender el procedimiento pero finalmente el proceso abierto en el extranjero acaba antes, si se presenta la sentencia deberá dejar sin efecto todo lo actuado⁹⁷.

28. En relación con la norma de no competencia, los supuestos designados por el art. 2067 en los que los tribunales peruanos deben declinar su competencia son los siguientes:

i) *Inmunidad de jurisdicción*. Cuando se trate de una acción contra Estados extranjeros o sus jefes, representantes diplomáticos, organismos internacionales y sus representantes, la competencia de los tribunales peruanos se regula por lo dispuesto en los tratados internacionales sobre la materia ratificados por Perú. El problema es que Perú no ha ratificado un tratado de aplicación general donde se establezca la inmunidad de jurisdicción y, según indica la doctrina, en Perú el Derecho internacional general —donde se incluye la costumbre internacional y los principios generales— no resulta aplicable directamente. Esto llevó a la doctrina a considerar que para los jefes de Estado, la inmunidad de jurisdicción sólo está prevista en el Código de Bustamante (arts. 333–339), en el cual en vista de la fecha en la que se celebró esta recogida la teoría de la inmunidad absoluta —es decir para actos *iure imperii* y *iure gestionis*—. Los jefes de Estado de países no

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 553.

firmantes de ese Tratado –que son muchos– no podrían invocar su inmunidad y podría ser procesado de acuerdo con las normas comunes de competencia jurisdiccional peruana⁹⁸. La interpretación ha sido acertadamente desechada: si no hay tratado o regulación específica debe sostenerse que en aplicación del art. 2047 Cc, el alcance de la inmunidad de jurisdicción será el que establezcan “los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho internacional privado”⁹⁹.

En relación con los representantes diplomáticos, la inmunidad de jurisdicción relativa queda garantizada por la Convención de La Habana de 1928 sobre funcionarios diplomáticos y la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas. Sobre todo esta última goza de un amplio ámbito de aplicación¹⁰⁰.

Por último, en relación con las organizaciones internacionales, no existe ningún convenio que trate la cuestión de la inmunidad de jurisdicción de sus agentes. Resulta preciso acudir a los tratados fundacionales de las mismas –así, en el caso de Perú, habría que consultar la normativa CAN para conocer el estatuto jurídico de sus agentes– y los acuerdos que éstas celebren con los países con los que hayan entablado relaciones –así, por ejemplo, los acuerdos que rigen las relaciones de Perú con la Unión Europea o con Mercosur–.

En todos los casos, debe entenderse que se trata de una inmunidad de jurisdicción relativa, es decir, sólo aplicable a los actos *ex iure imperii*, puesto que esta regla de Derecho internacional público constituye una excepción, susceptible de interpretación restrictiva, de la regla general fijada por el art. 71 de la Constitución política del Perú de 1993, según el cual “los extranjeros [...] están en la misma condición que los peruanos, sin que en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática”.

ii) *Predios situados en el extranjero* (art. 2067.1º). Coherentemente con la solución adoptada *ad intra* de establecer la competencia exclusiva de los tribunales peruanos sobre acciones reales relativas a predios situados en Perú y de negar el reconocimiento de sentencias extranjeras que violen esta competencia exclusiva, el legislador peruano entiende que los tribunales de Perú deben declinar su competencia para conocer de acciones relativas a derechos reales sobre predios situados en el extranjero.

Atendiendo a lo que establece el RB I (art. 45), esta necesidad de ser coherente debería haber llevado al legislador peruano a extender este control al resto de

⁹⁸ Vid. M.C. Tovar Gil y J. Tovar Gil, *Derecho...*, p. 108.

⁹⁹ Vid. M.C. Tovar Gil, “Art. 2067”, *Código civil...*, op. cit., p. 555.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 560.

materia consideradas como exclusivas en el Libro X. En concreto, debería incluirse también las “acciones civiles derivadas de delitos o faltas”.

iii) *Sometimiento a jurisdicción extranjera o derogatio fori* (art. 2067.2º). También este caso puede considerarse como correlativo a la solución del art. 2058.3º que presume que la elección por las partes de un tribunal peruano es exclusiva. A la inversa, si las partes han sometido una controversia en materia patrimonial a una jurisdicción extranjera y una de ellas presenta la demanda ante los tribunales peruanos, estos deberán declinar su competencia si bien el art. 2060 exige que se cumplan tres condiciones: a) que el litigio no esté referida a un asunto que es competencia exclusiva de los tribunales peruanos –en particular, acciones reales sobre predios localizados en territorio peruano y acciones civiles relativas a delitos o faltas cometidas en territorio peruano–; b) que la elección del tribunal extranjero no constituye abuso de derecho; c) que la elección no resulta contraria al orden público del Perú¹⁰¹.

Como hemos dicho al hablar de la sumisión tácita y expresa, el recurso a la segunda causa que menciona el art. 2060 puede resultar de mucha utilidad en el caso de los contratos celebrados por consumidores residentes en Perú¹⁰², o por trabajadores residentes en Perú en los que el empresario incluye una cláusula de sumisión a tribunales extranjeros. Ante la falta de una regulación específica de estos contratos, se puede acudir a esta disposición para garantizar su protección. No obstante, una regulación específica aportaría seguridad jurídica por cuanto el término “abuso de derecho” puede ser muy subjetivo¹⁰³. Así, por ejemplo, podría ocurrir que los tribunales peruanos no dieran validez a cláusulas de sumisión a tribunales extranjeros por el hecho de que la parte peruana de la relación ocupaba una supuesta posición de inferioridad y, por lo tanto, la cláusula podía considerarse un abuso de derecho. Estas interpretaciones deberían evitarse para no restar atractivo al mercado peruano. A pesar de estos posibles problemas, la situación es preferible a la que existe en Europa y concretamente en España donde debe recordarse que carecemos de una norma sobre *derogatio fori* y no existe una jurisprudencia consolidada sobre la cuestión.

¹⁰¹ Coincido con M.C. Tovar Gil (“Art. 2060”, *Código civil...*, op. cit., p. 542) que hay una cuarta condición: que el acuerdo de elección de foro sea válido de acuerdo con la normativa de DIPr del Estado cuyos tribunales están designados en el acuerdo.

¹⁰² A partir del art. 50 del Código de protección y defensa del consumidor (Ley 29571) también se puede considerar como cláusula abusiva –y por tanto nula– la que atribuye la competencia para conocer de las acciones derivadas del contrato a los tribunales de un Estado extranjero por cuanto van “en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos”.

¹⁰³ En el mismo sentido, vid. M.C. Tovar Gil, “Art. 2060”, *Código civil...*, p. p. 543.

La disposición también debe resultar aplicable para negar validez a cláusulas de sumisión a tribunales extranjeros en litigios relativos a materias que no son disponibles para las partes. Piénsese, por ejemplo, en acciones en materia de Derecho de familia o sucesiones.

iv) *Sometimiento a arbitraje* (art. 2064). El supuesto es similar al comentado anteriormente. Si las partes han hecho uso de la autonomía de la voluntad para someter el litigio a arbitraje, si posteriormente una de ellas presenta una demanda, el juez deberá declinar su competencia. La disposición debe complementarse con el art. 16 Ley 26572 General de Arbitraje que establece que la impugnación de la competencia debe ser a instancia de parte en el plazo establecido por las normas procesales. Vencido el plazo, se entiende renunciado el derecho a invocarla y el convenio arbitral queda sin efecto. La disposición se refiere a “asuntos de jurisdicción peruana facultativa” por lo que el juez no debe declinar su competencia si considera que el asunto es de jurisdicción peruana exclusiva.

v) *Acciones relativas al estado y la capacidad de las personas o a las relaciones familiares que no presentan ninguna vinculación efectiva con el territorio de la República* (art. 2067.3°). El supuesto, cuya aplicación ya ha sido explicada al hablar de los foros especiales en materia extra-patrimonial, garantiza que los tribunales peruanos no se declaren competentes en supuestos que presentan una escasa vinculación con Perú y se evita la presentación ante los tribunales peruanos de acciones “en fraude de ley”¹⁰⁴.

V. Valoración final

29. En análisis de las normas sobre jurisdicción del Libro X del Código civil y los convenios internacionales ratificados por Perú permite afirmar, con carácter general, que el país andino cuenta con un sistema de competencia judicial internacional completo y coherente.

Completo porque carece de lagunas importantes en lo que respecta a los foros de competencia y a las normas de aplicación. En cualquier caso, cuenta con suficientes mecanismos de autointegración. En particular, gracias al Art. 2048 CC que otorga un valor importante a la doctrina de DIPr. Así, por ejemplo, los principios consagrados por la doctrina pueden jugar un papel importante a la hora de determinar si el demandado está o no domiciliado en el Perú, o de identificar el *forum executionis* o el *forum delicti commissi*, reglas que precisan de una actualización a los condicionantes actuales del comercio internacional.

¹⁰⁴ Vid. M.C. Tovar Gil, “Art. 2067”, *Código civil...*, op. cit., p. 561.

Del mismo modo, a partir de una interpretación ajustada del concepto de “abuso de derecho” establecido en el art. 2060 se puede garantizar la protección de la parte débil de los contratos en supuestos de elección de tribunales extranjeros. No obstante, para garantizar la seguridad jurídica en estas transacciones debería establecerse una regulación específica.

Coherente porque sus normas de jurisdicción responde a un mismo principio: el de proximidad razonable, circunstancia que garantiza el respeto al derecho a una tutela judicial efectiva del demandado. De ahí que en el Libro X no existan foros exorbitantes y que los tribunales peruanos deban declinar su competencia en materias que son objeto de competencia exclusiva de tribunales extranjeros o en supuestos en los que las partes se han sometido expresamente a jurisdicciones de otros Estados. Si bien en algunos supuestos en materia de Derecho de familia la técnica del *forum causae* puede atribuir la competencia a los tribunales peruanos en supuestos escasamente conectados con Perú, la regla de no competencia del art. 2067.3º garantiza el respeto del principio de proximidad razonable al obligar a los órganos jurisdiccionales a declinar su jurisdicción.

En cualquier caso, lo adecuado sería una eliminación del *forum causae* por dos razones: los criterios que informan la determinación de la ley aplicable no son los mismos que inspiran las soluciones en el sector de la competencia judicial internacional; la inversión del método tradicional de DIPr que conlleva esta técnica puede ser vista como una dificultad añadida en una materia que, ya de por sí, es vista con mucho recelo por las autoridades peruanas.

Bibliografía

- Basadre Ayulo, J.: *Derecho internacional privado*, 4ª ed., Lima, Ediciones Legales, 2010.
- Calvo Caravaca, A.L. y J. Carrascosa González: *Derecho internacional privado*, vol I, 14ª ed., Granada, Comares, 2014.
- Candela Sanchez, C.L.: “Art. 2047”, *Código civil comentado*, t. X, 3ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2010, pp. 501 ss.
- Delgado Barreto, C., M.A. Delgado Menéndez y C.L. Candela Sanchez: *Introducción al Derecho internacional privado*, vol. I, 3ª ed., Lima, PUCP-Fondo Editorial, 2008; vol. II, Lima, PUCP – Fondo Editorial, 2007.
- Dreyzin de Klor, A., A. Uriondo de Martinoli y M.B. Noodt Taquela: “Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosureños”, D.P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Zavalia, Buenos Aires, 2003, pp. 170 ss.
- Fernández Arroyo, D.: “Acerca de la necesidad y las posibilidades de una Convención interamericana sobre competencia judicial internacional”, *DeCITA*, vol 4, 2005, pp. 80–114.
- Fernández Rozas, J.C. y S. Sánchez Lorenzo: *Curso de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Cívitas, 1993.

- Ochoa Muñoz, J.L.: “La expresión salvo derecho local contrario e las normas sobre competencia procesal internacional del Código de Bustamante”, *DeCITA* 4, 2005, pp. 67–80.
- Sierralta, A.: “La experiencia peruana sobre competencia jurisdiccional, aplicación de la ley extranjera y reconocimiento de sentencias”, *DeCITA* 4, 2005, pp. 675–694.
- Tovar Gil, M.C. y J. Tovar Gil: “Capítulo XVII – Perú”, C. Esplugues Mota, D. Hargain y G. Palao Moreno (eds.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Montevideo–Buenos Aires, Edisofer SL, 2008, pp. 617–663.
- Tovar Gil, M.C. y J. Tovar Gil: *Derecho internacional privado*, Lima, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1987.
- Tovar Gil, M.C.: “Art. 2958”, *Código civil comentado*, t. X, 3ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2010, pp. 538 ss.
- Tovar Gil, M.C.: “Art. 2059”, *Código civil comentado*, t. X, 3ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2010, pp. 541 ss.
- Tovar Gil, M.C.: “Art. 2060”, *Código civil comentado*, t. X, 3ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2010, pp. 542 ss.
- Tovar Gil, M.C.: “Art. 2061”, *Código civil comentado*, t. X, 3ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2010, pp. 544 ss.
- Tovar Gil, M.C.: “Art. 2063”, *Código civil comentado*, t. X, 3ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2010, pp. 550 ss.
- Tovar Gil, M.C.: “Art. 2065”, *Código civil comentado*, t. X, 3ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2010, pp. 551 ss.
- Tovar Gil, M.C.: “Art. 2066”, *Código civil comentado*, t. X, 3ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2010, pp. 552 ss.
- Tovar Gil, M.C.: “Art. 2067”, *Código civil comentado*, t. X, 3ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2010, pp. 555 ss.

¿POR QUÉ LA REPÚBLICA DOMINICANA NECESITA UNA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO? *

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS **

SUMARIO: I. Carácter incompleto y disperso del sistema de Derecho internacional privado. 1. Competencia judicial internacional. 2. Determinación de la ley aplicable. 3. Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. II. Inadecuación y obsolescencia del Código Bustamante. III. Panorámica del régimen convencional. IV. Hacia una reforma del sistema. 1. Factores determinantes. 2. Líneas generales del Borrador del Proyecto de Ley de Derecho internacional privado.

RESUMEN: El Derecho internacional privado dominicano cuenta con una reglamentación legal incompleta y dispersa, carente de una construcción jurisprudencial supletoria como la gestada en el sistema homólogo francés. Por eso es necesario una labor codificadora que corrija, en lo posible, esa situación para alcanzar, en la esfera de las relaciones privadas internacionales, los dos supremos objetivos de justicia y seguridad jurídica, razón de ser de toda norma de Derecho, y acoplar las disposiciones a las características y necesidades de la realidad social, económica y humana de la República Dominicana. Este es el desafío de la iniciativa tendente a aprobación de una Ley de Derecho internacional privado adaptada a las necesidades y a los intereses de política legislativa de este país en tres sectores concretos: la determinación de la competencia judicial de los tribunales dominicanos en los litigios transfronterizos, la designación de la ley aplicable a dichos litigios y el reconocimiento en la República Dominicana de resoluciones y sentencias pronunciadas en el extranjero.

PALABRAS CLAVE: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – CODIFICACIÓN – REPÚBLICA DOMINICANA – CONFLICTO DE LEYES – CONFLICTO DE JURISDICCIONES – EXECUÁTUR.

ABSTRACT: *A The Dominican private international law has a comprehensive legal and regulatory dispersed, lacking concocted as an extra in the French case law homologous system. So a coding work to correct, if possible, that located-in to achieve in the field of private international relations is necessary, the two overarching goals of justice and legal certainty, reason for every rule of law and provisions attaching to the characteristics and needs of the social, economic and human reality of the Dominican Republic. This is the challenge of the initiative to adoption of a law on private international law adapted to the needs and interests of legislative policy of this country in three specific areas: determin-*

* El autor agradece sinceramente al Magistrado y Edynson Alarcón, Juez de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional y Profesor de Derecho procesal civil son valiosas observaciones.

** Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Asociado del *Institut de Droit International*.

ing the jurisdiction of courts in the Dominican border disputes the designation of the law applicable to such disputes and the Dominican Republic in recognition of judgments and orders issued abroad.

KEYWORDS: PRIVATE INTERNATIONAL LAW – CODIFICATION – DOMINICAN REPUBLIC – CONFLICT OF LAWS – CONFLICT OF JURISDICTION – EXEQUATUR.

I. Carácter incompleto y disperso del sistema de Derecho internacional privado

La República Dominicana no cuenta con una ley especial que regule, al menos, una parcela sustancial de los problemas del tráfico jurídico externo. En general, los distintos sectores que conforman el contenido del Derecho internacional privado (DIPr): determinación de la competencia de los tribunales dominicanos (1), designación de la ley aplicable en los asuntos con elemento extranjero (2) y reconocimiento y ejecución de decisiones pronunciadas en el extranjero (3), son objeto de una regulación altamente insuficiente y se encuentran ubicados en cuerpos legales diversos lo que suscita serios problemas en orden a la respuesta articulada de las soluciones en presencia.

1. Competencia judicial internacional

La aptitud del juez para ejercer jurisdicción en un caso conectado con el extranjero es de capital importancia en cualquier sistema estatal de DIPr. Sin embargo, en la República Dominicana no existe una regulación de las cuestiones de competencia judicial internacional, al margen de lo dispuesto en los arts. 14 y 15 del Código civil¹ (pues el art. 16, relativo a la *cautio iudicatum solvi*, fue modificado por la Ley 845, del 1978²). Ante la carencia de normas expresas en el código de procedimiento civil los operadores jurídicos deben acudir al examen del conjunto de la jurisprudencia de los tribunales dominicanos, que refleja un panorama bastante confuso y equívoco³.

¹ Que son traducción literal de sus homólogos del Código civil francés de 1804: Art. 14: “El extranjero, aunque no resida en la República, podrá ser citado ante los tribunales de ella, para la ejecución de las obligaciones contraídas por él en la República y con un dominicano; podrá ser llevado a los tribunales en lo que se refiere a las obligaciones contraídas en país extranjero respecto de dominicanos”. Art. 15: “Un dominicano podrá ser citado ante un tribunal de la República, por causa de obligaciones por él mismo contraídas en país extranjero y aún con extranjeros”.

² Ley No. 834, que abroga y modifica ciertas disposiciones en materia de Procedimiento Civil y hace suyas las más recientes y avanzadas reformas del Código de Procedimiento Civil Francés, de 15 julio 1978 (*Gaceta Oficial*, No. 9478).

³ J.M. Castillo Roldán, “Competencia judicial internacional en la República Dominicana”, <http://juanmicastilloroldan.blogspot.com.es/2013/06/competencia-judicial-internacional-en.html>, 13 junio 2013.

Dicha construcción apunta hacia la existencia de dos criterios de carácter general. De un lado, la independencia en el tratamiento de los conflictos de leyes y los conflictos jurisdiccionales y, de otro lado, el carácter dominante de la jurisdicción dominicana que se considera como plena indeclinable. Para los tribunales dominicanos las soluciones en esta materia responden a una concepción amplia de la noción de jurisdicción en la que ésta aparece íntimamente conectada a la soberanía nacional. Ello se concreta en:

i) La transposición pura y simple al plano internacional de la *vis atractiva* que en el ámbito interno posee la jurisdicción ordinaria (art. 59 Código Procesal Civil) para afirmar, de este modo, el carácter exclusivo y excluyente que, frente a las jurisdicciones extranjeras tiene la jurisdicción nacional para conocer, de todos aquellos negocios civiles que se susciten en la República Dominicana; esto ha conducido, en muchas ocasiones, a la aplicación de los criterios delimitadores de la competencia territorial a los supuestos conectados con otros países. No obstante, esta orientación ha registrado tras la Ley No. 834/1978, de modificación del Código Procesal Civil, una cierta atenuación, al insertar su art. 24 la posibilidad de que si el juez “estimare” que el asunto corresponde a una jurisdicción extranjera orientará a las partes para que “recurran a la jurisdicción correspondiente”⁴. Al margen de que la formulación bilateral del precepto es impropia para los asuntos de carácter transnacional, no hay práctica acerca de su eventual aplicación.

ii) La atribución de la competencia de los tribunales dominicanos puede tener efecto derogatorio de la voluntad privada cuando las partes se sometan a un tribunal extranjero. Es una posibilidad restringida que se desprende del art. 20.2º Ley No. 834 que al ocuparse de la incompetencia de oficio establece que “Ante la corte de apelación y ante la Corte de Casación esta incompetencia sólo podrá ser declarada de oficio si el asunto (...), o escapare al conocimiento de cualquier tribunal dominicano”. De esta suerte, si las partes, al preparar su contrato, deciden otorgar competencia a un tribunal extranjero para resolver cualquier dificultad derivada de su ejecución, el juez dominicano no tendría ningún reparo en declinar el asunto, siempre que se lo solicite la parte demandada. En este caso será necesario que *prima facie* alguien plantee la correspondiente excepción declinatoria, por tratarse de una competencia prorrogada convencionalmente y, por tanto, de interés privado. Más explícitamente, el art. 12 Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial admite inequívocamente la declinatoria arbitral cuan-

⁴ Art. 24: “Cuando el juez estimare que el asunto es de la competencia de una jurisdicción represiva, administrativa, arbitral o extranjera se limitará a declarar que las partes recurran a la jurisdicción correspondiente. En todos los otros casos el juez que se declare incompetente designará la jurisdicción que estime competente. Esta designación se impondrá a las partes y al juez de envío”.

do en el contrato exista una cláusula de sometimiento arbitraje y no se regule en las leyes procesales los efectos que tiene la sumisión a tribunales estatales extranjeros⁵.

2. *Determinación de la ley aplicable*

Desde la perspectiva del Derecho aplicable el sistema gira en torno al art. 3 del Código civil, trasunto del mismo precepto del Código civil francés, cuya insuficiencia no ha quedado paliada por otras disposiciones posteriores. El carácter obsoleto de la regulación de las cuestiones de Derecho aplicable se debe a que aún subsiste la solución introducida en el art. 3 del Código de Napoleón de 1804 fiel heredera de la denominada teoría de los estatutos⁶. De acuerdo con este precepto:

“Las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los habitantes del territorio.

Los bienes inmuebles aunque sean poseídos por extranjeros, están regidos por la ley dominicana.

Las leyes que se refieren al estado de capacidad de las personas, obligan a todos los dominicanos, aunque residan en país extranjero”

Las características de este precepto pueden reducirse a tres. En primer lugar, las evidentes lagunas que ofrece, toda vez que guarda silencio acerca de la regulación de los bienes muebles, forma de los actos, contratos y sucesiones; es cierto que estas lagunas tenían en aquellos años de comienzos del siglo XIX un escaso apoyo doctrinal y práctico, pero en la actualidad el vacío resulta absolutamente improcedente. En segundo lugar, la técnica de reglamentación que introduce, basada en la determinación de la esfera de aplicación espacial del propio ordenamiento, esto es el empleo de una técnica marcadamente unilateralista que, si en aquellos años tenía justificación, en la actualidad ha quedado ampliamente superada a través del empleo generalizado en los sistemas jurídicos romano-germánicos, del denominado método conflictual mediante normas de carácter bilateral. Por último, el referido art. 3 se caracteriza por adoptar la nacionalidad de la persona como condición para determinar la ley aplicable a las materias incluidas dentro del denominado “estatuto personal”, sustituyéndose la conexión que tradicionalmente había dominado esta materia, que era la domiciliar.

⁵ Criterio refrendado por las Sentencias Suprema Corte de Justicia (SCJ) 13 diciembre 2006 y 30 enero 2008. Vid. E. Alarcón, *Comentarios a la Ley de arbitraje comercial de la República Dominicana*, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2012; J.C. Fernández Rozas y N. Concepción, *Sistema de arbitraje comercial en la República Dominicana*, Santo Domingo, Editorial Funglode, 2013.

⁶ Acerca de los antecedentes históricos de la redacción del art. 3 Cc francés en la época de Napoleón Bonaparte, vid. H. Battifol y P. Lagarde, *Traite de droit international privé*, t. 1, 8ª ed., París, LGDJ, 1993, nº 272, nota 1 y nº 254, nota 1.

Pero a diferencia de lo que aconteció en la República Dominicana el sistema francés de DIPr puede servir como ejemplo del peso que puede tener la jurisprudencia en un país que, paradójicamente, es el exponente del Derecho codificado. Como pusidera de relieve J.D. González Campos al elaborarse el art. 3 *Code civil*, el núcleo del sistema en cuanto al Derecho aplicable, se partió de dos ideas: la primera, que los tribunales franceses eran incompetentes para resolver los litigios entre extranjeros; la segunda, que no deberían conocer de materias que no estuviesen regidas por la ley francesa. Ello justificó en su día la limitada regulación de los supuestos de tráfico externo contenida en los tres párrafos de dicho precepto, así como el carácter unilateral de sus normas⁷. Pero esta doble convicción pronto fue modificada, dado que los tribunales franceses tuvieron que aplicar la ley personal de los extranjeros y, de este modo, a partir del art. 3 *Code civil* desarrollaron “un verdadero sistema de conflicto de leyes para determinar cuál es la ley extranjera aplicable cuando no lo es la ley francesa”⁸. Y esta situación, pese a partirse del mismo texto normativo, de carácter “principal” y parquedad de contenido, no tuvo, siquiera mínimamente, una correspondencia en la jurisprudencia dominicana.

Ante esta carencia de desarrollo pretoriano, es de lamentar que tras más de 200 años el legislador dominicano no haya decidido adaptarse a las nuevas corrientes codificadoras una vez entrado el siglo XXI cuando ya se han sentado las bases teóricas del Derecho internacional privado en América latina y cuando la práctica aporta diariamente abundantes ejemplos de la problemática real del tráfico jurídico externo. Por el contrario, se mantienen unas disposiciones preñadas de lagunas que ni se acomodan a las necesidades socioeconómicas de la época ni permiten un desarrollo judicial flexible. El hecho de que el art. 3 del Código civil haya permanecido vigente durante más de 150 años, inmune a las importantes oscilaciones del tráfico jurídico externo acaecidas desde entonces, da una idea de las carencias del sistema dominicano de Derecho internacional privado en lo que concierne al sector de la determinación del Derecho aplicable.

Aunque sin la contundencia necesaria, el carácter unilateral del precepto ha sido bilateralizado por la jurisprudencia dominicana al admitir, por obvias razones de reciprocidad, la aplicación de las Derecho extranjero cuando la pretensión provenga de no nacionales. Sólo así, la jurisprudencia (SSCSJ nº 72 13 enero

⁷ Cf. J.D. González Campos, “Sobre la vinculación del juez a la ley en Derecho internacional privado”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, vol. 4, 2002, Madrid, Civitas 2002, pp. 6307-6322.

⁸ H. Battifol y P. Lagarde, *op. cit.*, p. 458; E. Jayme, “Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 177, 1982, p. 24. Valorando el precepto este último autor estima que pese que incorpora importantes principios inspiradores para la codificaciones posteriores de DIPr, no puede considerarse que sea una manifestación genuina de la codificación de este ordenamiento.

2006, nº 115, de 9 de junio 2010 y nº 128 15 septiembre 2010) ha podido considerar que

“... en cuanto al conflicto de leyes (...), al que se conoce, cuando se trata de leyes pertenecientes a Estados diferentes como conflicto internacional, que es el objeto del Derecho internacional privado, se hace necesario apuntar lo que la doctrina y la jurisprudencia del país de origen de nuestra legislación han sentado respecto a la cuestión: ‘Una ley extranjera –señalan– puede ser aplicada en Francia si la solución del conflicto conlleva esta aplicación. Pero ella no tiene el mismo carácter que la ley francesa. Pertenecer a las partes establecer la existencia de la ley pero la violación de la ley extranjera no constituye un caso de casación’; que, en el mismo orden, esta Suprema Corte de Justicia ha mantenido el mismo criterio sobre el particular, criterio que ratifica en esta oportunidad, pero, bajo las condiciones establecidas en la legislación dominicana; así, ha sido juzgado que ‘nada se opone a que aquél que alegue ante nuestros tribunales la aplicación de un Derecho, justifique su texto, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, siempre que dicha certificación esté debidamente legalizada, de conformidad con el art. 3 de la Ley 716 de 1944, sobre Funciones Públicas de los Cónsules, según el cual todo documento que se destine a exhibirse ante funcionarios judiciales deberá estar certificado por el funcionario consular de la jurisdicción en que fuere expedido”

Este modelo rígido contrasta ampliamente con el seguido por las normas de conflicto contenidas en las modernas legislaciones nacionales y en los Convenios internacionales suscritos que la República Dominicana ha comenzado a suscribir. Dichas normas, manteniendo la estructura tradicional incorporan una orientación material, de resultado, que permite mayor margen al juez o a la autoridad que las aplica.

Dentro de las disposiciones posteriores merece destacarse la denominada “Ley de divorcio al vapor” (Ley 1306–bis de Divorcio, de 21 mayo 1937⁹, modificada por la Ley 142 del 4 junio 1971) reguladora de un procedimiento instituido especialmente para extranjeros o dominicanos no residentes en el país en caso de divorcio por mutuo consentimiento que, al margen de sus problemas de carácter confesional, como evidenció la Resolución No. 3874 del Congreso Nacional que aprobó el Concordato y el Protocolo Final suscrito entre la República Dominicana y la Santa Sede de 16 junio 1954, fue el fruto de una época periclitada que debe superarse.

También debe hacerse alusión a la Ley No. 136–03 que crea el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, de 7 agosto 2003, junto con alguna otra disposición aislada y, con posterioridad, con la entrada en vigor de la Ley No. 489–08 sobre Arbitraje Comercial. Esta última disposición que al estar directamente inspirada en la Ley Modelo Uncitral de arbitraje comercial de 1985, está totalmente homologada a las disposiciones que sobre esta materia existen en otros sistemas jurídicos favorables al arbitraje.

⁹ G. Ireland y J. de Galíndez, *Divorce in the Americas*, Buffalo NY, Dennis, 1947.

3. Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras

Existe gran imprecisión en orden al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Tradicionalmente se han aplicado las normas sobre ejecución contenidas en el viejo Código Procesal Civil¹⁰, hasta la modificación efectuada por la Ley No. 834/1978, cuyo art. 122 dispone que “Las sentencias rendidas por los tribunales extranjeros y los actos recibidos por los oficiales extranjeros son ejecutorios en el territorio de la República de la manera y en los casos previstos por la ley”. La subsistencia de la normativa anterior es cuestionable pues la referida Ley no incluye derogaciones expresas limitándose su art. 142 al declarar “derogadas y sustituidas todas las leyes y disposiciones del Código de Procedimiento Civil relativas a las materias que son tratadas en la presente ley”. Y la cuestión no es previsible que tenga una solución inmediata al paralizarse la iniciativa de reforma del Código de Procedimiento Civil de 2010, que incluía una regulación expresa de la materia¹¹. Como puede observarse, el referido art. 122 se limita a establecer un marco referencial, sin entrar en consideraciones sobre si la impletración del interesado tendría que regirse por el protocolo contencioso, citando a la otra parte, o por el procedimiento gracioso, *inaudita parte*.

Todo ello, al margen del respeto de las normas incluidas en el Código Bustamante (arts. 423 ss), que deberán emplearse cuando el asunto entre en su ámbito material (que desborda ampliamente las cuestiones propias de Derecho privado) y territorial (bastante reducido) de aplicación¹², circunstancia reconocida por la propia jurisprudencia.

La jurisprudencia ha aportado ciertas luces sobre esta cuestión, aunque en el marco de la reciprocidad legal, jurisprudencia y convencional¹³, distinguiendo el

¹⁰ Código de Procedimiento Civil de la República Dominicana: arreglado por la comisión nombrada por el poder ejecutivo, y conforme al decreto del Congreso nacional de fecha 4 julio 1882, conservando el orden de los artículos del texto francés vigente (*sic*) en la República desde el año de 1845.

¹¹ En septiembre de 2010 tuvo lugar la Propuesta Legislativa Anteproyecto Código Procesal Civil que, según el plan adoptado, comprende doce libros. El primero, recoge los principios fundamentales del proceso, la aplicación de las normas nacionales y supranacionales, la cooperación judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras e internacionales. A nuestros efectos, nos interesa el Capítulo II del Título II relativo a la aplicación de las normas procesales internacionales que comienza con una clara afirmación de la primacía de las normas internacionales (art. 29), y el Título IV (arts. 48 a 63), que presta una atención detallada al reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras e internacionales.

¹² Aceptación total : Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú: ratificación con reserva de algunos artículos: Brasil, Haití, República Dominicana y Venezuela; y, ratificación con reservas indeterminadas y subordinación a la legislación interna (Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y El Salvador).

¹³ “El procedimiento a seguir para el conocimiento de una acción en procura de ejecución deberá estar regido por el Derecho común del país que deba otorgarlo, salvo la existencia de un tratado o convenio suscrito entre el país de donde proviene la sentencia y el país donde se desea ejecutar la misma, en

distinto tratamiento que debe dispensarse a las sentencias declarativas y constitutivas de derechos (estado civil y capacidad) que no necesitan pasar por el trámite de lo ejecutivo y los fallos condenatorios, que si precisan del mismo¹⁴.

II. Inadecuación y obsolescencia del Código Bustamante

La repercusión el Código Bustamante adoptado por la República Dominicana¹⁵, debe ser objeto de algunas matizaciones críticas, pues si bien su terminología fue acogida en el Proyecto de Código civil de 1943, éste nunca llegó a ver la luz; incluso la Ley N° 142 de divorcio de 4 julio 1971 se elaboró en total contradicción con lo dispuesto en los arts. 52 ss del Código. Es innegable la influencia europea presente en el Código y su orientación favorable a considerar la “nacionalidad” como el elemento determinante del sistema, frente a otras opciones existentes en América Latina en favor del domicilio. Sin embargo, consciente de la fuerte aceptación de este último criterio el Código concedía a cada Estado parte la facultad de aplicar, además de los criterios de la nacionalidad y del domicilio, “cualquier otro que haya adoptado algo que en lo adelante la acción interior”. Con ello se permitía la presencia de normas basadas en principios territorialistas. No fue esta la opción de la República Dominicana que, fiel a su tradición jurídica francesa, respaldó el principio de la nacionalidad al formular, en el momento de su incorporación una reserva al respecto.

Ello era coherente con lo dispuesto en el art. 3.3° del Código civil. De acuerdo con este planteamiento quedaba regido por el principio de la nacionalidad no solamente el estado de capacidad de la persona sino también las relaciones de familia y del Derecho sucesorio, lo cual suponía la posibilidad de una amplia extraterritorialidad de la ley francesa, la española o la dominicana, aplicable a los nacionales de estos países, en cualquier lugar. Sin embargo, la solución basada en la ley nacional, que tenía justificación hace más de un siglo en países como Francia, Italia, España, Portugal o Suiza no logra implantarse en la generali-

cuyo caso, de haber sido previsto, el procedimiento se regirá por el tratado o convenio de que se trate (...) debiendo limitarse [los tribunales nacionales] a comprobar la regularidad y la autoridad irrevocable de la sentencia, conforme a las reglas del país de origen de la misma, valiéndose de nuestras autoridades consulares, así como su legítima ejecutoriedad en la República Dominicana y su conformidad con nuestros principios constitucionales” (SSCJ n° 5 7 diciembre 2005).

¹⁴ “(V)ale resaltar que las corrientes doctrinales y jurisprudenciales del país de origen de nuestra legislación sobre la materia, se definen en el sentido casi unánime de considerar que las sentencia declarativas y constitutivas de derechos no necesitan el referido ejecutivo, entre las que se incluyen las relativas al estado y a la capacidad de las personas, porque su ejecución no requiere una realización material, que reclama, generalmente, el auxilio de la fuerza pública; que solo los fallos condenatorios, que imponen el cumplimiento de una prestación positiva de dar o hacer, o negativa de no hacer, son susceptibles de requerir ejecutivo, conforme a esos criterios” (SSCJ n° 16 14 enero 2009).

¹⁵ Aprobado por resolución n°1055 de 20 noviembre 1928 del Congreso Nacional.

dad de los sistemas jurídicos, experimentando desde hace varias décadas una fuerte impugnación que ha sido el resultado de una importante polémica entre los defensores de la ley nacional y los defensores de la ley del domicilio. Y ello sin olvidar que la reserva dominicana insiste en la obligatoria consideración del Derecho nacional a los dominicanos en lo que concierne al estatuto personal y que por consiguiente excluye la aplicación del Código cuando, al contrario del Derecho dominicano, establezca la ley del domicilio o la ley local. Según el tratadista alemán, Jürgen Samtleben, que utilizó los datos aportados en la obra de Jesús de Galíndez¹⁶, el Código Bustamante no ha logrado en la práctica mayor significación en la República Dominicana y tampoco fue mencionado en la jurisprudencia más antigua en casos con inaplicación de nacionales de Estados contratantes, no encontrándose tampoco ejemplos en la jurisprudencia respecto de su aplicación frente a Estados no contratantes¹⁷.

Esta impresión pesimista queda corroborada con un estudio más profundo de la jurisprudencia dominicana cuyo balance no desvirtúan la idea negativa antes expresada¹⁸. En efecto, la doctrina extraída de los tribunales dominicanos muestra como el Código Bustamante no ha tenido una aplicación práctica significativa limitándose a ser una referencia utilizada en ocasiones por las partes como complemento para justificar en Derecho una determinada pretensión (contrariedad al orden público¹⁹, mantenimiento de la posesión al poseedor inquietado²⁰, domicilio de los diplomáticos en el extranjero²¹, derechos sucesorios²² ...) junto a los preceptos constitucionales o las disposiciones de la normativa internacional de derechos del hombre. Ello al margen de la aplicación del Código, habida

¹⁶ J. de Galíndez, *Principales conflictos de leyes en la América actual*, Buenos Aires, Colección Elhuyard, 1945.

¹⁷ Cf. J. Samtleben, *Derecho internacional privado en América latina: teoría y práctica del Código Bustamante*, Buenos Aires, Depalma, 1983.

¹⁸ Por ejemplo una Tesis Jurisprudencial de 1 septiembre 1966 es muy clara en delimitar el ámbito territorial de aplicación del Código al afirmar que "... la Convención sólo obliga a los Estados que fueron signatarios de ella y que, además, la ratificaron, no figurando entre éstos los Estados Unidos de América" (B.J. 670, p. 1808, septiembre de 1966; *vid.* en el mismo sentido la Sentencia n° 66 de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, del 30 septiembre 2004 ssSCJ n° 5, 7 diciembre 2005 y n° 128, 15 septiembre 2010). Y en otro asunto significativo, el relativo a partición de bienes sucesorales, incoada por Julieta Trujillo Lora y los sucesores de Héctor Bienvenido Trujillo Molina contra Alma McLaughing Simó, Viuda de Trujillo, la SCSJ n° 24 16 septiembre 2009 dio preferencia a la aplicación del art. 3 del Código civil frente a la invocación de que eran de pertinente aplicación los arts. 23 y 144 Código Bustamante, afirmando que el referido art. 3 "contiene sobre el régimen de los inmuebles un disposición general, que es de orden público; que en lo que atañe a los muebles, la ley aplicable es la ley del domicilio, esto es, la ley del país en donde el *de cuius* estaba domiciliado en el momento de su muerte".

¹⁹ SCSJ n° 9 20 septiembre 2000.

²⁰ SCSJ n° 96 9 noviembre 2005.

²¹ SCSJ n° 24 16 septiembre 2009.

²² *Ibid.*

cuenta su concepción *lato sensu* del Derecho internacional privado, a otras materias como la extradición.

III. Panorámica del régimen convencional

Frente a lo que ocurre en otros países de su entorno geográfico (México, Venezuela, Colombia), la política participación de la República Dominicana en los foros de codificación internacional del tráfico externo ha sido, hasta la fecha, más bien modesta tanto en de carácter mundial como en los foros interamericanos. La República Dominicana no es parte de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, aunque en los últimos años haya sido invitada a participar en algunas sesiones relativas a la regulación de los menores en las relaciones transnacionales, lo que se ha traducido en la incorporación de tres instrumentos en la materia. Y también resulta muy limitada la política seguida por la República Dominicana de incorporación de tratados del Derecho internacional privado.

i) Desde la perspectiva bilateral queda reducida a la suscripción de ciertos tratados de cooperación judicial en materia civil, como el concluido con el Reino de España el 15 septiembre 2003 sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, sin que exista una estrategia generalizada en orden a la realización de una red de convenios que faciliten el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras.

ii) Desde la perspectiva multilateral en los últimos años se ha evidenciado una voluntad política de incorporarse a los principales instrumentos internacionales rectores del tráfico privado externo, pero este esfuerzo aún resulta insuficiente.

– En el ámbito de los negocios internacionales resulta especialmente significativa la suscripción en el año 2002 de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958 y, en el año 2011 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Son estos indudablemente los instrumentos más importantes del tráfico mercantil internacional y puede afirmarse que los objetivos en este sector han sido ampliamente cubiertos, sobre todo si se añade la participación de la República Dominicana en la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías de 1974 y de la Convención de las Naciones Unidas sobre transporte marítimo de mercancías de 1978 (“Reglas de Hamburgo”).

– Menor es la presencia dominicana en el sistema de cooperación judicial en materia civil que desde finales del siglo XIX ha elaborado la Conferencia de La

Haya Derecho internacional privado. Con excepción de la Convención de 5 octubre 1961, suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros en la que se incorporó en el año 2008, la República Dominicana está ausente de un importante bloque de convenios sobre procedimiento civil que tiene su origen en la Convención de La Haya de 1954 y en el que participan la mayor parte de los países del mundo; una ausencia que debería solventarse lo antes posible. Este vacío legal alguna manera paliado por su presencia en las convenciones de La Haya sobre protección de menores de nueva generación, en concreto, la Convención de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (2004), de la Convención de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional (2007) y de la Convención de 19 octubre 1996 relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (2010). Estos tres instrumentos contienen disposiciones de gran complejidad que requieren un serio ajuste por parte de los tribunales de justicia dominicanos a la hora de su aplicación.

– Resulta nuevamente llamativa la ausencia de la República Dominicana en el sistema de cooperación judicial internacional que ha diseñado la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP) pues sólo es parte de la Convención interamericana de 30 enero 1975 sobre la recepción de pruebas en el extranjero (1991) y de la Convención interamericana de 30 enero 1975 sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero (1977), lo que resulta altamente insuficiente; y es parte, curiosamente, de otros instrumentos que ofrecen un interés menor como la Convención interamericana de 30 enero 1975 sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas (1977), la Convención interamericana de 30 enero 1975 sobre arbitraje comercial internacional (2002), y la Convención interamericana de 18 marzo 1994 sobre tráfico internacional de menores (2011). El balance de la participación dominicana en la CIDIP requiere una reflexión meditada y el estudio de la incorporación a otros instrumentos de importancia elaborados en su seno como la Convención de México de 1994 sobre aplicable a los contratos internacionales.

IV. Hacia una reforma del sistema

1. Factores determinantes

En los últimos tiempos se asiste en la República Dominicana a un incremento sin precedentes de los problemas derivados del tráfico externo que requieren una

atención especial del legislador y conducen a la necesidad de establecer un bloque normativo que dé respuesta a los problemas puntuales del tráfico privado externo. Así lo ha estimado en 2013 la Comisión Permanente de Justicia de la Cámara de Diputados²³. Este incremento obedece, sin duda alguna, a factores muy particulares de carácter social y económico y jurídico.

i) El legislador dominicano, aparte de ocuparse del estatuto migratorio nacional y, con independencia del debate constitucional en torno a la adquisición de la nacionalidad dominicana y de la doctrina asentada por las Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de 14 diciembre 2005 o de 2 noviembre 2011, y más recientemente por la polémica Sentencia del Tribunal Constitucional 163/13, de 23 septiembre 2013, ha de dar una respuesta jurídica a la presencia en su territorio de cientos de miles de extranjeros procedentes fundamentalmente de Haití, con una vocación de permanencia fruto del profundo desbalance de desarrollo económico entre esta nación y la República Dominicana. Al margen de las normas que rigen el acceso y permanencia de los extranjeros, cuestión que debe encuadrarse en una dimensión jurídico pública, debe existir una ordenación de las relaciones privadas de los extranjeros ya establecidos que, siguiendo las pautas del Derecho comparado y al margen de determinadas reglamentaciones de carácter material (como la contenida en la Convención de Viena de 1980 sobre compra venta internacional de mercaderías), debe afrontar una opción básica: la aplicación de la ley del país de la nacionalidad de los extranjeros o la aplicación de la ley dominicana. Sin entrar en otras consideraciones de carácter técnico es preciso abordar de una vez por todas si las tradicionales soluciones basadas en la aplicación de la ley nacional de los individuos constituyen la respuesta correcta en un modelo normativo elaborado en pleno siglo XXI. Una estrategia de este tipo no puede ignorar, en principio, que la República Dominicana también es un país de emigración y que el legislador debe tener presente la acción del principio de reciprocidad y, en tal sentido, debe tener una especial sensibilidad a la hora de regular determinadas cuestiones.

ii) La República Dominicana gracias a su privilegiada ubicación geográfica en el Caribe, posee muchas zonas que son particularmente atractivas e interesantes para el turismo debido a las bellas playas que tiene así como también a sus bellos paisajes. Desde el año 1966 y, sobre todo, desde el año 1968 en el que se produce la legislación turística que declara de interés nacional el desarrollo turístico, el incremento de este fenómeno es tan elocuente que hoy constituye sin duda la industria primaria de ingresos económicos para la República Dominicana, que

²³ “Diputados consideran urgente que el país tenga una Ley de Derecho internacional privado”, El Diputado Digital, 17 julio 2013, http://www.camaradediputados.gob.do/app/app_2011/article.aspx?id=4028.

mueve una cantidad en torno a los 4.500 millones de dólares. Hoy el turismo extranjero es un tema que forma parte de la vida diaria de los dominicanos, ya que en él depende en gran parte, condicionando no sólo su sustento económico sino también su manera de vivir.

iii) El incremento del comercio exterior es un índice expresivo del crecimiento económico de la República Dominicana, de su nivel de integración en la economía internacional, así como su inserción en la economía de mercado y su liberalización económica, que ha sido procesos graduales iniciados en la década de los años 90 y 2000 que se han visto fortalecidos y profundizados en la última década en la que el país ha suscrito importantes acuerdos de libre comercio con los EE UU, la UE y varios países de Centroamérica.

– El DR-CAFTA ha sido el factor determinante de muchas reformas producidas en la República Dominicana²⁴. La apertura al comercio internacional y la política de atraer capitales externos practicadas por la República Dominicana no sólo obliga a realizar modificaciones legales y de desregulación administrativa desde la perspectiva del Derecho público sino a la adaptación de las normas reguladoras de las transacciones privadas, fundamentalmente aquellas que hacen referencia a la transferencia de tecnología, de marcas y patentes, de inversión extranjera y, por descontado a las contenidas en los grandes cuerpos legales como el Código civil o el Código de comercio.

– Es cierto que la República Dominicana es parte de la Convención de Viena de 1980 para el contrato de compraventa de mercaderías y ha suscrito las Reglas de Hamburgo en 1978 para transporte marítimo, pero esta regulación, por importante que sea, resulta insuficiente para afrontar la complejidad derivada de la contratación internacional que en buena parte se soluciona a través de normas del Derecho internacional privado de las que carece la República Dominicana, a excepción de la prácticamente inaplicable Convención de la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional privado (CIDIP) sobre ley aplicable a las obligaciones cambiarias de 1975.

– Al lado de una ingente política de incorporación de la República Dominicana a importantes convenciones internacionales el legislador dominicano se ha ocupado decididamente desde hace unos años de esta ingente tarea y manifestaciones de tal actitud no faltan. Basta observar: a) el desarrollo del proceso iniciado por la Ley 16-95 de inversión extranjera que, de modo general, simplificó los requisitos para la inversión foránea reduciendo los trámites, permitiendo el trato igualitario de inversionistas extranjeros y nacionales, eliminando las res-

²⁴ J.C. Fernández Rozas y L. Contreras, *Derecho del comercio internacional y política comercial de la República Dominicana*, Santo Domingo, Funglode, 2013.

tricciones que se aplicaban a la repatriación de los beneficios, entre otros; b) las reformas del marco jurídico regulador para los sectores de infraestructura (agua, saneamiento, hidrocarburos), siguiendo la línea trazada por la Ley No. 34006 sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones, así como el refuerzo de las instituciones existentes para la regulación y supervisión de los sectores eléctrico y financiero; c) el proceso de modernización de la legislación sobre negocios internacionales emprendido por la Ley No. 489-08 sobre arbitraje comercial.

Pero es necesario completar este marco normativo y, en este contexto, debe situarse una reglamentación del DIPr que contemple los aspectos relativos a la competencia judicial internacional de los Tribunales dominicanos en los litigios con empresarios extranjeros, los propios de la determinación del derecho aplicable a las transacciones transnacionales y, por último, las cuestiones relativas a la eficacia de las sentencias extranjeras en la República Dominicana. Sólo este modo la República Dominicana podrá avanzar del puesto que la Corporación Financiera Internacional le atribuye en el informe *Doing Business* 2013, que es el número 116 de los 185 Estados examinados.

2. Líneas generales del Anteproyecto de Ley de Derecho internacional privado²⁵

En un sector tan discutido como el DIPr y en un marco jurídico como el dominicano, donde la materia cuenta con una reglamentación legal incompleta y dispersa, carente de una construcción jurisprudencial supletoria como la gestada en el sistema homólogo francés²⁶ la labor codificadora es verdaderamente compleja. Si se realiza un texto articulado demasiado técnico y detallado de un sistema de normas de DIPr se corre el peligro de imponer construcciones abstractas, muchas veces fruto de estériles debates académicos, distanciadas de los intereses concretos de la sociedad dominicana. Con independencia de su inadecuación a las necesidades contemporáneas, una muestra de este modelo ha sido el Código Bustamante, que ha carecido de verdadera significación real. Pero si se opta por la solución contraria elaborando un sistema excesivamente simple y generalista se corre el riesgo que las respuestas del legislador pierdan su significado y queden diluidas al ser aplicadas por los jueces dando lugar a una quiebra de la necesaria seguridad jurídica que las normas de DIPr requieren. Baste comprobar el estado de la jurisprudencia dominicana en relación con las normas en vigor.

²⁵ <http://www.funlode.org/wp-content/uploads/2013/11/proyecto-ley-derecho-internacional-privado.pdf>.

²⁶ Vid. B. Ancel e Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ª ed., París : Dalloz, 2006.

Corregir, en lo posible, esa situación, alcanzar en la esfera de las relaciones privadas internacionales los dos supremos objetivos de justicia y seguridad jurídica, razón de ser de toda norma de Derecho, y acoplar las disposiciones a las características y necesidades de la realidad social, económica y humana de la República Dominicana, son los propósitos de la presente iniciativa legislativa. Más concretamente, los objetivos perseguidos con ella pretenden:

i) resolver los problemas del sistema de Derecho internacional privado, caracterizado por sus contradicciones entre los art. 3, de fuerte contenido estatutaria, y 15 del Código civil con otras disposiciones dispersas en los Códigos y en Leyes especiales;

ii) ajustar la legislación de Derecho internacional privado a la realidad social de la República Dominicana;

iii) adecuar las soluciones internas a las realizaciones practicadas en la codificación internacional, especialmente a partir de las experiencias obtenidas en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a escala mundial y en la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado a escala de América Latina; ello sin perder de vista las soluciones alcanzadas por la unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea en función del origen genuinamente europeo del sistema dominicano; y,

iv) adaptar las soluciones dominicanas al desarrollo universal de la materia y a las legislaciones más recientes, que se han convertido en instrumentos válidos para el armónico desarrollo de las relaciones jurídicas de carácter transfronterizo.

Las consideraciones hasta aquí efectuadas permiten establecer las líneas generales del proyecto, justificar la elección de una Ley Especial como técnica legislativa adecuada y el diseño tripartito de la materia regulada. También permite vislumbrar las influencias en las soluciones adoptadas.

El Título I (“Disposiciones comunes”) va precedido de la determinación del objeto de la Ley que no es otro que la regulación de las relaciones privadas internacionales de carácter civil y comercial en lo que concierne a la extensión y a los límites de la jurisdicción dominicana, a la determinación del Derecho aplicable y a las condiciones del reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, con tres exclusiones expresas: la materia administrativa; el arbitraje comercial y la quiebra y otros procedimientos análogos. A continuación se establecen dos reservas generales a la aplicación de la Ley: en primer lugar, la preferencia de los tratados internacionales de los que la República Dominicana sea parte que prevalecerán sobre las disposiciones de la Ley y, en segundo lugar, lo

dispuesto en Leyes especiales reguladoras de relaciones privadas internacionales. El título se cierra con un apartado dedicado a la definición de los criterios determinantes de la ley del domicilio y la residencia habitual, tanto de las personas físicas, como de las personas jurídicas.

En el Título II (“Extensión y límites de la jurisdicción dominicana en materia civil y comercial”) se regula el ámbito de actuación los tribunales dominicanos y de sus límites a través del juego de una serie de criterios que vinculan a las relaciones privadas internacionales con dichos tribunales. Dichos criterios, calificados foros de competencia, son la expresión de los intereses u objetivos de política legislativa del Estado dominicano en esta materia.

En primer lugar, se contemplan los foros de carácter exclusivo que atribuyen competencia exclusiva, única e inderogable a los Tribunales dominicanos sin que ninguna otra jurisdicción pueda conocer de las cuestiones que involucran: inmuebles que se encuentren en territorio dominicano; sociedades, inscripciones practicadas en un registro dominicano, propiedad intelectual, reconocimiento y ejecución en territorio dominicano de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero, medidas conservatorias que sean ejecutable en la República Dominicana y nacionalidad dominicana. En segundo lugar, se insertan dos foros generales que atribuyen competencia a los tribunales dominicanos, cualquiera que sea la materia afectada en el supuesto de tráfico externo: cuando exista sumisión a dichos tribunales o el domicilio del demandado esté situado en la República Dominicana. En tercer lugar, se recogen los foros especiales por razón de la materia; esto es, si los tribunales dominicanos carecen de competencia en virtud de los foros generales o si no se trata de una materia sujeta a la competencia exclusiva la competencia de dichos tribunales puede venir afirmada, por razón de la materia concreta, en virtud de los foros especiales. Cada uno de estos foros regula una materia particular o una institución o relación jurídica concreta dentro de una misma materia, por lo cual resulta imposible que dos foros sean llamados a determinar la competencia judicial internacional en una misma materia.

A ellos se une el denominado “foro de necesidad”, cuando de las circunstancias se deduzca que el supuesto presenta cierta vinculación a la República Dominicana y no pueda incluirse dentro de la competencia judicial internacional de ninguno de los tribunales de los distintos Estados conectados con el mismo, o el reconocimiento de la sentencia extranjera dictada en el caso resulte denegada en la República Dominicana. Se admite la posibilidad de que los tribunales dominicanos puedan abstenerse, a instancia de parte, de conocer o de continuar conociendo de un proceso por causas que surjan fuera del territorio dominicano en una serie de supuestos que en la terminología anglosajona se determinan como *forum non conveniens*.

Únicamente si se han despejado las cuestiones propias de competencia judicial internacional, y sólo entonces, procederá suscitar el segundo interrogante del Derecho internacional privado: la determinación del Derecho aplicable. A ello se dedica el Título III que está organizado en dos rubricas.

La primera rúbrica incluye las denominadas “normas reguladoras”, cuya función es dar una respuesta a la ley rectora del concreto supuesto del tráfico privado externo que viene ordenado de la siguiente manera: Derecho de la persona, Derecho de familia, protección de incapaces y obligaciones alimentarias, sucesiones y donaciones, obligaciones contractuales, obligaciones no contractuales y bienes.

En orden a las especiales opciones que el Proyecto suministra debe tenerse en cuenta que

i) Las respuestas a las cuestiones sobre Derecho aplicable previstas en la ley no estén en contradicción con los compromisos convencionales que obligan a la República Dominicana, utilizando cuando esta circunstancia se produzca, la técnica de incorporación por referencia del contenido material de la Convención a nuestro ordenamiento con efectos *erga omnes*.

ii) El modelo normativo elegido ha sido el de la norma de conflicto multilateral, superador del diseñado hace casi dos siglos y que tuvo vigencia una buena parte del siglo XX. Dicho modelo está caracterizado por criterios de materialización, en lo que concierne al supuesto de hecho, flexibilización, con el establecimiento de puntos de conexión sucesivos o alternativos, y materialización, a través de la búsqueda de la solución más justa.

iii) En materia de obligaciones contractuales se ha optado por las repuestas que ofrece uno de los textos jurídicos interamericanos de mayor precisión técnica, cual es la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, suscrita en México el 17 marzo 1994 que, entre otras cosas, se inclina hacia la conveniencia de trasladar al juez la tarea de localizar, a falta de elección de las partes, el ordenamiento jurídico estrechamente vinculado con el contrato, permitiéndole resolver, caso a caso, la cuestión de la ley aplicable.

iv) Si bien el ámbito material del Título presta especial atención a la materia civil y mercantil, se ha considerado oportuno dar una respuesta a la ley aplicable al contrato de trabajo, en cuanto típico contrato de parte débil, ha experimentado una evolución específica encaminada a la protección de la persona del trabajador en función del carácter tuitivo inherente a la legislación laboral.

La segunda rúbrica comprende un bloque normativo relativo a las llamadas “normas de aplicación” cuyo destinatario es el juez o la autoridad encargada de llevar a cabo el mandato de las “normas reguladoras”. Es un sector que da respuestas a los denominados problemas generales de aplicación de las normas de conflicto y que en el pasado propició a importantes desarrollos jurisprudenciales y doctrinales por la propia insuficiencia de la norma de conflicto en su formulación originaria. Con el nuevo modelo de norma de conflicto que se incluye en el Proyecto muchos de estos problemas desaparecen, por lo que no parece oportuno realizar una ordenación pormenorizada de los mismos siguiendo, por ejemplo, el modelo incorporado en la Convención de la CIDIP sobre normas generales de Derecho internacional privado de 1979 (de la que, por cierto, la República Dominicana no es parte). Ello justifica que este apartado esté redactado en el Proyecto en términos muy escuetos y con un objetivo simplificador, como se desprende, por ejemplo, de la exclusión del reenvío. Aún así, resulta obligado prestar atención a los regímenes de determinación y de interpretación de la ley extranjera, incluyendo las normas de Derecho público, y al juego del orden público como correctivo funcional. Y, sin caer en una concesión a la tradición de escasos vuelos, se ha considerado oportuno incluir en el proyecto tres instituciones que, pese a su formulación en épocas pretéritas, siguen jugando en la actualidad papel relevante: la adaptación, la remisión a un ordenamiento plurilegislativo y los derechos adquiridos.

El tercero de los interrogantes del Derecho internacional privado, el relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones y actos extranjeros, es objeto del Título IV. Siguiendo la técnica respetuosa del Proyecto con las disposiciones vigentes, se ha considerado oportuno no modificar textos legales que tengan una aceptación generalizada y por esta razón el referido título va presidido por una remisión a lo dispuesto en el Título IV del Libro Primero (arts. 113 y siguientes de la Ley 834 de 15 julio 1978) en lo que se refiere a sentencias extranjeras y se completa con unas disposiciones específicas en torno al reconocimiento de actos jurídicos constituidos en el extranjero con especial hincapié en los actos de jurisdicción voluntaria y en una materia especialmente sensible para la sociedad dominicana cual es la del reconocimiento de las adopciones y de las resoluciones sobre relaciones paterno-filiales pronunciadas en el extranjero. Por último, el título presta atención a una rúbrica necesitada de una respuesta en nuestro sistema jurídico cual es la relativa a la eficacia de los documentos públicos extranjeros.

Bibliografía

- Alarcón, E.: *Comentarios a la Ley de arbitraje comercial de la República Dominicana*, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2012.
- Álvarez González, S.: “Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, 1993, pp. 1109–1151.
- Anacel, B. e Y. Lequette: *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ª ed., París, Dalloz, 2006.
- Arenas García, R.: “El Derecho internacional privado (DIPr) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gesteiz*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2008, pp. 19–98.
- Battifol, H. y P. Lagarde: *Traite de droit international privé*, t. 1, 8ª ed., París, LGDJ, 1993.
- Castillo Roldán, J.M.: “Competencia judicial internacional en la República Dominicana”, <http://juanmicastilloroldan.blogspot.com.es/2013/06/competencia-judicial-internacional-en.html>, 13 junio 2013.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Privado*, julio–agosto, 1998, pp. 541–558.
- De Miguel Asensio, P.A.: “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t.I, 2001, pp. 37–87.
- Fernández Rozas, J.C. y N. Concepción: *Sistema de arbitraje comercial en la República Dominicana*, Santo Domingo, Editorial Funglode, 2013.
- Fernández Rozas, J.C. y L. Contreras, *Derecho del comercio internacional y política comercial de la República Dominicana*, Santo Domingo, Funglode, 2013.
- Fernández Rozas, J.C. y S.A. Sánchez Lorenzo: *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Madrid, Civitas, Thomson– Reuters, 2013.
- Fernández Rozas, J.C.: “Sobre el contenido del Derecho internacional privado (I)”, *Revista Española de Derecho internacional*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 68–108.
- Galíndez, J. de: *Principales conflictos de leyes en la América actual*, Buenos Aires, Colección Elhuyard, 1945.
- González Campos, J.D.: “Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho internacional privado. Caracterización y dimensiones del problema”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. IV, 1977–78, pp. 89–136.
- González Campos, J.D.: “Sobre la vinculación del juez a la ley en Derecho internacional privado”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, vol. 4, 2002, Madrid, Civitas 2002, pp. 6307–6322.
- Ireland, G. y de Galíndez, J.: *Divorce in the Americas*, Buffalo NY, Dennis, 1947.
- Jayne, E.: “Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 177, 1982, pp. 9–102.
- Rosario, J.M.: *Tratado de Derecho internacional privado*, Santo Domingo, Ediciones Trajano Potentini, 2005.
- Samtleben, J.: *Derecho internacional privado en América latina: teoría y práctica del Código Bustamante*, Buenos Aires, Depalma, 1983.

ANTEPROYECTO DE LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA REPÚBLICA DOMINICANA (NOVIEMBRE 2013)

Comisión Redactora

Hon. Magistrado Edynson Alarcón, Juez de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional.

Hon. Senador Julio Cesar Valentín, Senador por Santiago y Ex-Presidente de la Cámara de Diputados.

Dr. Marco Herrera, Director Ejecutivo de FUNGLODE y Socio Fundador del Despacho Jurídico SDHH Law.

Dr. Marcos Peña, Socio Fundador del Despacho Jurídico Jiménez, Cruz, Peña (JCP) y Presidente de la Cámara de Comercio Británica – Dominicana.

Dra. Fabiola Medina, ExPresidenta del Centro de Resolución de Conflictos (CRC) de la Cámara de Comercio y Socia Fundadora del Despacho Jurídico Medina y Rizek.

Dr. Mario Pujols, Miembro de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo y Comisionado de la Comisión Reguladora de las Prácticas Desleales y Salvaguardas.

Dra. Leidylin Contreras, Abogada Ayudante de la Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo.

M.A. Víctor Villanueva, Miembro del Consejo Académico del Instituto Global de Alto Estudios en Ciencias Sociales (IGLOBAL) y de la Unidad de Análisis y Proyectos Especiales de FUNGLODE (UNAPE).

M.A. Nathanael Concepción, Unidad de Análisis y Proyectos Especiales de FUNGLODE (UNAPE).

Secretaría Técnica de la Comisión

M.A. Marjorie Félix, Relatora Oficial y Ex Asesora de Asuntos Internacionales del Poder Ejecutivo

M.A. Ana Carolina Blanco Hache, Unidad de Análisis y Proyecto Especiales de FUNGLODE (UNAPE)

Relator

Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid

CONSIDERANDO PRIMERO: Que las normas que sustancialmente organizan y rigen las relaciones privadas internacionales vinculadas a la República Dominicana se remontan a una serie de artículos incluidos en el Código civil adecuado por la Comisión nombrada por el Poder Ejecutivo y conforme al Decreto del Congreso Nacional de 4 julio 1882, conservando el orden de los artículos del texto francés vigente en la República desde el año de 1845, y algunas disposiciones aisladas contenidas en ciertas leyes especiales.

CONSIDERANDO SEGUNDO: Que en el contexto de una economía cada vez más abierta,

global y competitiva constituye un imperativo ineludible el establecimiento de normas organizadoras de las relaciones del tráfico privado internacional a partir de las corrientes reguladoras vigentes en el mundo; dichas normas proveerán un índice más elevado a la seguridad jurídica y protección a la confianza legítima, fortaleciéndose de esta manera, nuestro de Estado de Derecho

CONSIDERANDO TERCERO: Que las disposiciones de Derecho internacional privado contenidas en el Código civil y en las leyes especiales deben ser sustituidas íntegramente por un nuevo instrumento legal que responda a los requerimien-

tos presentes y futuros de la nación, en consistencia con los acuerdos, convenios y tratados suscritos y ratificados por la República Dominicana.

CONSIDERANDO CUARTO: Que este nuevo instrumento legal, sin apartarse de la tradición jurídica francesa, consustancial a nuestro sistema jurídico, no puede ignorar las realizaciones practicadas en el seno de la Conferencia Especializada Interamericana y las aportaciones de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional Privado, sobre todo tras la reciente incorporación de la República Dominicana a varias de sus Convenciones.

CONSIDERANDO QUINTO: Que la presente iniciativa moderniza la reglamentación que hasta la fecha ha proporcionado para nuestro país el Código Bustamante. Es de justicia señalar que este instrumento, concluido en 1928 merced al impulso del jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén y adoptado por 15 Estados, fundamentalmente centroamericanos, ha sido el punto de referencia importante para las soluciones a los problemas del tráfico privado externo. Pero como toda obra humana tiene su tiempo y el Código, uno de los esfuerzos legislativos de mayor importancia en el siglo XX, no ha podido resistir el paso de los años. Si, en su época, el Código constituyó una posición avanzada en la consideración de los problemas de tráfico externo, casi un siglo después en el curso del cual la economía mundial ha cambiado sustancialmente, orientándose hacia una aceptación prácticamente total de un mercado globalizado, gran parte de sus respuestas no se acomodan a la realidad presente. La difusión del Código y su objetivo unificador en toda América Latina no ha guardado relación con las expectativas que había declarado. Incluso distinguidos juristas latinoamericanos han considerado que el código no ha pasado de ser más que una simple declaración de buenas intenciones, que su valor práctico y sus resultados son poco significativos. Resta por señalar que de la doctrina extraída de los tribunales dominicanos el Código Bustamante no ha tenido una aplicación práctica significativa limitándose a ser una referencia utilizada en ocasiones por las partes como complemento para justificar en Derecho una determinada pretensión (contrariedad al orden público, mantenimiento de la posesión al poseedor inquietado, domicilio de los diplomáticos en el extranje-

ro, derechos sucesorios, entre otros) junto a los preceptos constitucionales o las disposiciones de la normativa internacional de derechos del hombre.

CONSIDERANDO SEXTO: Que la denominada “Ley de divorcio al vapor” (Ley 1306-bis de Divorcio, de 21 mayo 1937, modificada por la Ley 142 del 4 junio 1971), con independencia de que no haya presentado una imagen favorable del sistema jurídico dominicano en el exterior y de suscitar problemas de orden confesional, ha cumplido su ciclo histórico y debe ser sustituida por una regulación que, respetando la libertad de los cónyuges en la determinación de la ley aplicable al divorcio, se homologue a las soluciones mayoritariamente aceptadas en el Derecho comparado tomando como regla de base la posibilidad de elección de la ley aplicable por las partes.

CONSIDERANDO SÉPTIMO: Que, siguiendo el tenor de las modernas Leyes de Derecho internacional privado, se excluye de la ley la ordenación del arbitraje comercial internacional, que queda asegurada con las Leyes No. 489-08 sobre Arbitraje y No. 50-87 sobre Cámaras de Comercio y sus modificaciones

Título I **Disposiciones comunes**

Art. 1. Objeto de la Ley. 1. El objeto de la presente Ley es la regulación de las relaciones privadas internacionales de carácter civil y comercial. Dicha Ley rige, en particular:

- i) La extensión y los límites de la jurisdicción dominicana.
- ii) La determinación del Derecho aplicable.
- iii) Las condiciones del reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras.

2. Se entiende por relaciones privadas internacionales aquellas determinadas por elementos personales o subjetivos referidos a las partes de una relación jurídica, tales como nacionalidad, residencia o domicilio en el extranjero, así como por los elementos objetivos de dicha relación, cuando estos estén conectados con un sistema jurídico extranjero.

Art. 2. Materias excluidas. 1. Queda excluida del ámbito de aplicación de la presente Ley la materia administrativa.

2. El arbitraje comercial se rige de conformidad con la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje y la Ley No. 50-87 sobre Cámaras de Comercio y sus modificaciones.

3. La quiebra y otros procedimientos análogos se rige de conformidad con su Ley reguladora a excepción de las disposiciones incluidas en la presente Ley.

Art. 3. Tratados internacionales. 1. Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán en la medida en que sean cónsonas con lo dispuesto en los tratados internacionales de los que la República Dominicana sea parte. En caso de contradicción prevalecerán las disposiciones de los tratados.

2. En la interpretación de tales tratados, se tomará en cuenta su carácter internacional y la exigencia de su aplicación uniforme.

Art. 4. Leyes especiales. Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán bajo reserva de lo dispuesto en Leyes especiales reguladoras de relaciones privadas internacionales. En caso de contradicción prevalecerán éstas últimas.

Art. 5. Determinación del domicilio y de la residencia habitual. 1. A los efectos de la presente Ley se entiende por:

- i) Domicilio: el lugar de residencia habitual;
- ii) Residencia habitual:

a) El lugar donde una persona física esté establecida a título principal, incluso aunque no figure en registro alguno y aunque carezca de autorización de residencia. Para determinar ese lugar se tendrá en cuenta, en particular, las circunstancias de carácter personal o profesional que demuestren vínculos duraderos con dicho lugar.

b) El lugar donde una persona jurídica o moral tenga su sede social, administración central o su centro de actividad principal. Para determinar ese lugar, en el caso de las sociedades comerciales se estará a lo dispuesto en la Ley n° 479-08.

2. Ninguna persona física puede tener dos o más domicilios.

3. A los efectos de la determinación del domicilio y de la residencia habitual no serán de apli-

cación las disposiciones del Código civil de la República Dominicana.

Título II

Extensión y límites de la jurisdicción dominicana en materia civil y comercial

Capítulo I

Ámbito de la jurisdicción dominicana

Art. 6. Alcance general de la jurisdicción. 1. Los tribunales dominicanos conocerán de los juicios que se susciten en territorio dominicano entre dominicanos, entre extranjeros y entre dominicanos y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que la República Dominicana sea parte.

2. Los extranjeros tendrán acceso a los tribunales dominicanos en condiciones de igualdad con los nacionales y gozarán del derecho a una tutela judicial efectiva. Ninguna caución ni depósito, sea cual fuere su denominación, podrá imponerse ya sea por razón de su condición de extranjeros, ya por falta de domicilio o residencia en el país en caso de ser demandantes o intervinientes ante los tribunales dominicanos.

3. Son válidos los acuerdos de elección de foro jurisdiccional cuando el litigio tenga carácter internacional. Se entenderá por litigio internacional aquel que tenga un elemento de extranjería jurídicamente relevante conforme se define en el párrafo segundo del art. 1 de la presente ley.

Art. 7. Inmunidad de jurisdicción y de ejecución. 1. El alcance del artículo anterior se determinará sin desmedro de los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado y de sus órganos establecidos por las normas del Derecho internacional público. Los tribunales dominicanos aplicarán con carácter restrictivo el ámbito de esta inmunidad limitándola exclusivamente a los actos que impliquen el ejercicio del poder público (*actos iure imperii*).

2. La inmunidad de jurisdicción y ejecución civil y comercial de los agentes diplomáticos acreditados en la República Dominicana se regulará por los Tratados y Convenios Internacionales en los que la República Dominicana sea parte.

3. La inmunidad de jurisdicción y ejecución civil y comercial de las Organizaciones interna-

cionales de las que sea miembro la República Dominicana se determinan por sus tratados constitutivos. Los agentes de dichas Organizaciones internacionales se benefician de dichas inmunidades en los términos previstos por estos tratados.

Capítulo II Foros de competencia

Art. 8. Competencias exclusivas. Los tribunales dominicanos serán competentes con carácter exclusivo en las siguientes cuestiones:

- i) derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se encuentren en territorio dominicano;
- ii) constitución, validez, nulidad o disolución de una sociedad comercial que tenga su domicilio en territorio dominicano, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos cuando éstos afecten a su existencia *erga omnes* y a sus normas de funcionamiento.
- iii) validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro dominicano;
- iv) inscripciones o de validez de patente y otros derechos sometidos a depósito o registro cuando se hubiere solicitado o efectuado en la República Dominicana el depósito o registro;
- v) reconocimiento y ejecución en territorio dominicano de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero;
- vi) medidas conservatorias que sean ejecutable en la República Dominicana;
- vii) los procesos relativos a la determinación de la nacionalidad dominicana.

Art. 9. Prórroga de competencia a la jurisdicción dominicana. 1. Los tribunales dominicanos serán competentes, con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a dichos tribunales, a menos que se trate de una de las materias contempladas en los artículos 8 y 12, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en dichos preceptos.

La sumisión en las materias contempladas en los apartados iv), v) y vi) del art. 13 sólo será válida si:

- i) Se fundamenta en un acuerdo de elección de foro posterior al nacimiento del litigio; o
- ii) Ambos contratantes tenían su domicilio en la República Dominicana en el momento de celebración del contrato; o

iii) El demandante sea el consumidor, trabajador, asegurado, tomador, perjudicado o beneficiario del seguro.

2. La competencia así establecida se extenderá a la propia validez del acuerdo de elección de foro, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el apartado siguiente.

3. Se entiende por acuerdo de elección de foro aquél por el cual las partes deciden someter a los tribunales dominicanos ciertas o todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de elección podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en el contrato o la forma de un acuerdo independiente.

El acuerdo de elección deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de castas, faxes, telegramas, correos electrónicos u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Se considerará que hay acuerdo escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y defensa dentro del proceso iniciado en la República Dominicana, en los cuales la existencia del acuerdo venga afirmada por una parte y no negado por la otra.

Art. 10. Foro general del domicilio del demandado y foros especiales. 1. En materias distintas a las contempladas en el art. 8, y si no mediara sumisión válida a los tribunales dominicanos de conformidad con el art. 9, los tribunales dominicanos resultarán asimismo competentes cuando el demandado tenga su domicilio en la República Dominicana o se reputé domiciliado en ella, de acuerdo a cualquiera de los foros establecidos en los arts. 12 y 13.

2. En caso de pluralidad de demandados, serán competentes los tribunales dominicanos cuando al menos uno de ellos tenga su domicilio en la República Dominicana, siempre que la demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que aconsejen su acumulación.

Art. 11. Derogatio fori. 1. No obstante, la competencia establecida conforme a lo dispuesto

en art. 10 podrá ser derogada mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un tribunal extranjero. En tal caso, los tribunales dominicanos sobreseerán el procedimiento, y sólo podrán conocer del caso si los tribunales extranjeros designados declinasen su competencia.

No tendrá efectos la derogación de la competencia de los tribunales dominicanos en aquellas materias en que no cabe sumisión a los tribunales dominicanos.

Art. 12. *Derecho de la persona y de la familia.* En defecto de los criterios señalados en los artículos precedentes los tribunales dominicanos serán competentes en las siguientes materias:

i) declaración de desaparición o fallecimiento, cuando la persona sometida a tal medida hubiere tenido su última residencia habitual en territorio dominicano;

ii) incapacitación y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores se estará a lo previsto en el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños; respecto de incapacitados mayores de edad, conocerán los tribunales dominicanos cuando estos tuviesen su residencia habitual en la República Dominicana;

iii) relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en la República Dominicana al tiempo de la demanda, o hayan tenido su última residencia habitual común en la República Dominicana y el demandante continúe residiendo en la República Dominicana al tiempo de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad dominicana,

iv) filiación cuando el hijo tenga su residencia habitual en la República Dominicana al tiempo de la demanda, o el demandante sea dominicano y resida habitualmente en la República Dominicana desde al menos seis meses antes de la interposición de la demanda,

v) constitución de la adopción, cuando el adoptante o el adoptado sea dominicano o resida habitualmente en la República Dominicana;

vi) alimentos, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio dominicano;

Art. 13. *Derecho patrimonial.* 1. En defecto de los criterios señalados en los artículos precedentes los tribunales dominicanos serán competentes en las siguientes materias:

i) obligaciones contractuales, cuando estas deban cumplirse en la República Dominicana;

ii) obligaciones extracontractuales, cuando el hecho dañoso se haya producido o pudiere producirse en territorio dominicano o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en la República Dominicana; también serán competentes los tribunales dominicanos que resulten competentes en materia penal para pronunciarse sobre la responsabilidad civil por daños derivados del ilícito penal;

iii) litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento comercial, cuando éstos se encuentren en territorio dominicano;

iv) contratos celebrados por consumidores, cuando el consumidor tenga su domicilio en la República Dominicana y la otra parte ejerciere actividades profesionales en la República Dominicana, o por cualquier medio hubiere dirigido su actividad comercial hacia la República Dominicana y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades. En otro caso, se aplicará la regla contenida en el apartado i);

v) seguros, cuando el asegurado, tomador, perjudicado o beneficiario del seguro tuviera su domicilio en la República Dominicana; también podrá ser demandado el asegurador ante los tribunales dominicanos si el hecho dañoso se produce en territorio dominicano y se trata de un contrato de seguro de responsabilidad civil o referido a bienes inmuebles o, tratándose de un seguro de responsabilidad civil, si los Juzgados o tribunales dominicanos fueran competentes para conocer de la acción de la víctima contra el asegurado en virtud del apartado ii).

vi) acciones relativas a bienes muebles, si estos se encuentran en territorio dominicano al tiempo de la demanda;

vii) sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio dominicano o posea bienes inmuebles en la República Dominicana.

2. En los contratos de trabajo, los empleadores podrán ser demandados ante los tribunales dominicanos si el trabajo se desempeñare habitualmente en la República Dominicana; o, en caso de que el trabajo no se desempeñase habitualmente en un único Estado, si el establecimiento que hubiese empleado al trabajador estuviere situado en la República Dominicana.

Art. 14. Foro de necesidad. Los tribunales dominicanos no podrán declinar su competencia cuando de las circunstancias se deduzca que el supuesto presenta cierta vinculación a la República Dominicana y no pueda incluirse dentro de la competencia judicial internacional de ninguno de los tribunales de los distintos Estados conectados con el mismo, o el reconocimiento de la sentencia extranjera dictada en el caso resulte denegada en la República Dominicana.

Art. 15. Medidas conservatorias. Los tribunales dominicanos serán competentes cuando se trate de adoptar medidas conservatorias respecto

i) de personas o bienes que se encuentren en territorio dominicano y deban cumplirse en la República Dominicana;

ii) de situaciones litigiosas que correspondan al ámbito de su competencia.

Art. 16. Incompetencia de los tribunales dominicanos. 1. No serán competentes los tribunales dominicanos en aquellos casos en que las disposiciones de la presente ley no les atribuyan competencia sin detrimento de lo dispuesto en el art. 14.

2. Los tribunales dominicanos se declararán incompetentes, si su competencia no estuviera fundada en las disposiciones de la presente ley. En caso de incomparecencia del demandado los tribunales dominicanos pueden declarar de oficio su incompetencia.

Art. 17. Foro de competencia no conveniente (*Forum non conveniens*). Los tribunales dominicanos podrán abstenerse, a instancia de parte, de conocer o de continuar conociendo de un proceso por causas que surjan fuera del territorio dominicano:

i) Cuando deban practicarse pruebas testimoniales y los testigos residan en el extranjero, y sea altamente oneroso para cada una de las partes la práctica de tales pruebas en el extranjero, o la

comparecencia de los mismos ante los tribunales dominicanos.

ii) Cuando sea necesario una inspección judicial para una mejor apreciación de los hechos y dichas diligencias deban ser efectuadas en el extranjero.

Art. 18. Incidencia del factor tiempo. Los tribunales dominicanos apreciarán su competencia de conformidad con las normas vigentes y las circunstancias concurrentes en el momento de la presentación de la demanda, y el proceso se sustanciará hasta su conclusión aunque dichas normas o circunstancias hayan sido modificadas con posterioridad.

Art. 19. Litispendencia. 1. Cuando con anterioridad a la presentación de la demanda ante la jurisdicción dominicana se hubiere formulado otra demanda entre las mismas partes, objeto y causa ante los tribunales de otro Estado, los tribunales dominicanos suspenderán el procedimiento hasta tanto el tribunal extranjero ante el que se interpuso la primera demanda decida sobre su competencia. Si el tribunal extranjero ante el que se formuló la primera demanda se declarase competente amparándose en un foro de competencia considerado como razonable por las normas de reconocimiento y ejecución de decisiones vigentes en la República Dominicana, el tribunal dominicano ante el que se hubiera presentado la segunda demanda declinará su competencia.

2. En ningún caso tendrá efecto la litispendencia si la competencia corresponde exclusivamente a los tribunales dominicanos de conformidad con lo dispuesto en el art. 8 o en cualquier otra disposición aplicable al caso.

Título III determinación del derecho aplicable

Capítulo Primero Normas reguladoras

Sección Primera Persona

Art. 20. Goce y ejercicio de derechos. 1. El nacimiento y el fin de la personalidad jurídica se rige por el Derecho dominicano.

2. El ejercicio de los derechos civiles se rige por la ley del domicilio.

3. El cambio de domicilio no afecta a los derechos civiles una vez que hayan sido adquiridos.

Art. 21. Capacidad y estado civil. 1. La capacidad y el estado civil y de las personas físicas se rige por la ley del domicilio. Las condiciones especiales de capacidad, prescritas por la ley aplicable a una relación jurídica, se rigen por la misma ley.

Se exceptúan los supuestos de incapacidad regulados en el art. 47.

2. El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida.

3. Las incapacidades derivadas de una relación jurídica se rigen por la ley aplicable a dicha relación.

Art. 22. Derechos de la personalidad. 1. La existencia y el contenido de los derechos de la personalidad se rigen por la ley del domicilio de la persona; sin embargo, los derechos que derivan de una relación familiar se rigen por la ley aplicable a esta relación.

2. Las consecuencias de la violación de los derechos señalados en el párrafo anterior se rigen por la ley aplicable a la responsabilidad por hechos ilícitos.

Art. 23. Nombres y apellidos. 1. Los nombres y apellidos de una persona se rigen por la ley del domicilio en el momento de su nacimiento.

2. No obstante, la declaración de su nacimiento y su inscripción en los registros correspondientes se rige por la ley dominicana

Art. 24. Declaración de desaparición o de fallecimiento. La declaración de desaparición o de fallecimiento se rige por la ley del Estado donde la persona tuviere su domicilio antes de su desaparición.

La administración provisional de los bienes del desaparecido se regirá por la ley del Estado en cuyo territorio el ausente tuviese su domicilio y, si ésta no puede determinarse, por el Derecho dominicano.

Art. 25. Sociedades comerciales y empresas individuales de responsabilidad limitada. 1. Las sociedades comerciales y las empresas individuales de responsabilidad limitada se rigen por la ley del Estado en cuyo territorio se han constituido y tienen su sede social.

2. La ley aplicable a las sociedades comerciales y a las empresas individuales de responsabilidad limitada comprende:

i) la existencia, capacidad y naturaleza jurídica;

ii) el nombre y sede social;

iii) la constitución, disolución y liquidación;

iv) la composición, los poderes y el funcionamiento.

v) las relaciones internas entre los socios y las relaciones entre la sociedad y los socios;

vi) la adquisición y pérdida de la calidad de socio;

vii) los derechos y obligaciones correspondientes a las acciones o participaciones y su ejercicio;

viii) la responsabilidad por infracción de la Ley 479-08 o de los Estatutos sociales;

ix) el alcance de la responsabilidad frente a terceros de las deudas contraídas por sus órganos.

Art. 26. Traslado de la sede social. El traslado de la sede social de una sociedad comercial o de una empresa individual de responsabilidad limitada de un Estado a otro únicamente afectará a la personalidad en los términos permitidos por los Derechos de dichos Estados. En caso de traslado de sede social al territorio de otro Estado, la sociedad se rige por el Derecho de dicho Estado a partir de dicho traslado.

Sección Segunda Relaciones de familia

Art. 27. Celebración del matrimonio. 1. La capacidad para contraer matrimonio y los requisitos de fondo del matrimonio se rigen, para cada uno de los contrayentes, por el Derecho de su respectivo domicilio.

2. El matrimonio es válido, en cuanto a la forma, si es considerado como tal por la ley del lugar de celebración o por la ley nacional o del domicilio de, al menos, uno de los cónyuges al momento de la celebración.

Art. 28. Relaciones personales entre los cónyuges. 1. Las relaciones personales entre los cónyuges se rigen por la ley del domicilio conyugal inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.

2. Si las partes no hubieren tenido domicilio conyugal común, se aplicará la ley de la nacionalidad común en el momento de celebración del matrimonio y, en su defecto, la ley del lugar de celebración del matrimonio.

Art. 29. Relaciones patrimoniales en el matrimonio. 1. Las relaciones patrimoniales entre cónyuges se rigen por la ley aplicable a sus relaciones personales. Sin embargo, los cónyuges pueden convenir por escrito antes del matrimonio que sus relaciones patrimoniales sean regidas por las siguientes leyes:

i) la ley de un Estado del que uno de los cónyuges sea nacional en el momento de la designación;

ii) la ley del Estado en cuyo territorio uno de los cónyuges tenga su domicilio en el momento de la designación;

iii) la ley del primer Estado en cuyo territorio uno de los cónyuges establezca una nueva residencia habitual después del matrimonio.

2. Los cónyuges podrán convenir por escrito durante el matrimonio someter su régimen matrimonial a una ley interna distinta de la que era aplicable hasta entonces, siempre que no perjudique a terceros acreedores.

Art. 30. Nulidad del matrimonio. La nulidad del matrimonio y sus efectos se rigen de conformidad con la ley aplicable a su celebración.

Art. 31. Divorcio y separación judicial. 1. Los cónyuges podrán convenir por escrito antes o durante el matrimonio en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes:

a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio;

b) la ley del Estado del último lugar del domicilio conyugal, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio;

c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o

d) la ley dominicana siempre que los tribunales dominicanos sean competentes.

El convenio por el que se designe la ley aplicable podrá celebrarse y modificarse en cualquier

momento, pero a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional.

2. En defecto de elección, se aplicará la ley del domicilio común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; en su defecto, la ley del último domicilio conyugal; en su defecto, la ley dominicana.

Art. 32. Uniones no matrimoniales. 1. La ley del lugar de la constitución de las uniones no matrimoniales registradas o reconocidas por la autoridad competente, rige la capacidad de las personas para constituir las, la forma, la existencia y la validez y efectos de las mismas.

2. Los efectos derivados de estas uniones no matrimoniales se rigen por la ley de residencia habitual de los convivientes.

Art. 33. Determinación de la filiación. 1. La filiación se rige por la ley de la residencia habitual del hijo.

2. La ley de la residencia habitual del hijo comprende los supuestos y los efectos de la determinación y del desconocimiento del estado de hijo. El estado de hijo legítimo adquirido en base a la ley del domicilio de uno de los padres, únicamente puede ser impugnado conforme a dicha ley.

Art. 34. Adopción. Se aplicará la ley dominicana a la adopción autorizada por autoridad de la República Dominicana. No obstante, se tendrán en cuenta los requerimientos relativos a los consentimientos y autorizaciones necesarios exigidos por la ley nacional o de la residencia del adoptando o del adoptante.

Sección tercera

Protección de incapaces y obligaciones alimentarias

Art. 35. Responsabilidad parental u otra autoridad análoga. La responsabilidad parental se regirá por lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

Art. 36. Protección de incapaces mayores. 1. Los supuestos y los efectos de las medidas de protección de incapaces mayores de edad, así

como las relaciones entre el incapaz y quien lo tiene bajo su cuidado, se rigen por la ley de la residencia habitual del incapaz.

2. Será aplicable la ley dominicana para adoptar con carácter provisional medidas de carácter protector y urgente a la persona o los bienes del incapaz.

Art. 37. Obligaciones alimenticias. 1. Las obligaciones alimenticias se rigen por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor. En caso de cambio de residencia habitual se aplica la ley del Estado de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce el cambio.

2. No obstante, se aplica la ley dominicana si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor conforme a la ley designada en el apartado 1.

Sección cuarta Sucesiones y donaciones

Art. 38. Sucesión por causa de muerte. 1. La sucesión por causa de muerte se rige por la ley del domicilio del causante en el momento de su fallecimiento.

2. El testador puede someter, por declaración expresa, en forma testamentaria su sucesión a la ley del Estado de su residencia habitual.

3. La partición de la herencia se rige por la ley aplicable a la sucesión, a menos que los llamados a la herencia hayan designado, de común acuerdo, la ley del lugar de la apertura de la sucesión o del lugar en que se encuentran uno a más bienes hereditarios.

Art. 39. Forma del testamento. El testamento es válido, en cuanto a la forma, si es considerado como tal por la ley del Estado en que el testador ha dispuesto, o bien por la ley del Estado de la nacionalidad o domicilio del testador, al momento del testamento o del deceso.

Art. 40. Sucesión del Estado. 1. Cuando la ley aplicable a la sucesión, en el caso de que no haya herederos, no atribuya la sucesión al Estado, los bienes sucesorios ubicados en la República Dominicana pasa a ser propiedad del Estado dominicano.

Art. 41. Donaciones. 1. Las donaciones se rigen por la ley del domicilio del donante al momento de la donación.

2. El donante puede, por declaración expresa conjuntamente con la donación, someterla a la ley del Estado en el cual tiene su domicilio.

3. La donación es válida, en cuanto a la forma, si es considerada como tal por la ley que rige su contenido o, en su defecto, por la ley del Estado en donde se realiza.

Sección Quinta Obligaciones contractuales

Art. 42. Determinación de la ley aplicable. 1. El contrato se rige por la ley elegida por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección de la ley aplicable.

2. En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a una ley distinta de aquella por el que se regía anteriormente, independientemente de si la ley anterior era aplicable en virtud de una elección anterior o en virtud de otras disposiciones de la presente Ley.

3. Si las partes no hubieran elegido una ley aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por la ley del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar la ley del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho de los negocios internacionales aceptados por organismos internacionales.

No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.

4. Además de lo dispuesto en los apartados precedentes, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la

finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

Art. 43. Contratos de trabajo. 1. Los contratos de trabajo se rigen por la ley del país donde habitualmente se realiza la prestación laboral y, si ésta no pudiera determinarse, por la ley del país que presente los vínculos más estrechos.

2. La elección por las partes de la ley aplicable sólo será admisible en la medida en que no aminore los estándares de protección del trabajo previstos en la ley aplicable establecida de conformidad con el apartado anterior.

Art. 44. Contratos celebrados por consumidores. 1. Cuando se den las circunstancias señaladas en el apartado anterior, en defecto de elección por las partes se aplicará la ley de la residencia habitual del consumidor.

2. En los contratos celebrados por consumidores, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá aminorar los estándares de protección del consumidor previstos en la ley de su residencia habitual, en aquellos casos en que el contratante tenga un establecimiento comercial en dicho país o de cualquier forma haya dirigido su actividad comercial hacia dicho país.

3. Las reglas contenidas en los anteriores apartados serán aplicables a los contratos de seguros.

Art. 45. Ámbito de la ley aplicable. La ley aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior comprende principalmente:

- i) su interpretación;
- ii) los derechos y las obligaciones de las partes;
- iii) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria;
- iv) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones;
- v) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato;
- vi) la adquisición y pérdida *inter partes* de un derecho real en los términos del art. 55.2º.

Art. 46. Disposiciones imperativas. 1. No obstante lo previsto en el art. 42, se aplican necesariamente las disposiciones cuya observancia la República Dominicana considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica.

2. Los tribunales dominicanos pueden, si lo consideren pertinente, aplicar las disposiciones en la misma materia procedentes del Derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

Art. 47. Incapacidad. En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en la República Dominicana, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley dominicana solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte.

Art. 48. Forma. 1. Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el Derecho que rige dicho contrato según el art. 42 o con los fijados en el Derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.

2. Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el Derecho que rige el contrato conforme al art. 42 o con los previstos en el lugar donde se realiza la oferta o la aceptación o con los previstos en la ley del lugar de su ejecución.

Sección Sexta

Obligaciones extracontractuales

Art. 49. Norma general. 1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso será la ley elegida por el autor de este último y la víctima.

2. En su defecto, se aplicará la ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión; no obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y

la persona perjudicada tengan su residencia habitual en la República Dominicana en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley dominicana.

Art. 50. *Ámbito de la ley aplicable.* La ley aplicable a la obligación extracontractual regula, en particular:

- i) el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos;
- ii) las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad;
- iii) la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada;
- iv) las medidas que puede adoptar un tribunal dominicano para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño;
- v) la transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización;
- vi) las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente;
- vii) la responsabilidad por actos de terceros;
- viii) el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.

Art. 51. *Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.* La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive en caso de daño causado por un producto será:

- i) la ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país;
- ii) en su defecto, la ley del país en el que se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho país;
- iii) en su defecto, la ley del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país;
- iv) en su defecto, la ley del país en que radica el establecimiento del responsable.

Art. 52. *Competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia.* 1. La ley aplicable a

una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal será la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados.

2. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado.

3. Los actos de competencia desleal que afecten exclusivamente a los intereses de un competidor en particular se regirán por la norma general del art. 49.

Art. 53. *Daño medioambiental.* La responsabilidad por daños medioambientales se regirá, a elección de la víctima, por la ley del lugar de manifestación del daño o del lugar donde se ha producido el hecho generador del daño.

Art. 54. *Infracción de los derechos de propiedad intelectual.* La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual será la ley del país donde se encuentre protegido dicho derecho.

Sección Séptima Bienes

Art. 55. *Posesión y derechos reales.* 1. La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes muebles e inmuebles, así como su publicidad, se rigen por la ley del Estado en el cual se encuentran los bienes.

2. La misma ley rige la adquisición y la pérdida, salvo en materia sucesoria y en los casos en que la atribución de un derecho real dependa de una relación de familia o de un contrato.

Art. 56. *Derechos reales sobre los bienes en tránsito.* Los derechos reales sobre los bienes en tránsito se rigen por la ley del lugar de su destino.

Art. 57. *Derechos reales sobre medios de transporte.* Los derechos reales sobre automóviles, ferrocarriles, aeronaves o buques se rigen por la ley del país de su pabellón, matrícula o registro.

Art. 58. *Derechos sobre los bienes incorporales.* Los derechos sobre los bienes incorporeales se rigen por la ley del Estado de utilización.

Capítulo II

Normas de aplicación

Art. 59. Determinación de la ley extranjera. 1. Los tribunales y autoridades dominicanos aplican de oficio las normas de conflicto del presente Título o aquellas insertas en tratados internacionales suscritos por la República Dominicana.

2. Los tribunales y autoridades aplican la ley designada por la normas de conflicto designadas en el apartado anterior. Para este fin el juez puede utilizar:

- i) los instrumentos indicados por los convenios internacionales;
- ii) los dictámenes de expertos del país cuya ley se pretende aplicar;
- iii) los dictámenes de instituciones especializadas de Derecho comparado;
- iv) cualquier otro documento que acredite el contenido, la vigencia y la aplicación al caso concreto de dicha ley.

2. Si, incluso con el concurso de las partes, el juez no puede llegar a establecer la ley extranjera designada, determinará la ley aplicable mediante otros criterios de relación previstos eventualmente para la misma hipótesis normativa. En su defecto se aplica la ley dominicana.

Art. 60. Interpretación. 1. Los jueces y autoridades dominicanos están obligados a aplicar la ley extranjera tal como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

2. La ley extranjera se aplica según sus propios criterios de interpretación y de aplicación en el tiempo.

Art. 61. Derecho público extranjero. La ley extranjera reclamada por la norma de conflicto se aplica aunque esté contenida en una disposición de Derecho público.

Art. 62. Adaptación. Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.

Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

Art. 63. Exclusión del reenvío. La ley extranjera designada por la norma de conflicto es su ley material, con exclusión del reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otro Derecho, incluido el dominicano.

Art. 64. Orden público. 1. No se aplica la ley extranjera si sus efectos son manifiestamente incompatibles con el orden público internacional. Dicha incompatibilidad se aprecia teniendo en cuenta la vinculación de la situación jurídica con el orden jurídico dominicano y la gravedad del efecto que produciría la aplicación de semejante ley.

2. Admitida la incompatibilidad, se aplicará la ley señalada mediante otros criterios de conexión eventualmente previstos para la misma norma de conflicto y, si esto no es posible, se aplicará la ley dominicana.

3. A los efectos de los párrafos precedentes se entiende por orden público internacional el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico dominicano y que reflejan los valores de la sociedad en el momento de ser apreciado.

4. El orden público dominicano comprende las disposiciones o principios imperativos no derogables por la voluntad de las partes.

Art. 65. Ordenamientos jurídicos plurilegislativos. 1. Si en el ordenamiento del Estado designado por las disposiciones normativas de la presente ley coexisten más de un sistema normativo con competencia territorial o personal, la ley aplicable se determina según los criterios utilizados por aquel ordenamiento.

2. Si tales criterios no pueden ser individualizados, se aplica el sistema normativo con el cual el caso concreto presente el vínculo más estrecho.

Art. 66. Derechos adquiridos. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en la República Dominicana, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.

Título IV**Reconocimiento y ejecución de decisiones y actos extranjeros****Capítulo I****Reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras e internacionales**

Art. 67. Reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en materia contenciosa. 1. Las decisiones judiciales extranjeras en materias contenciosas serán reconocidas en la República Dominicana.

2. No se reconocerán:

i) Si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público.

ii) Cuando se hubiera declarado el defecto del demandado sin constancia efectiva de haber sido este citado en su persona o domicilio.

iii) Si la decisión fuera inconciliable con una decisión dictada con anterioridad en otro Estado entre las mismas partes, en un litigio que tuviera el mismo objeto y la misma causa cuando esta última decisión reúne las condiciones necesarias para su reconocimiento en la República Dominicana.

iv) Si se hubieran desconocido las disposiciones establecidas en el art. 8 de la presente ley.

v) Si la decisión no reúne los requisitos exigidos en el país en que ha sido dictada para ser considerada como auténtica y los que las leyes dominicanas requieren para su validez.

Art. 68. Procedimiento de exequátur. 1. Para el trámite de exequátur de las decisiones extranjeras de carácter contencioso será competente la Cámara Civil y Comercial del Tribunal de Primera Instancia del Distrito Nacional. Previo cumplimiento de los requisitos contemplados en el art. 74 de esta ley, el procedimiento se realizará en jurisdicción graciosa.

2. La decisión del Tribunal de Primera Instancia será susceptible de apelación conforme al Derecho común.

Capítulo II**Reconocimiento de actos jurídicos constituidos en el extranjero**

Art. 69. Reconocimiento de las decisiones extranjeras relativas a la capacidad, a las relacio-

nes familiares y a los derechos de la personalidad. 1. Tienen efecto en la República Dominicana las decisiones extranjeras relativas a la capacidad de las personas, así como a la existencia de las relaciones familiares o de los derechos de la personalidad, cuando éstas han sido pronunciadas por la autoridad de un Estado cuya ley es designada por las disposiciones de la presente ley o cuando produzcan efectos en el ordenamiento jurídico de ese Estado, aunque sean pronunciadas por las autoridades de un tercer Estado, siempre que no sean contrarios al orden público y que se hayan respetado los derechos esenciales a la defensa.

Art. 70. Reconocimiento de las decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria. 1. Las decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria se reconocen sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno, siempre que sean respetadas las condiciones previstas por el artículo anterior, en tanto que sean aplicables, cuando han sido pronunciadas por las autoridades del Estado, cuya ley es designada por las disposiciones de la presente ley o cuando produzcan efectos en el ordenamiento de ese Estado, aunque sea pronunciadas por la autoridad de un tercer Estado, o por una autoridad competente, con base en los criterios correspondientes del ordenamiento jurídico dominicano.

Art. 71. Adopciones pronunciadas en el extranjero. 1. Se reconocen en la República Dominicana las adopciones pronunciadas en el extranjero cuando provengan del Estado del domicilio o nacionalidad del adoptante o del adoptando.

2. No se reconocerán las adopciones o las instituciones similares del Derecho extranjero cuyos efectos en orden al vínculo de filiación sean diferentes a los reconocidos en el Derecho dominicano.

Art. 72. Relaciones paternofiliales. Se reconocen las decisiones extranjeras relativas a las relaciones paternofiliales cuando hayan sido pronunciadas en el Estado del domicilio del hijo o en el Estado del domicilio del padre demandado.

Art. 73. (Instrumentos sucesorios). Se reconocen las decisiones o los documentos relativos a una sucesión y los derechos derivados de una sucesión abierta en el extranjero:

i) cuando hayan sido pronunciadas o expedidos en el Estado del último domicilio del causante o en el Estado al amparo de cuya ley este último sometió su sucesión, o

ii) cuando se refieran a bienes inmuebles y hayan sido pronunciadas o expedidos en el Estado en el cual dichos bienes están situados.

Capítulo III

Eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros

Art. 74. *Documentos otorgados ante autoridad pública extranjera.* 1. La fuerza probatoria de los documentos públicos extranjeros se somete a los siguientes requisitos.

i) Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en la ley de la autoridad donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.

ii) Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en la República Dominicana.

2. Cuando los documentos extranjeros incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas dominicanas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos.

3. A todo documento redactado en idioma que no sea el español, se acompañará la traducción del mismo.

Dicha traducción podrá ser hecha privadamente y, en tal caso, si alguna de las partes la impugna dentro de los cinco días siguientes desde el traslado, manifestando que no la tiene por fiel y exacta y expresando las razones de la discrepancia, el Secretario judicial ordenará, respecto de la parte que exista discrepancia, la traducción oficial del documento, a costa de quien lo hubiese presentado.

No obstante, si la traducción oficial realizada a instancia de parte resultara ser sustancialmente idéntica a la privada, los gastos derivados de aquélla correrán a cargo de quien la solicitó.

Título V

Disposiciones finales

Art. 75. *Disposición derogatoria.* Se derogan todas las disposiciones anteriores que regulen la materia objeto de esta Ley y le sean contrarias.

Art. 76. *Aplicación en el tiempo.* La presente ley se aplica a todos los procesos iniciados después de la fecha de su entrada en vigor, sin perjuicio de los derechos adquiridos.

ANÁLISIS DE LA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VENEZOLANA COMO PROPUESTA ACADÉMICA Y LOGRO LEGISLATIVO *

Sorily Carolina FIGUERA VARGAS **

SUMARIO: I. Antecedentes históricos de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. II. Metodología y contenido LDIPV: 1. Disposiciones Generales: A). Prelación de fuentes. B). Aplicación del Derecho extranjero y ordenamientos jurídicos complejos. C). Instituciones generales. 2. Domicilio. 3. Personas. 4. Familia. 5. Bienes. 6. Obligaciones. 7. Sucesiones. 8. Forma y prueba de los actos. 9. Jurisdicción y competencia. 10. Eficacia de las sentencias extranjeras. 11. Procedimiento. III. Conclusiones.

RESUMEN: El siguiente análisis pretende dar a conocer a la comunidad académica la evolución y aplicación que ha tenido la Ley de Derecho Internacional Privado en el sistema jurídico venezolano desde su promulgación en el año 1998. En primer lugar, se estudian los antecedentes históricos de esta normativa. Luego, se explica cómo está estructurada dicha Ley, cuál es el orden de prelación de sus fuentes y cuáles son las instituciones generales que contiene. Se examinan también, sus disposiciones sobre domicilio, personas, familia, bienes, sucesiones, obligaciones; así como, forma y prueba de los actos. Posteriormente se razona sobre el contenido de sus reglas de Derecho procesal internacional más relevantes. En definitiva, se deja constancia del aporte que ha representado la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, para ese país, el Caribe y en el ámbito universal.

PALABRAS CLAVES: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – DOMICILIO COMO PUNTO DE CONEXIÓN – DERECHO CIVIL INTERNACIONAL – DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL – DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL – EFICACIA DE SENTENCIAS EXTRANJERAS.

ABSTRACT: The following discussion is intended to inform the academic community about the developments and implementation that the Law on Private International Law has experienced in the Venezuelan legal system since its enactment in 1998. First, the historical precedents of this regulation are studied. Then, an explanation on the structure and sources and general institutions that the Law contains is given. We examine also the rules on domicile, persons, family, goods, successions, and obliga-

* Este estudio es la versión escrita de la comunicación presentada en Madrid, en el VIII Seminario de Derecho Internacional Privado organizado por la Universidad Complutense de Madrid, el día 9 de mayo 2014.

** Profesora de tiempo completo. Universidad del Norte. Colombia.

tions, as well as the forms and evidence of acts. After, we reason about the content of the most relevant rules of international Procedural law. In conclusion, we show the contribution of Venezuelan Law on Private International Law for this country, the Caribbean and an international scope.

KEYWORDS: PRIVATE INTERNATIONAL LAW – DOMICILE AS A CONNECTION POINT – INTERNATIONAL CIVIL LAW – INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW – INTERNATIONAL PROCEDURAL LAW – EFFECT OF FOREIGN DECISIONS.

I. Antecedentes históricos de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana

El 30 agosto 1912 el ilustre jurista venezolano Pedro Manuel Arcaya, presentó el Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado ante la Comisión Revisora de Leyes Especiales, la Comisión encargada del escrutinio del Código civil y de Comercio y la Comisión revisora del Código de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal, todas pertenecientes al antiguo Congreso Nacional de los Estados Unidos de Venezuela. Ese fue el primer intento que buscó regular esta materia en una ley especial dentro del sistema jurídico de ese país de América del Sur. Para el creador del Proyecto, las situaciones jurídicas especiales reglamentadas por leyes extranjeras, no debían resolverse mediante normas contenidas en los códigos generales de un Estado. De tal manera, Pedro Manuel Arcaya se considera el precursor de la autonomía legislativa y científica del Derecho internacional privado (DIPr) en Venezuela¹. Es de recalcar que, si bien es cierto que el Proyecto de 1912 recibió buenos elogios de la doctrina, jamás alcanzó su materialización legislativa.

En el año 1958 se retomó el objetivo y bajo la dirección del Ministerio de Justicia de Venezuela, cuyo titular era Andrés Aguilar Mawdsley, se designó una comisión integrada por: Roberto Goldschmidt, Joaquín Sánchez – Covisa y Gonzalo Parra – Aranguren, para que elaborarán el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado. El mismo se finalizó en el año 1963, recibiendo una leve modificación en 1965. En realidad ese Instrumento no tuvo el impacto legislativo esperado, de hecho no se discutió en el Parlamento venezolano.

Luego de intentos infructuosos que persiguieron llevar el Proyecto a las cámaras legislativas, el 15 diciembre 1995 se celebró la Primera Reunión Nacional Profesores de Derecho Internacional Privado, la misma se llevó a cabo en la

¹ G. Parra-Aranguren, “Los precedentes venezolanos del Código Bustamante”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, n° 17, 1974, pp. 52 – 53; I. Esis Villarroel y C. Resende, “Antecedentes de la Ley de Derecho Internacional Privado”, *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. I, 2005, p. 6.

Universidad Central de Venezuela en Caracas. En ese encuentro liderado por Gonzalo Parra – Aranguren y Tatiana B. de Maekelt, se acordó que el Proyecto de Ley de 1965 debía permanecer sin modificaciones, así pues, de ser necesarias lo pertinente era hacerlas dentro de las discusiones que sobre el instrumento se lograran realizar en el Congreso. Igualmente en esa oportunidad, se pactó el envío de dos comunicaciones, una al Ministerio de Justicia venezolano y la otra a la Comisión Permanente de Política Exterior del extinto Senado, solicitando apoyo de la iniciativa ante el Congreso, actual Asamblea Nacional².

El 27 abril 1996 se celebró la Segunda Reunión Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado, liderada por Tatiana B. de Maekelt en Caracas, específicamente en la Universidad Católica Andrés Bello. En ese encuentro se concluyó que era necesaria la discusión del Proyecto de Ley de 1965, tomando en consideración los treinta años transcurridos desde su elaboración; así como, la reforma del Código civil (CCV) en materia de familia que se realizó en 1982³. En esa Reunión se concretaron una serie de comentarios y recomendaciones al articulado del Proyecto de Ley. Se sugirió entonces, ampliar su Exposición de Motivos y destacar la adopción de las instituciones generales del DIPr, resaltando su importancia para la disciplina. En la actualidad este último punto resulta debatible y será abordado más adelante en el análisis de la Ley. Por otra parte, en la Segunda Reunión de Profesores se consideró la adaptación del instrumento legislativo a la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁴, entre otras recomendaciones que se ven reflejadas en el texto definitivo.

Luego de las gestiones de la Cátedra de DIPr de Venezuela ante el Ministerio de Justicia de ese país, se logró el envío del Proyecto a la Secretaría del Senado y después de cumplirse con los trámites respectivos, el 27 mayo 1997 comenzó su discusión en la Cámara del Senado. De esa manera, el 6 agosto 1998 el extinto Congreso de la República de Venezuela promulgó la Ley de Derecho Internacional Privado (LDIPV), en la Gaceta Oficial número 36.511, con una *vacatio legis* de seis meses⁵.

Es innegable que la labor de los profesores de DIPr de las Universidades venezolanas jugó un papel esencial en la elaboración y promulgación LDIPV. Gonzalo Parra – Aranguren fue uno de los autores del Proyecto de 1965. Ade-

² T. Maekelt, *Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002, pp. 42–44.

³ *Gaceta Oficial*, n° 2.990, 26 julio 1982.

⁴ Adoptada en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, Montevideo, de 5 agosto 1979. Estados partes: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

⁵ I. Esis Villarroel y C. Resende, *loc. cit.*, pp. 78–88.

más, Parra–Aranguren y Tatiana B. de Maekelt, como docentes de la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello, tuvieron una participación activa en las Reuniones que auparon la llegada, discusión y aprobación LDIPV dentro del Congreso venezolano. En el segundo encuentro de profesores se hicieron recomendaciones fundamentales que se evidencian en el resultado definitivo del cuerpo legislativo en cuestión.

En tal sentido, se estima que el origen de naturaleza académica que posee la LDIPV es una de sus principales fortalezas. Un considerable número de egresados de las universidades venezolanas han tenido la invaluable oportunidad de formarse en el área de DIPr con los precursores de la Ley especial en su disciplina. Han recibido de primera mano las ideas que la inspiraron. Aunque pueda resultar retórico, la autora de este análisis es fiel a la idea que, si todas las leyes que emanan de los sistemas jurídicos de la comunidad internacional, por obligación debieran ser producidas, evaluadas y debatidas entre los académicos de sus respectivas universidades, existiría una verdadera sintonía entre los preceptos y la práctica de los operadores jurídicos.

Desde otra perspectiva, es de resaltar que los antecedentes legislativos extranjeros que posee la LDIPV, son: Ley Checoslovaca sobre Derecho Internacional Privado (1963); Ley Polaca sobre Derecho Internacional Privado (1965); Ley Federal Austriaca sobre Derecho Internacional Privado (1978); Decreto Ley sobre Derecho Internacional Privado del Consejo Presidencial Húngaro (1979); Ley Alemana que contiene la Reforma del Derecho Internacional Privado (1986); Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado (1989); Ley que contiene la Reforma del Capítulo Tercero, Título preliminar, del Código civil del Estado de Luisiana, Estados Unidos (1992); Ley que contiene la Reforma del Libro Décimo del Código civil de la Provincia de Quebec, Canadá (1991); y Ley Italiana de Derecho Internacional Privado (1995).

II. Metodología y contenido LDIPV

La LDIPV en principio acoge un método neoclásico que se sustenta en el empleo de normas indicadoras, pero en definitiva, su objetivo principal es resolver asuntos conectados con varios ordenamientos jurídicos en el marco de la justicia material, renunciando entonces a la exclusividad del criterio formal de la conexión idónea.

Es cierto que gran parte de las normas LDIPV son de conflicto, por ejemplo, el art. 16 que determina que la existencia, estado y capacidad de las personas se rigen por el Derecho de su domicilio. No obstante, cuenta igualmente con normas materiales complementarias o aclaratorias, como es el caso del art. 17 que

estipula que el cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida. Asimismo, contiene normas materiales independientes, como el art. 10 que limita la aplicación de normas necesarias a las disposiciones imperativas que regulan los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos⁶.

Este cuerpo normativo se desarrolla en sesenta y cuatro artículos que se distribuyen en doce capítulos que abordan: disposiciones generales, domicilio, personas, familia, bienes, obligaciones, sucesiones, forma y prueba de los actos, jurisdicción y competencia, eficacia de la sentencia extranjera, procedimiento y disposiciones finales.

Otro aspecto a resaltar LDIPV es que introdujo al domicilio como punto de conexión, calificado autónomamente como residencia habitual (art. 11), desplazando a la nacionalidad que imperaba en el antiguo sistema de DIPr venezolano, punto éste considerado como medular en la regulación del Derecho civil internacional dentro de esta Ley.

Se estudiará a continuación algunos de los preceptos esenciales contenidos en los capítulos LDIPV.

1. Disposiciones Generales

A) Prelación de fuentes

El art. 1 LDIPV establece un sistema de jerarquización de fuentes a las que el operador jurídico tiene que acudir para resolver controversias cuando las relaciones jurídicas tengan contacto con órdenes normativos extranjeros. Señala el precepto que los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por: 1. Las normas de Derecho internacional público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; 2. Las normas de Derecho internacional privado venezolano, en defecto de las primeras, 3. La analogía y; finalmente, 4. Los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados.

En esta norma resultan evidentes la supremacía del Derecho internacional frente al Derecho interno, la adaptación de la teoría general de las fuentes al DIPr y la inclusión de las normas de Derecho internacional público, específicamente, las consagradas en los tratados como fuente primaria de esta disciplina⁷.

Ahora bien, cuando el operador jurídico ve agotada todas las posibilidades de aplicación, interpretación e integración de los acuerdos internacionales para resolver las controversias, podrá emplear las disposiciones contenidas dentro de

⁶ T. Maekelt, *Ley venezolana de Derecho...*, op. cit., pp. 49-50

⁷ *Ibíd.*, p. 50.

la legislación estatal, particularmente, las contenidas en la misma LDIPV y las leyes especiales que no se contrapongan a ella.

En cuanto a la analogía se puede decir que la misma adquirió importancia al ser incluida dentro del orden de prelación contenido en el art. 1 LDIPV, entendida como un “procedimiento lógico que trata de inducir, de soluciones consagradas por el ordenamiento jurídico, el principio íntimo que la explica, para resolver un caso semejante a la misma solución por vía deductiva”⁸. Asimismo, trasciende la remisión a los principios del Derecho internacional generalmente aceptados, en cuanto recalca la autonomía de esta disciplina y reafirma que su regulación debe apoyarse en el Derecho internacional. Para Maekelt, tomando en consideración el desarrollo actual de esta materia, el ámbito de los principios generales de carácter internacional, se extiende a la aplicación del ordenamiento jurídico más estrechamente vinculado con el caso, armonía material de soluciones y cumplimiento de los fines últimos del DIPr⁹.

B) Aplicación del Derecho extranjero y ordenamientos jurídicos complejos

Los arts. 2 y 3 LDIPV regulan la naturaleza del Derecho extranjero, acogiendo la concepción jurídica, en concordancia con los arts. 60 y 61, referentes a su tratamiento procesal. El art. 2 prevé que el operador jurídico está obligado a aplicar el Derecho extranjero como lo haría el operador jurídico del Estado de donde éste proviene; en otras palabras, respetando los principios generales del ordenamiento jurídico foráneo.

De tal forma, la aplicación del Derecho extranjero supone:

- Que el operador jurídico la realice de oficio, sin que sea solicitado o probado por las partes.
- Que sea correcta, como lo haría su propio operador jurídico dentro del sentido, alcance de los criterios y patrones de interpretación vigentes en su Estado.
- Que ningún tipo de interpretación implique una supuesta “inferioridad” del Derecho extranjero respecto al Derecho venezolano.

El artículo en análisis exige al operador jurídico de Venezuela la aplicación del Derecho extranjero con respeto a los principios vigentes en el Estado de donde proviene. De la misma manera, la disposición exige el cumplimiento de

⁸ C. Madrid Martínez, “Ámbito de aplicación de la Ley. Prolación de fuentes”, *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. I, 2005, p. 179 y p.188.

⁹ T. Maekelt, *Ley venezolana de Derecho...*, op. cit., p. 52.

los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto, lo cual se resume en lograr la solución equitativa del caso concreto¹⁰.

Es de resaltar que, el art. 3 LDIPV señala que cuando en el Derecho extranjero competente coexista una diversidad de ordenamientos jurídicos, el conflicto de leyes que se verifique entre esos ordenamientos se resolverá de acuerdo con los principios vigentes en el correspondiente Derecho que resultó aplicable. Se hace referencia entonces, a cuando la norma de conflicto venezolana declara competente el Derecho de un Estado plurilegislativo con base territorial o personal. Por ejemplo, una remisión a un Estado federal como EE.UU., o a un Estado unitario con cierto grado de descentralización jurídica como España. También alude a la remisión a un Estado con una pluralidad derivada de una convivencia de legislaciones con bases religiosas, étnicas o tribales, como la India, Marruecos o, según el criterio de la autora, países con pueblos indígenas reconocidos.

C) Instituciones generales

La LDIPV contempla seis instituciones generales del DIPr, las cuales son: envío de primer y segundo grado, con exclusión de los demás grados sucesivos y circular (art. 4); respeto a las situaciones jurídicas válidamente creadas (art. 5); cuestión previa (art. 6); adaptación (art. 7); orden público (art. 8); e institución desconocida (art. 9).

La inclusión de las instituciones generales en la LDIPV de 1998 puede ser debatible, tomando en cuenta que para la época de la promulgación de la Ley, ya existía una evidente tendencia que las descartaba. Tatiana B. de Maekelt como promotora del texto, expuso:

Mucho se ha escrito y hablado en contra de las instituciones generales y no sólo en la doctrina angloamericana. Las convenciones internacionales, con la excepción de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, así como las nuevas legislaciones no las incluyen o las incluyen parcialmente. Algunas doctrinas no consideran pertinente ocuparse de estas instituciones por considerarlas abstractas e inútiles en la solución de casos con elementos extraños. La doctrina venezolana, y yo personalmente, no estamos de acuerdo con esta posición. Hago míos los argumentos esgrimidos por los grandes juristas de la talla de Neuhaus y Goldschmidt, para seguir insistiendo en las instituciones generales. El último considera que no puede haber una rama científica sin su parte general que es "...la prenda de la científicidad de la disciplina". Neuhaus, al titular su obra "Principios básicos del Derecho Internacional

¹⁰ T. Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 274.

Privado” releva la importancia de la parte general a la cual dedica sendas páginas de su libro. Su defensa del clásico sistema del Derecho Internacional Privado incluye la defensa de sus instituciones generales¹¹.

Para Maekelt, las instituciones generales tenían en el DIPr neoclásico un rol fundamental, por considerarlas elementos coadyuvantes del juez en la búsqueda de la solución en el marco de la justicia material¹².

La autora de este análisis, pupila de Maekelt, estima que es un hecho legislativo la presencia de las instituciones generales del DIPr en la LDIPV. Tal vez hubiese sido acertado, siguiendo una tendencia actualizada, prescindir de ellas. De hecho no han tenido una acogida contundente en la jurisprudencia venezolana. Sin embargo, allí están, como huellas de la obra de grandes maestros que en su momento histórico apostaron por su permanencia. Como experiencia personal afirmaré que las instituciones reguladas en la Ley, desde una perspectiva didáctica son muy útiles para la enseñanza del DIPr. En definitiva, esas instituciones están presentes en el sistema jurídico venezolano y, considero, no obstaculizan al operador jurídico en su ejercicio a la hora de inclinarse por una visión novedosa del DIPr. Lo importante es lograr los objetivos perseguidos por el articulado LDIPV, que como ya se mencionó, se concentran en la solución equitativa del caso concreto.

2. Domicilio

El Capítulo II LDIPV regula lo referente al domicilio. El art. 11 dispone que el domicilio de una persona física se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual. En el caso de las personas jurídicas no se concibió al domicilio como un punto de conexión para determinar el Derecho aplicable, ya que fue el lugar de constitución la solución acogida por el legislador (art. 20).

El art. 12 consagra que la mujer casada ostenta un domicilio propio y distinto del marido, si lo ha adquirido de conformidad con lo previsto en el art. 11. Por su parte, los menores e incapaces sujetos a patria potestad, a tutela o a curatela, tiene domicilio en el territorio del Estado donde tienen su residencia habitual (art. 13).

Los preceptos ante citados no tienen efecto cuando la residencia habitual en el territorio de un Estado, se produzca exclusivamente por el ejercicio de funciones conferidas por un organismo público, nacional, extranjero o internacional (art. 14). Finalmente, el art. 15 expresa que las normas del Capítulo II se aplican siempre que la LDIPV se refiera al domicilio de una persona física y, general-

¹¹ T. Maekelt, *Ley venezolana de Derecho...*, op. cit., p. 64.

¹² *Ibid.*, p. 65.

mente, cuando el domicilio constituye un medio de determinar el Derecho aplicable o la jurisdicción de los tribunales

3. *Personas*

Con la regulación de la existencia, estado y capacidad de las personas, aspectos que se rigen por el Derecho del domicilio de los interesados (art. 16), comienza el Capítulo III LDIPV. Dispone el art. 17 que el cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida. Luego, establece que la persona que es incapaz de acuerdo con las disposiciones anteriores, actúa válidamente si la considera capaz el Derecho que rija el contenido del acto (art. 18). Asimismo, se prevé que Venezuela no surte efectos las limitaciones a la capacidad establecidas en el Derecho del domicilio, que se basen en diferencias de raza, nacionalidad, religión o rango (art. 19).

Como se señaló en el apartado anterior, la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las personas jurídicas de carácter privado se regulan por el Derecho del lugar de su constitución. Es decir, donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas (art. 20).

4. *Familia*

El Capítulo IV hace referencia a la familia, iniciando con la regulación del matrimonio. La capacidad para contraerlo y sus requisitos de fondo se rigen, para cada uno de los contrayentes, por el Derecho de su respectivo domicilio (art. 21). Posteriormente, el art. 22 determina que los efectos personales y patrimoniales del matrimonio se encuentran regulados por el derecho del domicilio común de los cónyuges. En caso de poseer domicilios diferentes, el Derecho del último domicilio común será el aplicable. Por último, esta misma norma señala que las capitulaciones matrimoniales válidas de acuerdo con un Derecho extranjero competente, podrán ser inscritas en la respectiva Oficina Principal de Registro venezolana, en cualquier momento. Esto cuando se pretenda que produzcan efectos respecto de terceras personas de buena fe, sobre bienes inmuebles situados en el territorio de ese país.

El art. 23 consagra que el divorcio y separación de cuerpos se rigen por el Derecho del domicilio del cónyuge que intenta la demanda. Resulta importante resaltar que este artículo mediante una norma material en un único aparte, se refiere al cambio de domicilio exigiendo dos mandatos acumulativos: que el cambio de domicilio del cónyuge demandante sólo producirá efectos después de un año de haber ingresado en el territorio de un Estado (elemento temporal u objetivo); y que el cambio se verifique con el propósito de fijar en él la residen-

cia habitual (elemento intencional o subjetivo)¹³. Esta estipulación se considera una medida preventiva que evita el fraude a la ley¹⁴.

Posteriormente, el art. 24 señala que el establecimiento de la filiación, al igual que las relaciones entre padres e hijos, se regula por el Derecho del domicilio del hijo. Esto responde a las tendencias modernas que siguen las legislaciones relativas a Derecho de familia, en las que se otorga al derecho del hijo una importancia decisiva para regir las relaciones jurídicas que directamente le conciernen¹⁵.

En cuanto a la adopción se prevé que, al adoptante y al adoptado se les aplicará el Derecho de su respectivo domicilio en todo lo concerniente a los requisitos de fondo necesarios para la validez de esta institución (art. 25). Para culminar el Capítulo, se establece que la tutela y demás instituciones de protección de incapaces se rigen por el Derecho del domicilio del incapaz (art. 26)

5. Bienes

El estatuto real está contenido en el Capítulo V LDIPV, específicamente en el art. 27, al disponer que la constitución, el contenido y la extensión de los derechos reales sobre los bienes, se rigen por el Derecho del lugar de la situación. Respecto a los bienes en tránsito y los conflictos móviles, el art. 28 determina que el desplazamiento de bienes muebles no influye sobre los derechos que hubieren sido válidamente constituidos bajo el imperio del Derecho anterior. Pero aclara la norma, que tales derechos sólo pueden ser opuestos a terceros, después de cumplidos los requisitos que establezca al respecto el Derecho de la nueva situación.

6. Obligaciones

En un principio, el art. 29 LDIPV señala que las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes. Luego, prevé el art. 30 que a falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. Añadiendo la norma, que el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho.

Los elementos subjetivos aluden a criterios relativos a las partes contratantes, como lo son: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual de las perso-

¹³ H. Barrios, "Divorcio y separación de cuerpo", *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. I, 2005, p. 571.

¹⁴ T. Maekelt, *Ley venezolana de Derecho...*, op. cit., p. 330.

¹⁵ H. Barrios, op.cit., p. 591.

nas físicas; así como, el establecimiento o sede principal cuando se trate de personas jurídicas. Los elementos objetivos son aquellos criterios que vinculan al contrato con los diferentes ordenamientos con los cuales tiene contactos, destacando: el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución del contrato y el lugar de ubicación del bien objeto del contrato¹⁶.

Seguidamente, el mismo art. 30 determina que se deberán tomar en cuenta los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Un ejemplo podrían ser los Principios de UNIDROIT. Cabe resaltar entonces, que la LDIPV concedió a la *lex mercatoria* un merecido lugar dentro de la jerarquía de las fuentes. Lo antes señalado, tiene concordancia con el art. 31 LDIPV, cuando indica que además de lo dispuesto en los artículos anteriores, serán aplicados las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, si así corresponde. Al igual que, los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

En otro orden de ideas, el art. 32 LDIPV prevé que los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Pero advierte el precepto, que la víctima igualmente tiene la opción de demandar la aplicación del Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito. Esta flexibilización responde a la protección del débil jurídico de la relación.

Finaliza el Capítulo VI con el art. 33, prescribiendo que la gestión de negocios, el pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa se regulan por el Derecho del lugar en el cual se realiza el hecho originario de la obligación.

7. Sucesiones

En el Capítulo VII LDIPV se contempla todo lo relativo a la ley sucesoria. El art. 34 determina que las sucesiones se rigen por el Derecho del domicilio del causante. Seguidamente, el art. 35 establece que los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente, no separado legalmente de bienes; en todo caso, tendrán la opción de hacer efectivo el derecho a la legítima que les concede el Derecho venezolano sobre los bienes situados en ese país.

El art. 36 prevé que cuando de conformidad con el Derecho competente, los bienes de la sucesión correspondan al Estado, o de no existir o desconocerse los herederos, los bienes situados en Venezuela pasarán al patrimonio de la Nación, siendo este el caso de la herencia yacente.

¹⁶ F. Romero, "Solución Subsidiaria", *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. II, 2005, p. 793.

8. Forma y prueba de los actos

El art. 37 da comienzo al Capítulo VIII LDIPV, el cual dispone que los actos jurídicos en cuanto a la forma serán válidos, si se da cumplimiento a los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos jurídicos:

1. El del lugar de celebración del acto;
2. El que rige el contenido del acto; o
3. El del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes.

Ésta es una norma de conflicto con tres puntos de conexión alternativos, para establecer la ley aplicable a la forma de los actos. Con este precepto, se flexibiliza la regla *locus regit actum* a favor de la ley personal y de la *lex causae* dentro del sistema jurídico venezolano. Estas soluciones flexibles y alternas buscan la verificación del principio *favor validitatis* de los actos jurídicos, dentro de los límites que este principio tiene en la misma legislación del país latinoamericano. Por ejemplo, la exigencia del documento público o privado a efectos probatorios¹⁷.

En relación con los medios de prueba, su eficacia y la determinación de su carga, el art. 38 estipula que se regulan por el Derecho que rige la relación jurídica correspondiente, sin perjuicio a que su sustanciación procesal se ajuste al Derecho del tribunal o funcionario ante el cual se efectúa.

9. Jurisdicción y competencia

El Derecho procesal internacional inicia su desarrollo en el Capítulo IX LDIPV. El art. 39 prevé que, adicionalmente a la jurisdicción que concede la ley a los tribunales venezolanos en los juicios intentados contra personas domiciliadas en el territorio nacional, los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción en juicios intentados contra personas domiciliadas en el exterior en los casos contemplados en los arts. 40, 41 y 42 de la misma Ley.

Es importante resaltar que en el sistema jurídico venezolano se evidencia una diferenciación entre la jurisdicción (competencia procesal internacional) y la competencia interna. La jurisdicción delimita la competencia internacional de los órganos judiciales de un determinado Estado, cdos. en su conjunto. Por otra parte, la competencia distribuye los litigios entre los tribunales internos que, en virtud de las normas sobre jurisdicción, resultan sometidos a ese Estado. Así pues, en la LDIPV el término competencia procesal internacional se sustituye por el de jurisdicción, dejando la competencia para fines domésticos. Aclarándo-

¹⁷ I. Esis Villarroel, "Forma de los actos", *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. II, 2005, p. 926 y p. 951.

se adicionalmente, que no está descartada la competencia interna de tribunales distintos, indicados por otras leyes (art. 52).

Frente al contexto anterior, resulta contundente que en la LDIPV el criterio atributivo de jurisdicción general es el domicilio del demandado, el cual se consagra de forma tácita (art. 39). Este criterio resulta favorecido porque garantiza la aplicación del principio del debido proceso consagrado en el art. 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV)¹⁸.

Cuando se trata de demandados no domiciliados en el territorio venezolano, la ley distingue tres tipos de acciones: de contenido patrimonial, universalidades de bienes, estado de las personas y relaciones familiares.

Las de contenido patrimonial están reguladas en el art. 40 LDIPV, norma que concede jurisdicción a los tribunales venezolanos para conocer de los juicios:

1. Cuando se ventilen acciones relativas a la disposición o la tenencia de bienes muebles o inmuebles situados en el territorio de la República;
2. Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que se deriven de contratos celebrados o de hechos verificados en el mencionado territorio;
3. Cuando el demandado haya sido citado personalmente en el territorio de la República;
4. Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción.

El primer numeral alude a al criterio de ubicación del bien (*locus rei sitae*), mueble o inmueble, dentro del territorio venezolano para conocer de acciones relativas a su disposición o tenencia. La labor de determinar el lugar de ubicación se efectúa de conformidad con los criterios fijados por el Derecho material venezolano¹⁹. Debe tomarse en cuenta, que la interpretación de este numeral debe hacerse en concordancia con el contenido del art. 47 LDIPV, que establece la jurisdicción exclusiva de Venezuela cuando se trata de controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en este país.

Luego, el segundo numeral del mismo artículo plantea los criterios del cumplimiento o ejecución de las obligaciones (*locus executionis*), celebración del contrato (*locus celebrationis*) y lugar de verificación de los hechos que da origen a la obligación (*locus obligationis causae*).

El criterio de lugar de la citación (*locus citationis*), se plantea en el numeral tercero del artículo en estudio, limitándose al caso de acciones de contenido patrimonial. Se establece como condiciones que la citación sea personal y que se

¹⁸ T. Maekelt, *Ley venezolana de Derecho...*, op. cit., pp. 93–94; C RBV Gaceta Oficial Extraordinaria n° 36.860, de 30 diciembre 1999.

¹⁹ E. Hernández – Breton, “Acciones patrimoniales”, *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. II, 2005, p. 1000.

haya practicado en el territorio venezolano. En relación con este numeral surge el debate sobre la aceptación del *forum non conveniens* en el sistema jurídico del país latinoamericano.

La doctrina ha concluido que el art. 333 de la Ley de Comercio Marítimo²⁰, contempla el único caso que admite la figura del *forum non conveniens*, cuando dispone que si se atribuye jurisdicción a Venezuela porque el demandado se citó personalmente en el territorio del país suramericano, sus tribunales podrán discrecionalmente declinar la jurisdicción, a solicitud del demandado, a favor de los tribunales de otro país en el cual se hubiere intentado una acción por los mismos hechos y causas, siempre que le otorgasen al demandante iguales garantías para responder de las resultas de dicha acción intentada por ante ese otro Estado²¹.

Finalmente el art. 40 en su numeral cuarto, establece que las partes tienen la posibilidad de someterse voluntariamente, de forma expresa o tácita, a la jurisdicción de los tribunales venezolanos. En los casos de sumisión expresa, ésta debe constar por escrito (art. 44); de allí que, ambas partes deben haber expresado en forma escrita e inequívoca su voluntad de someterse a la jurisdicción de los tribunales venezolanos.

En cuanto a las universalidades de bienes el art. 41 LDIPV desarrolla dos criterios atributivos de jurisdicción para conocer de juicios originados por el ejercicio de acciones relativas a universalidades de bienes, como es el caso de sucesiones y los regímenes patrimoniales matrimoniales. El primero es el paralelismo entre el Derecho aplicable al fondo de la controversia y la jurisdicción (art. 41 num.1º), conocido también como criterio Asser. El segundo es el *locus rei sitae*, verificándose cuando en el territorio venezolano se encuentren bienes que formen parte integrante de la universalidad (art. 41 num. 2º). Basta con que un solo bien de la universalidad se sitúe en Venezuela para que a sus tribunales se les atribuya jurisdicción.

Corresponde al art. 42 LDIPV regular los criterios atributivos de jurisdicción sobre litigios relativos al estado de las personas y relaciones familiares. El primer numeral de la disposición contempla el paralelismo entre el Derecho aplicable al fondo de la controversia y la jurisdicción (art. 42 num.1º) o criterio Asser. El segundo criterio es la sumisión voluntaria, de forma expresa o tácita a la jurisdicción venezolana, condicionando a que la causa tenga una vinculación efectiva con el territorio venezolano.

Continuando con el análisis de las normas de Derecho procesal LDIPV, el art. 43 dispone que los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para dictar las

²⁰ *Gaceta Oficial*, n° 38.351, 5 enero 2006

²¹ E. Hernández – Breton, *op. cit.*, p. 1004.

medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en su territorio, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del litigio.

Un comentario especial requiere la inderogabilidad de la jurisdicción. El art. 47 prohíbe la posibilidad de derogar convencionalmente la jurisdicción atribuida en el marco de las disposiciones de la Ley en estudio, a favor de tribunales extranjeros o árbitros que resuelvan en el extranjero, cuando la controversia se refiera a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio venezolano. Asimismo, esta negada la posibilidad cuando el litigio aborde materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano.

El legislador venezolano distinguió tres supuestos enumerados taxativamente en el art. 47, como posibles excepciones a la regla de la derogabilidad convencional de la jurisdicción, buscando hacer viable la jurisdicción exclusiva de los tribunales venezolanos. Es evidente, que la exclusividad de la jurisdicción en el supuesto de controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles, es automática o directa y que, en los otros dos supuestos (materias no susceptibles de transacción y los principios esenciales del orden público venezolano), deberá analizarse cada caso concreto, a posteriori²².

En otro orden de ideas, el art. 48 LDIPV contempla que siempre que los tribunales venezolanos tengan jurisdicción de acuerdo con las disposiciones del Capítulo IX, la competencia territorial interna de los diversos tribunales se regirá por las disposiciones establecidas en los arts. 49, 50 y 51 de la misma Ley.

10. Eficacia de las sentencias extranjeras

El Capítulo X LDIPV en su art. 53 dispone que las sentencias extranjeras tendrán efecto en Venezuela siempre que reúnan los siguientes requisitos:

1. Que hayan sido dictadas en materia civil o mercantil o, en general, en materia de relaciones jurídicas privadas;
2. Que tengan fuerza de cosa juzgada de acuerdo con la ley del Estado en el cual han sido pronunciadas;
3. Que no versen sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República o que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva que le correspondiere para conocer del negocio;
4. Que los tribunales del Estado sentenciador tengan jurisdicción para conocer de la causa de acuerdo con los principios generales de jurisdicción consagrados en el Capítulo IX de esta Ley;

²² T. Maekelt, *Ley venezolana de Derecho...*, op.cit., pp. 97-99.

5. Que el demandado haya sido debidamente citado, con tiempo suficiente para comparecer, y que se le hayan otorgado en general, las garantías procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa;

6. Que no sean incompatibles con sentencia anterior que tenga autoridad de cosa juzgada; y que no se encuentre pendiente, ante los tribunales venezolanos, un juicio sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, iniciado antes que se hubiere dictado la sentencia extranjera.

Una novedad que puede destacarse en la anterior enumeración es la eliminación de los requisitos de reciprocidad y la no violación del orden público, en contraste con los arts. 850 y 851 del Código de Procedimiento Civil venezolano²³, donde si estaban presentes. Otra innovación sobre el tema dentro del sistema jurídico venezolano, viene a ser la eficacia parcial estipulada en el art. 54 LDIPV, siempre y cuando la sentencia extranjera no pueda desplegar eficacia en su totalidad.

El art. 55 determina que para proceder a la ejecución de una sentencia extranjera deberá ser declarada ejecutoria de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley y previa comprobación de que en ella concurren los requisitos consagrados en el art. 53 LDIPV, anteriormente expuesto.

11. Procedimiento

Los aspectos básicos sobre el tratamiento procesal del Derecho extranjero están contenidos en el Capítulo XI LDIPV. El art. 56 establece que la competencia y la forma del procedimiento se regulan por el Derecho del funcionario ante el cual se desarrolla.

El art. 57 dispone que la falta de jurisdicción del Juez venezolano respecto del Juez extranjero será declarada de oficio, o a solicitud de parte, en cualquier estado o grado del proceso. Entonces, la solicitud de regulación de la jurisdicción suspende el procedimiento hasta que haya sido dictada la decisión correspondiente. Si se afirma la jurisdicción de los tribunales venezolanos, la causa continuará su curso en el estado en que se encuentra al dictarse la decisión. La decisión que la niegue deberá ser consultada en el Tribunal Supremo de Justicia, en su Sala Político Administrativa, a cuyo efecto se le remitirán inmediatamente los autos. De ser confirmada se ordenará el archivo del expediente, quedando extinguida la causa.

El art. 58 por su parte, reconoce la litispendencia internacional, salvo que se trate de la jurisdicción venezolana exclusiva. Dicha regulación colisiona con el contenido del numeral 6 del art. 53 que exige, en casos del *execuátur* de la sen-

²³ *Gaceta Oficial Extraordinaria*, n° 4.209, 18 septiembre 1990.

tencia extranjera, que no se encuentre pendiente, ante los tribunales venezolanos, un juicio sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, iniciado antes que se hubiera dictado la sentencia extranjera²⁴.

Sobre la cooperación judicial internacional el art. 59 determina que los tribunales venezolanos podrán dirigirse a cualquier autoridad competente extranjera, mediante exhortos y comisiones rogatorias, para la práctica de citaciones, diligencias probatorias o de cualquier otra actuación judicial que resulte necesaria para el buen desarrollo del proceso. Estos a su vez, tienen la potestad de evacuar dentro de la mayor brevedad, los exhortos y comisiones rogatorias provenientes de tribunales extranjeros que se ajusten a los principios del Derecho internacional aplicables en la materia.

La aplicación de oficio del Derecho extranjero se enuncia en el art. 60. Esta norma concede a las partes la posibilidad de aportar informaciones relativas al derecho extranjero aplicable. De igual manera, los tribunales y autoridades podrán dictar providencias tendientes al mejor conocimiento del mismo. El art. 61 prevé que los recursos establecidos por la ley serán procedentes cualquiera que fuere el ordenamiento jurídico que se hubiere debido aplicar, tomando en cuenta la decisión contra la cual se interponen.

Finalmente, el art. 62 expone que con la excepción de lo dispuesto en el art. 47 LDIPV, todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que regulan la materia.

III. Conclusiones

La LDIPV representa un cuerpo coherente de normas que regulan el sistema de Derecho internacional privado venezolano. Tiene su origen y raíces en la academia, en los docentes universitarios, lo cual ha permitido que un sin número de operadores jurídicos del país latinoamericano se hayan formado bajo la tutoría de los inspiradores del texto, lo cual es una de sus fortalezas.

Si bien es cierto que la incorporación de las instituciones generales en la LDIPV no responde a la tendencia actual de la disciplina, considera la autora, que esta inclusión es el reflejo de la influencia de juristas como Pedro Manuel Arcaya, Roberto Goldschmidt, Joaquín Sánchez – Covisa, Gonzalo Parra – Aranguren y Tatiana de Maekelt, en el resultado final de la Ley. Con el transcurrir de los años resulta innegable que la jurisprudencia venezolana no ha acogido con contundencia estas instituciones. Sin embargo, estimo que su utilización desde una perspectiva didáctica resulta valiosa a la hora de enseñar el DIPr,

²⁴ T. Maekelt, *Ley venezolana de Derecho...*, op.cit., p. 108.

principalmente para establecer sus antecedentes históricos. Dichas instituciones; en definitiva, no representan un impedimento para que los especialistas venezolanos favorezcan una concepción moderna de esta rama del Derecho.

Otros aspectos LDIPV resultan ajustados a líneas vigentes seguidas por el DIPr universalmente considerado. La adopción del domicilio como punto de conexión y criterio atributivo general de jurisdicción. Sus disposiciones en materia de Derecho civil internacional y Derecho comercial internacional, en especial, sobre *lex mercatoria*. También destacan, sus normas de Derecho procesal internacional. Todas estas regulaciones la convierten en una Ley de vanguardia, a pesar que su promulgación data de 1998. Serán las generaciones futuras quienes tendrán en sus manos la misión de revisión y actualización LDIPV, por lo pronto, continuamos con su estudio y aplicación dentro del sistema jurídico venezolano.

Bibliografía

- Barrios, H.: "Divorcio y separación de cuerpo", *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. I, 2005, pp. 571 ss.
- Esis Villarroel I., y C. Resende: "Antecedentes de la Ley de Derecho Internacional Privado", *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. I, 2005, pp. 6.
- Esis Villarroel, I.: "Forma de los actos", *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. II, 2005, pp. 926 ss.
- Hernández – Breton, E.: "Acciones patrimoniales", *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. II, 2005, pp. 1000 ss.
- Madrid Martínez, C.: "Ámbito de aplicación de la Ley. Prelación de fuentes", *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. I, 2005, p. 179 ss.
- Maekelt, T. de: *Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002, pp. 42 ss.
- Maekelt, T. de: *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.
- Parra-Aranguren, G.: "Los precedentes venezolanos del Código Bustamante", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, nº 17, 1974, pp. 52 ss.
- Romero, F.: "Solución Subsidiaria", *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. II, 2005, pp. 793 ss.

FOROS INTERNACIONALES

LA ACEPTACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN LA UNIÓN EUROPEA

Manuel MEDINA ORTEGA *

SUMARIO: I. La propuesta legislativa de la Comisión. II. La supresión de los trámites de legalización y apostilla. III. El mantenimiento de las normas nacionales vigentes. IV. Aceptación, reconocimiento, verificación de la autenticidad y autenticación. V. El concepto de documento público en el Derecho de la Unión Europea. VI. Efectos de la aceptación de documentos. VII. Los obstáculos al reconocimiento de documentos públicos extranjeros como forma de protección contra el fraude. VIII. Los peligros para la seguridad jurídica que se derivan de la ambigüedad terminológica. IX. Autenticidad y efectos probatorios de los documentos públicos aceptados. X. Los límites a la aceptación de documentos públicos extranjeros. XI. Conclusiones.

RESUMEN: En febrero de 2014 el Parlamento Europeo adoptó en primera lectura su posición sobre la propuesta de Reglamento presentada por la Comisión en 2013 sobre la aceptación de documentos públicos. El procedimiento de codecisión puede concluir durante la actual legislatura, 2014–2019, si el Parlamento y el Consejo llegan a un acuerdo. Las enmiendas aprobadas por el Parlamento en primera lectura no facilitan tal acuerdo, al ampliar el número de documentos exentos de los requisitos de legalización y apostilla. Tanto la propuesta de la Comisión como las enmiendas del Parlamento, dirigidas a facilitar la aceptación de documentos, plantean dificultades a los sistemas jurídicos basados en el notariado latino-germánico. Reducen las garantías que proporciona el actual sistema de requisitos documentales estrictos. Aunque los textos propuestos no establecen un reconocimiento automático y pleno de los documentos, su combinación con los convenios internacionales, reglamentos de la Unión y normas de los Estados miembros ya existentes pueden hacer que la aceptación tenga más efectos de los previsibles.

PALABRAS CLAVE: DOCUMENTOS PÚBLICOS – LEGALIZACIÓN – APOSTILLA – ACEPTACIÓN – SEGURIDAD JURÍDICA.

ABSTRACT: On February 2014 the European Parliament adopted in first reading its amendments to the draft Regulation on the Acceptance of Public Documents submitted by the Commission in 2013. The co-decision procedure could be completed during the new legislative period 2014–2019, provided that Parliament and Council may agree on the draft Regulation. The amendments adopted by the European Parliament in the first reading will not facilitate such an agreement, because they enlarge the

* Doctor en Derecho, Catedrático jubilado de Derecho internacional y Relaciones internacionales. Profesor honorífico, Universidad Complutense, Madrid.

number of documents exempted from the requirements of legalization and "apostille". Both the Commission proposals and the amendments introduced by Parliament, purporting to facilitate the acceptance of documents, raise problems for the legal systems based on the Latin-German public notaries. They reduce the guaranties provided by the present system of strict documentary requirements. Although the texts submitted do not establish full and automatic recognition of documents, they may carry acceptance farther than it may be foreseen if they are put in the context of already existing international conventions, EU regulations and national legal rules.

KEYWORDS: PUBLIC DOCUMENTS – LEGALIZATION – APOSTILLE – ACCEPTANCE – LEGAL SECURITY.

I. La propuesta legislativa de la Comisión

El 24 abril 2013, la Comisión de la UE remitió al Parlamento Europeo y al Consejo una propuesta de Reglamento “por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos y de las empresas, simplificando la aceptación de determinados documentos públicos en la UE y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012”¹. La propuesta de Reglamento se presentó en el contexto del desarrollo del Programa de Estocolmo de 2009 sobre “Una Europa abierta y segura que proteja al ciudadano”². El Plan de acción para la puesta en práctica de este Programa contemplaba la adopción de una propuesta legislativa que permitiera prescindir de los trámites de legalización de los documentos públicos entre Estados miembros³. El Parlamento Europeo adoptó una resolución el 25 noviembre 2009 que pedía “un sistema europeo único y autónomo relativo a ... la supresión de los requisitos de legalización de documentos”⁴. En su Informe sobre la Ciudadanía de la UE, de 2010, la Comisión confirmó su compromiso de facilitar la libre circulación de documentos públicos dentro de la UE⁵ y el 12 diciembre de ese mismo año, aprobó un Libro Verde titulado “Menos trámites para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los certificados del estado civil”⁶.

El núcleo de la propuesta de Reglamento consistía en “la dispensa de la legalización o trámite similar y la simplificación de otros trámites relativos a la aceptación de determinados documentos públicos expedidos por las autoridades de los Estados miembros” (art. 1, párr. 1º). Como indicaba el enunciado de la propuesta, esa dispensa de legalización no se aplicaría a todos los documentos públicos, sino, en los términos del art. 3, ap. 1, a ciertos documentos, “expedidos

¹ COM(2013) 228 final.

² DO C 115 de 5. 2010, pp. 1 ss.

³ COM(2010) 171 final.

⁴ Resolución sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre “Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos – Programa de Estocolmo”, P7_TA(2009)90 punto 95.

⁵ COM(2010) 603 final.

⁶ COM(2010) 747 final.

por las autoridades de un Estado miembro que tienen valor probatorio formal en relación con: a) el nacimiento; b) la defunción; c) el nombre; d) el matrimonio y la unión registrada; e) la filiación; f) la adopción; g) la residencia; h) la ciudadanía y la nacionalidad; i) la propiedad inmobiliaria; j) la personalidad jurídica y la representación de una sociedad o empresa; k) los derechos de propiedad intelectual; l) la ausencia de antecedentes penales”.

En el Parlamento Europeo fue designado ponente para este proyecto legislativo el diputado socialdemócrata alemán Bernhard Rapkay. Su propuesta de informe, presentada el 26 julio 2013, ampliaba la exención del trámite de legalización para el reconocimiento del valor probatorio de los “documentos públicos” a nuevos supuestos, como la firma de las personas físicas, las sucesiones y la administración de patrimonios, la representación de las personas jurídicas en general o las obligaciones fiscales y el estatuto de las personas físicas y jurídicas (enmienda 8 al art. 3–1). Además, mientras la propuesta de la Comisión limitaba el concepto de “documento público” a los documentos emitidos por “la autoridad pública de un Estado miembro o la entidad autorizada para ejercer funciones públicas en virtud de una decisión o acto administrativo”, una enmienda del ponente incluía entre las autoridades cuyos documentos podrían ser reconocidos sin necesidad de legalización las “autoridades de la UE”, e incluía entre los documentos exentos los formularios multilingües previstos por el art. 11 de la propuesta de Reglamento. Entre las autoridades facultadas para emitir tales documentos públicos estaban, además, la autoridad pública de un Estado miembro o una entidad autorizada en virtud de un acto o decisión administrativa para asumir funciones públicas, incluyendo los tribunales o notarios que emiten documentos públicos (enmienda 9 al art. 3–2). En la justificación a esta última enmienda, el ponente exponía que en algunos Estados miembros los tribunales y notarios podían ser considerados como autoridades. El art. 4 de la propuesta de la Comisión formulaba en términos generales el principio de que “los documentos públicos quedarán exentos de toda forma de legalización y trámite similar”. El ponente dio al texto un carácter mucho más explícito, al imponer a las autoridades la obligación de aceptar documentos públicos emitidos por autoridades de otros Estados o de la UE sin necesidad de legalización o “apostilla” (enm. 12 al art. 4).

No fueron éstas las únicas enmiendas que introdujo el Parlamento en la propuesta de la Comisión ejecutiva. La Comisión de Asuntos jurídicos acabó presentando al Pleno que debía ocuparse de la primera lectura de la propuesta legislativa, el 13 enero 2014, en Estrasburgo, un texto que, si bien recogía sustancialmente las propuestas originales de la Comisión, introducía modificaciones

importantes⁷. La Comisión había presentado una propuesta relativamente modesta para el reconocimiento de “documentos públicos” en el sentido más estricto o administrativo del término, como los certificados de matrimonio, defunción, estado civil, antecedentes penales, residencia, nacionalidad, propiedad inmobiliaria e intelectual y personalidad jurídica y representación de una sociedad o empresa. Las 37 enmiendas aprobadas en primera lectura por el Parlamento Europeo el 4 febrero 2014 amplían considerablemente el número de documentos exceptuados de legalización o apostilla y entran en el delicado ámbito de las actas auténticas y otros documentos autorizados por los notarios, que revisten gran importancia y sensibilidad en los países del notariado latino-germánico o continental, por contraste con los países nórdicos y de *common law*⁸, que no cuentan con documentos similares dotados de importantes efectos jurídicos. Esta ampliación del ámbito de la propuesta de Reglamento dificultará, sin duda, la aprobación de la propuesta por el Consejo, en el que los Estados en los que rige el sistema del “notariado latino o continental”, que son hoy mayoría, verían peligrar los mecanismos de seguridad jurídica preventiva vigente en ellos. Al haber aprobado el Parlamento este texto sólo tres meses antes del término de la legislatura 2009–2014, no dejó tiempo material para poner en marcha y concluir con resultado satisfactorio el complejo proceso de conciliación que requiere la negociación entre las instituciones antes de la expiración del período legislativo. El Consejo no podría, en estas condiciones, adoptar una posición sobre las enmiendas del Parlamento hasta, al menos, el mes septiembre 2014, una vez pasadas las elecciones parlamentarias e instalada la nueva Comisión que depende del resultado de las elecciones parlamentarias. Tras las elecciones, el Parlamento estaría obligado, además, a designar, un nuevo ponente para la negociación de la codecisión, ya que su anterior ponente no se presentó a la reelección. En todo caso, es conveniente recordar que, a diferencia de lo que ocurre en las Cortes españolas y en otros parlamentos nacionales, el fin de la legislatura no produce la caducidad automática de las iniciativas legislativas en marcha, sino que su tramitación es prorrogada a la legislatura siguiente en el estadio en el que se encontraban al término de la legislatura anterior. Nada garantiza, sin embargo, que las divergencias entre el texto propuesto por la Comisión, que tenía el apoyo inicial del

⁷ Doc. A7–0017/2014.

⁸ Cf., entre otras, las siguientes publicaciones: C. Bernasconi, “The Electronic Apostille Program (e-APP): Bringing the Apostille Convention into the Electronic Era”, en J. Forner Delaguna, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marid, M. Pons, 2013, pp. 199–212; H. Duintjer, “Vers une libre circulation des Actes authentiques dans l’Union Européenne. Réflexions à propos d’un arrêt du Tribunal Supremo d’Espagne du 19 juin 2012”, *ibíd.*, pp. 309–321; M. Font i Mas (ed.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014; M. Medina Ortega, “El documento público en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, 2012, n° 328, dedicado al 150 Aniversario de la Ley del Notariado, pp. 51–58.

Consejo, y el que ha salido del Parlamento en su primera lectura puedan ser allanadas con facilidad en la actual legislatura europea, ya que la posición del Consejo está determinada por los puntos de vista de cada uno de los gobiernos de los Estados miembros, que no están sometidos al ritmo legislativo y electoral del Parlamento Europeo, y que reflejan, por el contrario, la continuidad de los procesos políticos nacionales, siendo muy sensibles a las especialidades de cada uno de los sistemas jurídicos vigentes en los Estados miembros y a las consecuencias que puede tener en ellos la adopción del proyecto de Reglamento que estamos considerando.

II. La supresión de los trámites de legalización y apostilla

El 20 abril 2010, la Comisión había enviado al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones la Comunicación titulada “Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos. Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo”, que ya hemos mencionado con anterioridad⁹. Como su propio nombre indicaba, el Plan de acción se proponía poner en marcha el Programa aprobado por el Consejo Europeo de Estocolmo el año anterior, dirigido a construir la “Europa de los ciudadanos”, es decir, a conseguir que los ciudadanos europeos se sintieran más identificados con la innovadora construcción política y económica que representa la UE¹⁰. El punto de partida del Programa de Estocolmo es el “Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia” introducido por el Tratado de Amsterdam de 1997 en el Preámbulo del Tratado de UE, párr.10, pero que no había sido convenientemente desarrollado en el texto mismo de los Tratados. El art. 31 del TUE aprobado en Amsterdam limitaba la cooperación judicial al ámbito penal. El Tít. V de la III Parte del TCE de Amsterdam había previsto la adopción por el Consejo de “medidas en el ámbito de la cooperación judicial en material civil” (art. 63–c). El art. 65–a) TCE imponía la adopción de las medidas necesarias “en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil” para “el correcto funcionamiento del mercado interior” dirigidas a “mejorar y simplificar”, por un lado, “el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales” y, por el otro, “el reconocimiento y ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales”. Al tratarse de un ámbito no estrictamente comunitario el desarrollo normativo sólo puede llevarse a cabo a través de la cooperación interestatal. La Unión no podía, así, en principio, adoptar disposiciones de Derecho secundario en este sector. De hecho, la reglamentación relativa a la comunicación y recono-

⁹ *Vid. supra*, nota 3.

¹⁰ *vid. supra*, nota 2.

cimiento de actos judiciales y extrajudiciales sólo se pudo hacer en una primera etapa sólo por la vía del Derecho primario, con la adopción de convenios internacionales, como el de Bruselas de 1968¹¹ o de Lugano de 1988¹² relativos a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El Convenio de Bruselas sólo obligaba a los Estados miembros de la Unión. El de Lugano incluía también a otros Estados del Espacio Económico Europeo, pero cabía también vincular por vía convencional a Estados miembros de la Unión con Estados no miembros. De hecho, existe ya todo un instrumental internacional relativo a la aceptación y el reconocimiento de documentos públicos procedentes de otros países. En especial, el reconocimiento de documentos públicos a través de la llamada “apostilla de La Haya” se encuentra muy extendido en la práctica. El Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, conocido como “Convención de la Apostilla de la Haya” fue concluido para obviar los engorrosos trámites de legalización existentes hasta entonces, pero con el propósito de garantizar al mismo tiempo la seguridad jurídica que dan los documentos públicos fehacientes. Con 105 Estados firmantes y otros muchos que consideran hoy la posibilidad de adherirse a esta Convención, ha pasado a ser uno de los Tratados de mayor éxito entre los adoptados bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado¹³. El Convenio sobre la apostilla no sólo ha constituido un éxito diplomático, sino que ha alcanzado también gran eficacia práctica. Pero en el ámbito de la UE se piensa que incluso este trámite simplificado constituye todavía un obstáculo al ejercicio de las libertades garantizadas por la UE y dirigidas a evitar que las fronteras nacionales constituyan barreras a los intercambios de personas, bienes, capitales y libre prestación de servicios, ya que dentro de cada uno de los Estados miembros no se exige el cumplimiento de trámites similares para su reconocimiento. Se sostiene hoy la necesidad de defender un nuevo principio dirigido a garantizar la “libre circulación de documentos” en el interior de la Unión, en paralelo con las otras libertades de circulación de personas, mercancías y capitales y de prestación de servicios.

Hemos de recordar que otro Convenio de La Haya, el de 15 noviembre 1965, se refiere a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial¹⁴. Ahora bien, este Convenio va diri-

¹¹ DO C 59 de 5.3.1979, pp. 1–65, C 189 de 19.7.1990, y C–27 de 26.I.1998, pp. 1–32.

¹² DO L 319 de 25.11.1988, p. 9 y DO L 339 de 21.12.2007, pp. 3–41.

¹³ Vid. a este respecto, C. Bernasconi, “The Electronic Apostille Program”, *loc. cit.*, p. 200. También: G.A.L. Droz, “L’activité notariale internationale”, *Recueil des Cours*, t. 280, 2000, pp. 103 ss.

¹⁴ Entró en vigor el 10 febrero 1969. Vid. traducción preparada por los Profesores Borrás y González Campos en *Recopilación de los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951–2007)*, coordinación y estudio preliminar de A. Borrás y J.D. González Campos, 2ª ed.,

gido únicamente a facilitar la notificación de los documentos, sin que ninguna de sus disposiciones imponga el reconocimiento legal de la validez o autenticidad de los documentos transmitidos.

En términos parecidos, un Acto del Consejo de la UE estableció un Convenio relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de documentos judiciales en materia civil y mercantil¹⁵. Antes de que el Convenio entrara en vigor, y sin renunciar a continuar los esfuerzos para conseguir su vigencia efectiva, el Consejo adoptó un Reglamento sobre la misma materia¹⁶. Al igual que ocurre con el Convenio de La Haya de 1965, ni este Convenio ni el Reglamento europeo van más allá de la simple notificación o traslado de documentos, sin referirse para nada al reconocimiento de la validez intrínseca o de la eficacia probatoria de los documentos transmitidos.

Como ha puesto de relieve Alegría Borrás, la tendencia hacia la supresión de los trámites de legalización no se está produciendo sólo en el interior de la UE. En general, en el ámbito internacional se registran también otros intentos dirigidos a suprimir los requisitos de la legalización, a pesar de la simplificación de los trámites que ha supuesto el reconocimiento generalizado del sistema de la apostilla¹⁷. Éste es el caso del Convenio Europeo relativo a la supresión de la legalización de documentos extendidos por agentes diplomáticos, hecho en Londres el 7 junio 1968¹⁸, del Convenio nº 16 de la Comisión Internacional del Estado Civil (en adelante, “CIEC”) sobre la expedición de certificaciones plurilingües de las actas del Registro civil, hecho en Viena el 8 septiembre 1976¹⁹, o del Convenio nº 17 de la misma CIEC sobre dispensa de la legalización de ciertos documentos, hecho en Atenas el 15 septiembre 1977²⁰, así como de numerosos convenios bilaterales sobre las mismas materias²¹.

Madrid, M. Pons, 2008. Este Convenio fue ratificado por España el 29 abril 1987 y publicado en el *BOE*, 25-VIII-1987.

¹⁵ DO C 61 de 27.8.1997, pp. 2-16.

¹⁶ Reglamento nº 1348/2000 de 29 mayo 2000, DO L 160 de 30.6.2000, p. 37, sustituido por el Reglamento nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 noviembre 2007, DO L 324 de 10.12.2007, pp. 79-120.

¹⁷ *Loc. cit.*, p. 42.

¹⁸ *BOE*, 28-VIII-1982.

¹⁹ *BOE*, 22-VIII-1983.

²⁰ *BOE*, 11-V-1981.

²¹ A. Borrás cita el Canje de Notas entre España y la URSS de 24 febrero 1984 sobre supresión de legalizaciones y expedición de certificaciones del Registro civil, *BOE*, 18-IV-1985, y el Convenio entre España e Italia de 10 octubre 1983 sobre intercambios de documentos en materia de Registro civil y dispensa de legalización de ciertos documentos, *BOE*, 24-V-1986, así como viejos convenios bilaterales con Argentina, Chile, EE UU y Portugal sobre la dispensa de legalización de exhortos y comisiones rogatorias, así como convenios sobre cooperación judicial y extrajudicial, reconocimiento y ejecu-

En el ámbito de la UE, antes de que los Tratados de Maastricht y Amsterdam proporcionaran una base jurídica adecuada para el reconocimiento mutuo de documentos, se firmó en Bruselas el 25 mayo 1987 un Convenio relativo a la supresión de la legalización de documentos entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Pero este Convenio había sido adoptado en el ámbito de la cooperación política europea, es decir, mediante el recurso a la cooperación intergubernamental, fuera del método comunitario institucionalizado. El Convenio requería para su entrada en vigor la unanimidad de los Estados miembros, que no ha sido conseguida hasta la fecha, y que aún hoy parece difícil de conseguir. En todo caso, rige actualmente con carácter provisional entre los seis Estados miembros que lo ratificaron en su momento (Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia y Reino Unido). Otros textos comunitarios de Derecho secundario establecen la eliminación de la exigencia de legalización o de cualquier otra formalidad análoga para los documentos incluidos en ciertos instrumentos comunitarios, como el RB I modificado en 2012 (art. 61)²² o el Reglamento 1393/2007 en materia de notificaciones (art. 4)²³.

La resolución del Parlamento Europeo de 18 diciembre 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión, sobre el documento público europeo²⁴, sostiene en su ap. 1 que “la confianza recíproca en el Derecho dentro de la Comunidad justifica la supresión futura de los procedimientos vinculados a la verificación de la veracidad del documento público en asuntos transfronterizos; considera que el reconocimiento de un documento público con miras a su utilización en el Estado miembro requerido sólo puede ser denegado en caso de dudas serias y fundadas sobre su autenticidad, o si el reconocimiento es contrario al orden público del Estado miembro requerido”. En el anexo a esta resolución, que, como ya hemos señalado, contiene recomendaciones detalladas a la Comisión, el Parlamento insiste en que “la confianza recíproca en el Derecho dentro de la Comunidad justifica la supresión futura de los procedimientos vinculados a la verificación del documento público en asuntos transfronterizos” (ap. 1) y que “el reconocimiento de un documento público con miras a su utilización en el Estado miembro requerido sólo puede ser denegado en caso de dudas serias y fundadas sobre

ción de sentencias que pueden incluir disposiciones específicas sobre la dispensa de legalización. Cf. Res. DGRN 8 marzo 2011 sobre el requisito de la legalización de documentos.

²² Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), publicado en el DO L 351 de 20.12. 2012, pp. 1–32.

²³ Reglamento (CE) nº 1348 del Consejo, de 13 noviembre 2007, DO L 324 de 10.12.2007, pp. 79–120. Este Reglamento derogaba un Reglamento anterior sobre la misma materia, nº 1348 del Consejo, DO L 160 de 30.6.2000, pp. 37–52.

²⁴ Doc. P6_TA(2008)0636. Adoptado sobre la base del Informe redactado en nombre de la Comisión de Asuntos jurídicos por el autor de este artículo (doc. A6–04510/2008, de 19 noviembre 2008).

su autenticidad o si el reconocimiento es contrario al orden público del Estado miembro requerido” (ap. 2).

La propuesta de Reglamento de la Comisión parte de la base de que la legalización y la apostilla son “mecanismos desfasados y desproporcionados para establecer la autenticidad de los documentos públicos” y que conviene, por ello, “implantar un marco más simple” destinado a “reforzar la confianza mutua entre Estados miembros dentro del mercado interior” (cdo. 3). Se intenta establecer un mecanismo eficaz de cooperación administrativa entre los Estados miembros que permita resolver con facilidad las dudas sobre la autenticidad de los documentos transfronterizos. El texto original de la Comisión habla a este respecto de “la autenticación” de documentos públicos” (cdo. 4). Curiosamente, el texto aprobado en febrero de 2014 por el Parlamento sustituye la expresión “autenticación” por otra distinta: “la verificación de la veracidad”. Trata, así, de prescindir del elemento ritual y algo misterioso que implica la primera expresión, pero sin que se pueda hablar de un cambio sustancial de la naturaleza del acto, ya que la autenticación no es otra cosa que el acto por el que se confirma que algo es auténtico. La “verificación de la veracidad de un documento” no es sustancialmente diferente de la autenticación. Si un documento es veraz se puede decir que es auténtico.

El cambio más importante que ha introducido el Parlamento en la primera lectura de la propuesta legislativa se refiere a los documentos que el nuevo Reglamento debe abarcar. La propuesta de la Comisión, en los cdos. 5 y 6 y en el art. 3, ap. 1, contiene una enumeración exhaustiva de los documentos incluidos en el ámbito del Reglamento, y excluye de modo expreso a “los documentos redactados por particulares” (cdo. 5). El texto aprobado por el Parlamento pretende ampliar las categorías de documentos públicos cubiertos por él. Por un lado, agrupa en una sola rúbrica en el ap. c) del art. 3, ap. 1, a los documentos con valor probatorio en relación con “el estado civil y las relaciones de parentesco de una persona física” en los que subsume los apartados d) a f) de la propuesta de la Comisión sobre “el matrimonio y la unión registrada”, “la filiación” y la “adopción”. Por otro, incorpora otros documentos que prueben “la firma de una persona física” (ap. b), “los derechos civiles y los derechos de sufragio” (ap. g *bis*), “el estatuto de inmigrante” (ap. g *ter*), “los títulos y expedientes escolares y de educación complementaria” (ap. g *quater*), “el estatuto de salud, incluida cualquier discapacidad reconocida oficialmente” (ap. g *quinqües*), “el permiso para conducir o dirigir vehículos terrestres, aéreos o marítimos” (ap. g *sexies*), “la forma jurídica y la representación de otras personas jurídicas” (ap. j *bis*), “la situación y las obligaciones tributarias de una persona física o jurídica” (ap. j *ter*), “la situación tributaria y aduanera de los bienes” (ap. j *quater*), y “los derechos de seguridad social de todo tipo” (ap. j *quinqües*).

El cdo. 6 excluye de modo expreso “los documentos que contengan un acuerdo entre dos o más partes”, lo que puede llevar a prescindir de gran parte de los documentos notariales, que suelen referirse precisamente a acuerdos entre particulares. Ahora bien, mientras que el art. 3–2 de la propuesta de la Comisión limitaba el concepto de autoridad a “la autoridad pública de un Estado o la entidad autorizada para ejercer funciones públicas en virtud de una decisión o acto administrativo”, el texto adoptado por el Parlamento amplía ese concepto a “los órganos jurisdiccionales o los notarios que expiden los documentos públicos a que se refiere el ap. 1, o una autoridad de la Unión”. En todo caso, la mayor parte de los documentos notariales, los que se refieren a acuerdos entre partes, siguen quedando fuera del ámbito del Reglamento.

Con respecto a la presentación de copias, el texto del Parlamento es más estricto que la propuesta original de la Comisión. El texto propuesto establecía que “cuando un documento público original expedido por las autoridades de un Estado miembro se presente junto con su copia, las autoridades de los Estados miembros deberán aceptar esa copia sin ningún tipo de certificación”. El texto del Parlamento faculta, en cambio, a la autoridad pública a exigir la presentación del documento original cuando “albergue dudas razonables sobre la autenticidad de una copia no certificada que se le presente”, e incluso, cuando no existan tales “dudas razonables”, cuando se pretenda la inscripción de un hecho o de un negocio jurídico en un registro público” (art. 5, ap. 2). Con carácter más general, el art. 7, ap. 1, faculta a las autoridades del Estado miembro en el que se presente un documento a solicitar información a las autoridades competentes del Estado miembro en el que se haya expedido.

El Parlamento ha aprobado las propuestas de la Comisión dirigidas a sustituir los documentos originales nacionales por “documentos estándar multilingües”, insistiendo en sus enmiendas en la necesidad de cumplir con los requisitos formales dirigidos a garantizar su autenticidad.

III. El mantenimiento de las normas nacionales vigentes

La propuesta de Reglamento sobre la “aceptación de documentos público”, como se puede apreciar por lo que hemos expuesto, no pretende conseguir una armonización plena de las normas vigentes en los Estados miembros sobre reconocimiento de documentos públicos y actas auténticas, y ni tan siquiera de los compromisos internacionales aceptados por los Estados miembros en este ámbito.

Así lo reconoce la Comisión, en el ap. 1.3.2 de la Exposición de motivos de la Comunicación que acompaña a la propuesta de Reglamento, con relación a los “efectos jurídicos” del texto normativo:

“Es importante subrayar que la propuesta no aborda la cuestión del reconocimiento de los efectos de los documentos públicos entre Estados miembros, ni introduce la plena armonización de todos los documentos públicos en los Estados miembros ni de los supuestos en los que los ciudadanos y las empresas de la UE precisan esos documentos en situaciones transfronterizas”.

La Comisión explica en ese mismo apartado que “los impresos estándar multilingües de la Unión introducidos por la presente propuesta no surtirán efectos legales en cuanto al reconocimiento de su contenido en los Estados miembros donde se presenten”, ya que “su existencia no prejuzga el uso de los documentos públicos equivalentes extendidos por las autoridades del Estado miembro expedidor”. “Cuando se utilicen – añade la Comisión – tendrán el mismo valor probatorio formal en cuanto a su autenticidad que los documentos nacionales equivalentes” ya que “su finalidad primordial será reducir los requisitos restantes de traducción a cargo de los ciudadanos y las empresas de la Unión”.

La base jurídica en la que se apoya la Comisión para su propuesta de Reglamento está constituida por los arts. 21, ap. 2, y 114, ap. 1 TFUE). El art. 21, ap. 2, se refiere a la adopción de medidas destinadas a facilitar “el derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”. El art. 114, ap. 1, trata de “la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”. Ni uno ni otro artículo se refieren a los ámbitos de competencia exclusiva que recoge el art. 3 TFUE. Por el contrario, el art. 4 TFUE incluye entre las competencias compartidas con los Estados miembros tanto “el mercado interior” (ap. 2– a), como “el espacio de libertad, seguridad y justicia” (ap. 2–j). De conformidad con el art. 5 TUE, el ejercicio por las instituciones de la Unión de competencias en estos ámbitos está sometido a la doble restricción de la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. El Parlamento Europeo incorpora en sus enmiendas referencias a los aps. 2 y 3 del art. 294 TFUE sobre el mecanismo de codecisión legislativa, pero sin descartar las bases jurídicas propuestas por la Comisión. Advierte, sin embargo, que el Senado rumano sostiene que el proyecto de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad.

Las objeciones del Senado rumano a la propuesta de Reglamento fueron formuladas en el contexto del procedimiento del control de subsidiariedad por los parlamentos nacionales previsto en el art. 6 del Protocolo nº 2 anejo a los Tratados de Lisboa sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, en la forma prevista de “dictamen motivado”²⁵. El Senado rumano

²⁵ Comunicación a los miembros de la Comisión de Asuntos jurídicos del Parlamento Europeo de 27 junio 2013, CM/941806ES.doc, PE514.772V01–00. Con respecto al aspecto, importante para España, del control de subsidiariedad por parte de los parlamentos regionales con competencias legislativas *cf.* nuestro trabajo, “La participación de las comunidades autónomas en el desarrollo del Derecho de la

consideró que la propuesta respetaba los principios de proporcionalidad, pero no los de subsidiariedad. La razón de la oposición del Senado rumano es doble. En primer lugar, objeta a la disposición del art. 3, punto 1, letra), que incluye entre los documentos oficiales que deben ser reconocidos por otros Estados miembros los referentes a las uniones registradas, que no son reconocidas por el Derecho civil rumano. Recordemos que entre las organizaciones interesadas que fueron consultadas por la Comisión para completar y actualizar las contribuciones a la primera parte del Libro Verde sobre libre circulación de documentos públicos se encontraban la Asociación Internacional de Gays, Lesbianas, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales (ILGA), así como la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC)²⁶ El Senado rumano se refiere a este respecto al ap. 3 del art. 85 TFUE, que prevé un procedimiento legislativo especial para la adopción de medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza, con respecto a las cuales cada Parlamento nacional puede impedir su adopción si da a conocer su oposición en el plazo de seis meses contado desde la propuesta de la Comisión.

La segunda objeción del Senado rumano se refiere a la obligación de aceptar documentos públicos sin certificación cuando lleguen a las autoridades del Estado receptor acompañando a un documento público original expedido por autoridades de otros Estados miembros (art. 5, ap. 2) y, en particular, a lo dispuesto en el art. 6, ap.1, en virtud del cual “las autoridades aceptarán las traducciones no juradas de los documentos públicos expedidos por las autoridades de otros Estados miembros”. Para el Senado rumano, esta disposición podría crear una importante contradicción con su legislación nacional en cuanto al reconocimiento de los documentos expedidos por las autoridades de otros Estados miembros, incluso si son miembros de la UE. Sobre todo, los senadores rumanos manifestaban su preocupación por que “si personas implicadas en determinadas actividades delictivas utilizaran con mala fe las facilidades que se quiere establecer con esta última disposición en apoyo de los nacionales, se producirían determinados efectos negativos, totalmente contradictorios con la finalidad para la que se prevén dichas facilidades”.

Las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo tratan de acomodar el texto legislativo a las objeciones del Senado rumano. En primer lugar, en sus enmiendas 2 al cdo. 5, 6 al cdo. 16, 9 al art. 1, párr. 2, 11 al art. 3, punto 1, y 26 al art. 11, desaparece toda referencia a las uniones registradas, mencionando en

Unión Europea”, en J. Cardona Lloréns y otros (eds.), *Estudios de Derecho internacional y Derecho europeo en homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 1645–1669.

²⁶ Exposición de motivos, cit., punto 2.

su lugar categorías más generales como “el estatuto jurídico de las personas físicas” o “el estado civil y las relaciones de parentesco de una persona física”.

Con respecto a la aceptación de copias no certificadas y traducciones no juradas de documentos, también introduce el Parlamento enmiendas dirigidas a atender las objeciones rumanas. Así, la enm. 17 modifica el ap. 1 del art. 5 de la propuesta de la Comisión que prohíbe a las autoridades exigir la presentación paralela del documento público original y de su copia certificada expedidos por las autoridades de otro Estado, y la enm. 17 modifica el ap. 2 de ese mismo artículo, que obligaba a las autoridades de los Estados miembros a aceptar las copias sin certificación cuando el documento público original se presente junto con su copia. En su lugar, el texto del art. 5 enmendado por el Parlamento prevé la aceptación, en principio, de copias no certificadas, pero facultando a las autoridades del Estado receptor a exigir la presentación del original o de una copia certificada de ese documento cuando alberguen dudas sobre la autenticidad de la copia no certificada. Además, aunque las autoridades del Estado receptor no alberguen dudas razonables respecto a la autenticidad de la copia, podrán también exigir la presentación del original de una copia certificada cuando la copia no certificada sea presentada con vistas a la inscripción de un hecho o de un negocio jurídico en un registro público respecto de cuya exactitud exista una responsabilidad financiera pública.

En relación con las traducciones no juradas, el Parlamento, aunque mantiene el principio general de su aceptación, introduce determinadas precauciones. Así, con respecto a determinados documentos públicos relativos a la propiedad inmobiliaria, la personalidad jurídica y la representación de una sociedad o empresa, así como a la forma jurídica y la representación de otras personas jurídicas, que no sean impresos estándar multilingües, las autoridades del Estado receptor pueden exigir que se presenten acompañados de una traducción jurada (enm. 18 al art. 6). Cuando existan dudas razonables sobre la calidad de la traducción, podrán encargar una traducción jurada u oficial de ese documento, y cuando existan diferencias considerables entre la traducción presentada en primer lugar y la encargada, por ejemplo, porque la traducción sea incompleta o errónea, podrían exigir el reembolso de los costes de traducción a la persona que hubiera presentado la primera traducción.

La Comisión tenía que ser consciente desde un primer momento de las dificultades que podía plantear su propuesta desde el punto de vista de la subsidiariedad. Esta preocupación se aborda directamente en el ap. 3.3.1 de la Exposición de motivos en una cláusula de estilo sobre el principio de subsidiariedad, en la que se afirma que la propuesta se ajusta a este principio, al sostener que los problemas que aborda “tienen una dimensión claramente transfronteriza y no pueden, por su naturaleza, abordarse adecuadamente al nivel de los Estados miem-

bros”. Respondiendo de modo más sustancial a esta preocupación por respetar la subsidiariedad, el cdo. 6 de la propuesta de Reglamento afirma que “el objetivo del presente Reglamento no es modificar el Derecho sustantivo de los Estados miembros en materia de nacimiento, defunción, nombre, matrimonio, unión registrada, filiación, adopción, residencia, ciudadanía, nacionalidad, propiedad inmobiliaria, personalidad jurídica y representación de las sociedades o empresas, derecho de propiedad intelectual o ausencia de antecedentes penales”, es decir, en todos los ámbitos en los que el art. 3, ap. 1, pretende imponer el carácter probatorio formal de los documentos públicos. La enm. 3 del Parlamento al cdo. 6 formula este principio de forma más general, declarando que “el presente Reglamento no modifica el Derecho sustantivo de los Estados miembros relativo a diversos hechos jurídicos ni al estatuto de las personas físicas o jurídicas”.

En la mencionada Exposición de motivos, la Comisión aborda también la cuestión del respeto del principio de proporcionalidad, sosteniendo que la propuesta se ajusta a él “en la medida en que se limita a lo estrictamente necesario para alcanzar sus objetivos”. Haciendo de la necesidad virtud, la Comisión insiste en que “no pretende armonizar los documentos públicos de los Estados miembros ni las normas por las que se rige su circulación dentro de la UE”, ya que “la propuesta se centra exclusivamente en la supresión o la simplificación de los trámites administrativos definidos, con las disposiciones complementarias necesarias para permitir la comprobación de los documentos en caso de duda razonable” (punto 3.3.2). En este sentido, los documentos estándar multilingües que introduce la propuesta de Reglamento “no surtirán efectos legales en cuanto al reconocimiento de su contenido en los Estados miembros donde se presenten” y “su existencia no prejuzga el uso de los documentos públicos equivalentes extendidos por las autoridades del Estado miembro expedidor” (punto 1.3.2. de la Exposición y motivos y cdo. 17 y art. 14, aps. 1 y 2 de la propuesta de Reglamento). Sin embargo, “cuando se utilicen, tendrán el mismo valor probatorio formal en su autenticidad que los documentos nacionales equivalentes”, ya que “su finalidad primordial será reducir los requisitos restantes de traducción a cargo de los ciudadanos y las empresas de la Unión” (punto 1.3.2 de la Exposición de motivos y cdo. 17 y art. 15, ap.1 de la propuesta de Reglamento). Aunque “el uso de impresos estándar multilingüe no será obligatorio y se entenderá sin perjuicio del uso de los documentos públicos equivalentes expedidos por las autoridades del Estado miembro expedidor, o de otros documentos o medios de prueba públicos” (cdo. 17 y art. 15, ap. 4), “los impresos estándar multilingües de la Unión serán aceptados por las autoridades de los Estados miembros donde se presenten sin legalización o trámite similar” (art. 15, ap. 3). En definitiva, queda en manos de “los ciudadanos” y de “las sociedades o empresas de la Unión” “la

facultad de decidir, en cada caso concreto, si utilizan estos impresos o los documentos nacionales equivalentes” (cdo. 17).

Ahora bien, ante la coexistencia de “legislaciones nacionales muy diferentes entre sí”, de “un Derecho de la UE fragmentado, que sólo aborda limitados aspectos de las cuestiones planteadas” y de “diversos convenios internacionales multilaterales o bilaterales, ratificados por un número variado y limitado de países, que resultan inadecuados a la hora de ofrecer las soluciones necesarias para la libre circulación de los ciudadanos europeos”, la Comisión saca la conclusión de que hay que poner fin al actual régimen de legalización y apostilla y sustituirlo por uno más flexible dentro de la UE, basado en la confianza mutua y en la cooperación entre las administraciones nacionales (Exposición de motivos, ap. 1.2). En especial, los convenios y acuerdos internacionales vigentes sobre “autenticación de documentos públicos entre Estados miembros”, que “preceden en el tiempo al establecimiento de la cooperación administrativa y judicial” establecen requisitos que “pueden resultar engorrosos para los ciudadanos y sociedades o empresas y no aportan soluciones satisfactorias para facilitar la aceptación de los documentos públicos entre Estados miembros” (cdo. 4 de la propuesta de Reglamento). Por ello, uno de los objetivos del nuevo Reglamento debe ser obtener su primacía sobre “los convenios bilaterales o multilaterales de los que los Estados miembros sean parte y que se refieran a cuestiones en él contempladas” (cdo. 21).

IV. Aceptación, reconocimiento, verificación de la autenticidad y autenticación

El texto de la propuesta de Reglamento es muy impreciso en la denominación de los actos que pretende cubrir. Su título se refiere sólo a la “aceptación” de documentos. De forma más concreta, se trata, como el nombre de la propuesta indica, de simplificar “la aceptación de determinados documentos públicos en la UE”, con una finalidad precisa: la de facilitar “la libertad de circulación de los ciudadanos y de las empresas”. En algún documento previo, como el “Libro Verde” antes mencionado²⁷ se hablaba de “promover la libre circulación de los documentos públicos”, de forma paralela al reconocimiento de las libertades de los Tratados de la UE para el libre movimiento de mercancías, personas, capitales y prestación de servicios. Pero ese paralelismo carece de sentido con respecto a los documentos públicos, ya que éstos son sólo la expresión o la prueba de la existencia de ciertos hechos, derechos o situaciones jurídicas. La simplificación de los procedimientos de aceptación de documentos está vinculada a esas libertades fundamentales y sólo se justifica en la medida en la que contribuya a ella.

²⁷ Vid. *supra*, nota 6.

Esto se hace en dos ámbitos distintos, como bien indica el propio título de la propuesta: la libre circulación de los ciudadanos y la de las empresas. Así como la libre circulación de personas físicas en el ámbito de las libertades de movimiento, residencia y trabajo está bien definida en los Tratados, la libre circulación de las empresas es más compleja, ya que cubre un área muy amplia, que puede incluir la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios e incluso las facilidades para la libre circulación de capitales y la realización de pagos transfronterizos. En todo caso, la aceptación de documentos públicos se inscribe en el marco del derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, lo que obliga a la Unión a adoptar las medidas necesarias para facilitar el ejercicio de ese derecho y justifica la invocación del art. 21, ap. 2, TFUE. Es decir, la base jurídica de la propuesta de Reglamento está en el Título IV de la Tercera Parte TFUE, relativo a la “libre circulación de personas, servicios y capitales”, y no en el Título V sobre el “espacio de libertad, seguridad y justicia”. Recordemos que “la notificación y el traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales” está prevista en el art. 81 TFUE, dentro del Título V.

Hay una cierta anarquía en la identificación de las bases jurídicas de las propuestas legislativas en este ámbito. Así, la propuesta de Reglamento relativa a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior se refiere exclusivamente al art. 114 TFUE, relativo a las “medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”, que la Comisión presenta como base complementaria del art. 21 TFUE en su propuesta sobre la aceptación de documentos públicos. El Parlamento ha introducido como enmienda a la propuesta sobre la aceptación de documentos el art. 294 TFUE sobre el procedimiento legislativo ordinario. En cambio, el Reglamento 1393/2007 relativo a la notificación y el traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil²⁸ se basa en los arts. 61, letra c) y 67, ap. 5, 2º guión, del antiguo TCE, cuyo equivalente en el nuevo TFUE es el art. 81, incluido en el Tít. V sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia. En todo caso, este Reglamento no se refiere a la “aceptación” ni al “reconocimiento” de documentos, y, mucho menos a una “autenticación” o “verificación de su veracidad”, pues sólo tiene por finalidad “mejorar y acelerar la transmisión entre los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil a efectos de su notificación o traslado” (cdo. 2). Esta finalidad de conseguir la transmisión rápida permite utilizar “cualquier medio que sea adecuado”. Sólo se exige que “se respeten determinadas condi-

²⁸ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 noviembre 2007, DO L 324, pp. 79–120.

ciones en cuanto a la legibilidad y la fidelidad del documento recibido” (cdo. 7 y art. 4), de modo que “la posibilidad de rechazar la notificación o el traslado de los documentos se limita a situaciones excepcionales” (cdo. 10).

Estas dificultades sobre la base jurídica son la expresión, a su vez, de cierta confusión sobre la naturaleza de los actos a los que se refiere el reconocimiento de documentos públicos extranjero y los efectos de tal reconocimiento.

V. El concepto de documento público en el Derecho de la Unión Europea

Una característica del Derecho de la UE es el desarrollo de conceptos autónomos que, aunque tengan equivalentes en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, adquieren naturaleza propia y reciben un tratamiento diferenciado en el ordenamiento supranacional. En la sentencia *Roda Golf*, el Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, “TJ”) sostuvo que “el concepto de ‘documento extrajudicial’ en el sentido del Reglamento nº 1348/2000²⁹ es un concepto de Derecho comunitario”³⁰. Ahora bien, aunque el art. 16 del Reglamento 1393/2007, que es el que ha sustituido al anteriormente vigente Reglamento 1348/2000, autoriza la transmisión de documentos extrajudiciales “a efectos de notificación o traslado en otro Estado miembro”, no encontramos en ese Reglamento una definición del concepto de “documento extrajudicial”.

Un “Informe explicativo” del Consejo sobre el Convenio de 26 mayo 1997 antes citado³¹ señalaba la dificultad de identificar los documentos extrajudiciales:

“En cuanto a los documentos extrajudiciales, no parece posible definirlos con precisión. Puede considerarse que se trata de documentos redactados por un funcionario ministerial, tales como actas notariales o de agente judicial, o documentos establecidos por una autoridad del Estado miembro, o bien documentos que por su naturaleza e importancia justifican ser tramitados y comunicados a sus destinatarios según un procedimiento civil” (Comentario al art. 1, párr. 1º).

Dámaso Ruiz-Jarabo, Abogado General en el caso *Roda Golf*, se consideró obligado a investigar en sus Conclusiones la naturaleza del documento extrajudicial como “concepto autónomo del Derecho comunitario” y señaló que el “Léxico” elaborado por la Comisión sobre la base de los datos suministrados por los Estados recogía “documentos sumamente variados”, aunque “todos con unos

²⁹ Se trataba del Reglamento 1348/2000 derogado por el Reglamento 1393/2007. *Vid. supra*, nota 23.

³⁰ Ap. 50 STJ 25 junio 2009, as. C-14/08: *Roda Golf and Beach Resort, S.L.*, cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de San Javier, Murcia, *Rec.*, 2009, I-5439-5490.

³¹ DO C 261 de 27.8. 1997, pp. 26-37.

rasgos mínimos comunes”³². Para identificar este tipo de documentos se refirió a tres rasgos centrales:

- 1) Que se trate de “documentos intervenidos por una autoridad pública o por un acto público, en concreto, una ‘autoridad pública’ ajena a los órganos jurisdiccionales del Estado emisor, en el ejercicio de funciones públicas”.
- 2) Que los documentos surtan “efectos jurídicos específicos y diferenciados por el hecho de someterse a una formalidad.
- 3) “El documento extrajudicial en liza tiene que sustentar una pretensión en un eventual proceso judicial”.

Las consideraciones de Ruiz-Jarabo en el asunto *Roda Golf* habían seguido los puntos de vista ya expuestos por otro Abogado General del mismo TJ, el eminente profesor italiano de Derecho constitucional Antonio La Pergola, en el asunto *Unibank*³³. En el punto 8 de sus Conclusiones en este asunto, La Pergola había sostenido que “sólo es un documento público aquel que ha sido perfeccionado con la intervención de la autoridad pública, encargada precisamente de autenticar el documento, en el sentido de conferirle las características de certeza y autenticidad, no sólo con respecto a sus elementos extrínsecos, como, por ejemplo, la fecha o la firma, sino también con respecto a aquellos elementos relativos al contenido del propio documento”.

Aunque el TJ aceptó el carácter autónomo del concepto de documento extrajudicial, no entró en las disquisiciones de los Abogados Generales sobre la naturaleza del mismo, limitándose a afirmar que el hecho de que el documento en cuestión se hubiera otorgado ante notario hacía que constituyera como tal “un documento extrajudicial en el sentido del art. 16 Reglamento 1348/2000”³⁴.

La propuesta de Reglamento sobre la “aceptación de determinados documentos públicos” establece tres requisitos para la aceptación de estos documentos:

- 1) Que sean “extendidos por las autoridades de los Estados miembros”.
- 2) Que tengan “valor probatorio formal”.
- 3) Que estén en relación con una serie de actos o situaciones jurídicas que se enumeran de modo específico, como antes señalamos: nacimiento, defunción, nombre, matrimonio y uniones registradas, filiación, adopción, residencia, ciudadanía y nacionalidad, propiedad inmobiliaria, personalidad jurídica y repre-

³² Conclusiones de 5 marzo 2009, *Rec.*, 2009. I-5439 ss, punto 89, en p. 5469., p. 3715.

³³ As. C-260/97, *Rec.* 1999, pp. 3715 ss.

³⁴ Ap. 58, p. 5488. Sobre la sentencia *Roda Golf*, *vid.* comentario de J.J. Forner, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2010, pp. 282 ss.

sentación de una sociedad o empresa, derechos de propiedad intelectual o ausencia de antecedentes penales.

Como se ha señalado con anterioridad, las enmiendas introducidas por el Parlamento son importantes. El Parlamento mantiene el segundo requisito, el de que se trate de documentos que tengan “valor probatorio formal” pero amplía los documentos “determinados” por dos vías. En primer lugar, se incluyen los supuestos en los que se concede valor probatorio a los documentos: identidad, firma, estado civil y relaciones de parentesco de una persona física; derechos civiles y derechos de sufragio; estatuto de inmigrante; títulos y expedientes escolares y de educación complementaria; el estatuto de salud, incluida cualquier discapacidad reconocida oficialmente; el permiso para conducir o dirigir vehículos terrestres, aéreos o marítimos; la forma jurídica y la representación de otras personas jurídicas que no sean las sociedades o empresas a las que se refiere la propuesta de la Comisión; la situación y las obligaciones tributarias de una persona física o jurídica; la situación tributaria y aduanera de los bienes; los derechos de seguridad social de todo tipo (enm. 11 al art. 3.1).

La segunda vía por la que las enmiendas del Parlamento amplían los documentos que deberán ser aceptados por los Estados “con dispensa de la legalización o trámite similar y la simplificación de otros trámites” se hace mediante la ampliación de los supuestos cubiertos por los estándares multilingües previstos en el art. 11 de la propuesta de Reglamento. La propuesta de la Comisión incluye sólo cinco estándares multilingües relativos a nacimientos, defunciones, matrimonios, uniones registradas y personalidad jurídica y representación de sociedades o empresas. El Parlamento amplió la lista con doce nuevos supuestos (enms. 37 a 49): el nombre, la filiación, la adopción, el estatuto de soltería, el divorcio, la disolución de uniones registradas, la ciudadanía de la Unión y la nacionalidad, la ausencia de antecedentes penales, la residencia, los certificados de estudios y las discapacidades. Aparte de la incongruencia de incluir un formulario sobre las uniones registradas que el mismo Parlamento pretende suprimir del texto del Reglamento, las enmiendas del Parlamento desvirtúan el espíritu de la propuesta de Reglamento al ampliar el empleo de estos instrumentos a supuestos que requieren un análisis jurídico detenido, poco apropiados para simples documentos administrativos como la determinación de la filiación, la adopción, la nacionalidad, la residencia o las incapacidades. Parece difícil que los Estados miembros puedan aprobar esta ampliación de supuestos.

La propuesta de la Comisión excluye del procedimiento de aceptación los documentos expedidos por las autoridades de terceros países (cdos. 5 y art. 2, ap.2), así como , “debido a su naturaleza jurídica, los documentos redactados por

particulares” (cdo. 5). El Parlamento no establece ningún correctivo a estas limitaciones de la propuesta de la Comisión.

VI. Efectos de la aceptación de documentos

Al ser objetivo fundamental de la propuesta de Reglamento eliminar la legalización, la apostilla y cualquier otro trámite que dificulte la aceptación de documentos, no se detiene a explicitar los efectos de los documentos aceptados sin tales trámites. En consecuencia, la eliminación de los requisitos de forma no garantiza a estos “documentos públicos” el reconocimiento de efectos legales en el Estado receptor. En ausencia de convenios internacionales y de textos de Derecho comunitario que prevean tales efectos jurídicos, los diferentes ordenamientos nacionales quedan en libertad para reconocer a los documentos aceptados el valor jurídico que consideren pertinente admitir. Esto nos obliga a volver a considerar el significado de la “aceptación”.

La “aceptación” de un documento público emitido por las autoridades de un Estado miembro de la UE no cambia la naturaleza del documento original. Un certificado o contrato otorgado ante un notario inglés no se transforma en virtud de su aceptación por las autoridades españolas en un documento público o escritura notarial española, por lo que no puede surtir en España los efectos del documento español correspondiente. Es cierto que el Derecho español reconoce desde hace tiempo la validez en España de los documentos otorgados por autoridades públicas extranjeras³⁵, pero ese documento no podría producir en España los efectos del documento público español para obtener, por ejemplo, su inscripción en un registro público. Es cierto que una sentencia del Tribunal Supremo español de 2012 reconoció eficacia a un acta notarial alemana para su inscripción registral en España³⁶. Aunque nos estamos moviendo en este caso en el ámbito del documento público del sistema latino-germánico, ni siquiera este precedente jurisprudencial limitado está suficientemente consolidado y la doctrina española se sigue planteando dudas sobre la corrección de la asimilación que nuestro Tribunal Supremo ha hecho en este caso de la “*Auflassung*” o “transmi-

³⁵ Cf. L.J. Arrieta Sevilla, “La inscribibilidad de escrituras públicas extranjeras a la luz de la primera doctrina hipotecaria”, en M.Font i Mas (ed.), *op. cit.*, *El documento público...*, pp. 399–429.

³⁶ Se trata de la STS 1ª n° 998, de 19 junio 2012, RJ/2012/8008, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 749–754. En torno a esta sentencia se ha abierto una amplia discusión doctrinal. *Vid.*, entre otros: R. Arenas García: “Documentos extranjeros. Nota a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Santa Cruz de Tenerife”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVIII, 2006, n° 1, pp. 484–488, y “Documentos extranjeros. Nota a la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 22 noviembre 2006”, *ibíd.*, vol., LVIII, 2006, n° 2, pp. 989–993; P. Blanco-Morales Limones, “Del cándido europeísmo al turismo documental: reflexiones a propósito de la inscripción en el registro de la propiedad de una escritura autorizada por notario alemán”, *Diario La Ley*, n° 7940, 9 octubre 2012.

sión abstracta” del Derecho alemán con la “*traditio ficta*” española, que reviste una concreción que no se da en el Derecho germánico. Hay que tener en cuenta, además, que las escrituras notariales españolas siguen sin ser aceptadas para la inscripción de bienes inmuebles en Alemania a pesar de la buena disposición de los jueces españoles a reconocer validez al acta notarial alemana. Aunque en el ámbito del Derecho europeo no cabe entrar en consideraciones sobre la reciprocidad en el reconocimiento de la validez de negocios jurídicos de Derecho privado, es posible que los magistrados españoles cambien eventualmente de opinión si siguen los mismos razonamientos empleados por los juristas alemanes para no aceptar las escrituras de los notarios españoles a pesar de permanecer ambos dentro de la misma tradición jurídica.

La multiplicación de documentos que introducen las enmiendas del Parlamento obligaría, en el caso de que fueran aprobadas por el Consejo, a someter a revisión escrupulosa a los documentos “aceptados” de autoridades extranjeras. Hay que recordar que en un caso tan sencillo como el nombre de la persona física, existe una jurisprudencia bien desarrollada del TJ, que ha impuesto, entre otras cosas la obligación a las autoridades de otros Estados miembros de aplicar las disposiciones del Derecho español sobre transmisión de los apellidos a los hijos para la inscripción de esos nombres en el Registro civil de otro país de la Unión³⁷. Otros supuestos pueden ser de más difícil aceptación, como el reconocimiento de la filiación tras una gestación sustitutoria.

VII. Los obstáculos al reconocimiento de documentos públicos extranjeros como forma de protección contra el fraude

Se ha dicho que el Derecho inglés es el sistema jurídico actual que más se asemeja al Derecho romano clásico. Una de las características comunes a ambos ordenamientos jurídicos es la preferencia por la inmediatez, la prueba testifical y la amplitud de las facultades de los jueces, frente al Derecho continental europeo, que aspira a conseguir un máximo de seguridad jurídica dando preferencia a los requisitos formales y a la prueba documental. En el momento actual, cuando la cultura anglosajona se impone en el mundo en todos los sectores, desde la gestión económica y los negocios hasta la creación científica y artística y en el mundo de los valores, se ha convertido en normal la pretensión de incorporar en los ordenamientos europeos continentales los conceptos e instrumentos jurídicos anglosajones, caracterizados por su mayor flexibilidad, aún a costa de la seguridad jurídica. Esa flexibilidad tiene sus límites, sin embargo, en las exigencias de

³⁷ Cf., v.gr., las sentencias *García Avelló*, C-148/02, *Rec.*, 2003, p. 539; *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, *Rec.*, 2010, p.806, y *Grunkin-Paul*, C-353/06, *Rec.*, 2008, p. 7639.

la seguridad jurídica, que son muy importantes para los sistemas jurídicos europeo–continentales. Baste recordar el grave quebranto que ha supuesto para miles de ahorradores españoles la introducción en nuestras prácticas bancarias de nuevos instrumentos crediticios financieros como las participaciones preferentes, desconocidos anteriormente por los ciudadanos ordinarios. Imaginemos lo que supondría que un número importante de ciudadanos españoles se vieran privados de su propia vivienda, que suele ser el ahorro residual en este país, a consecuencia de la eventual aceptación por los registradores de la propiedad españoles de un título extranjero de “*conveyance*” autorizado por un notario inglés con el mismo valor que la legislación hipotecaria española atribuye a nuestras escrituras notariales. Recordemos al respecto las observaciones de Pedro Carrión sobre la función notarial en ambos países: “no debemos fijarnos en el nombre que se les da (‘el hábito no hace al monje’), sino en el proceso de gestación de los mismos... la función no es la misma, el control de legalidad y los efectos que legalmente se le atribuyen por ello a un documento y a otro no son los mismos. No cabe, pues, hablar de documentos equivalentes, sino que se ha de comparar entre funciones, y, desde luego, no es la misma la que practica un notario de corte latino–germánico que la de un notario anglosajón”³⁸. El sistema latino–germánico, basado en la Ley de 25 de Ventoso del año XI del calendario republicano francés, atribuye al notario facultades para certificar el carácter auténtico de los actos y negocios jurídicos en los que interviene y para otras tareas en el ámbito de la tutela jurídica preventiva, para los que no están legitimados, por el contrario, los notarios del *common law*³⁹.

La flexibilidad puede resultar necesaria para atender las necesidades prácticas de los ciudadanos en ámbitos concretos como la protección social o los derechos de los inmigrantes. En general, en todo el ámbito del estatuto personal se impone la necesidad de reconocer situaciones humanas que pueden resultar insolubles si nos atenemos estrictamente al texto de la ley⁴⁰. Esto fue lo que hijo el TJ de la UE en el caso *Dafeki*, que impuso a las autoridades alemanas el reconocimiento de la validez de documentos expedidos por las autoridades griegas, a pesar de que éstos ofrecían graves deficiencias de forma, al objeto de facilitar la regularización de la pensión de jubilación de un trabajador griego en Alemania. El TJ

³⁸ “Los documentos notariales en los nuevos reglamentos europeos: el Reglamento de sucesiones y la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y la de efectos económicos de las parejas registradas”, en M. Font i Mas (ed.), *op. cit.*, pp. 183–234, en pp. 188–189. En el mismo sentido, B. Pasa, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Nápoles, Jovene, 2008, pp. 158 ss.

³⁹ Cf. P. Blanco–Morales Limones, “Comentario a la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 junio 2012”, *Diario La Ley*, Sección Tribunal, Año XXXIV, nº 8/20, 11 febrero 2013, pp. 158 ss.

⁴⁰ *Vid.* a este respecto el concienzudo trabajo de M. Guzmán Zapater, “La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea”, en M. Font i Mas (ed.), *op. cit.*, pp. 85–122.

sostuvo en dicho caso que “las autoridades administrativas y judiciales de un Estado miembro están obligadas a respetar los certificados y documentos análogos relativos al estado civil al menos que existan indicios concretos... que hagan dudar seriamente de su exactitud”⁴¹.

Ahora bien, incluso en un ámbito en el que la consideración de factores humanos es tan importante, el reconocimiento de documentos públicos extranjeros no ha sido reconocido con carácter universal por el TJ. En un asunto todavía pendiente en el momento en el que redactamos estas líneas, el Abogado General Maciej Szpunar resume el estado de la doctrina jurisdiccional europea al respecto⁴². Aunque parte del principio de que el reconocimiento de documentos administrativos en el ámbito de la seguridad social está enmarcado en el deber de cooperación leal consagrado por el art. 4, ap. 3, párr.1º, TUE, que obliga a reconocer la validez de los certificados de otros Estados en materia de seguridad social, las autoridades del Estado receptor pueden verificar el contenido de los certificados. De modo más preciso, el Abogado General estima que, mientras las autoridades del Estado de acogida deben aceptar la validez de los documentos administrativos del Estado de origen, las autoridades del Estado de acogida pueden controlar la validez de tales documentos en relación con acontecimientos sobrevenidos o períodos cumplidos bajo la legislación del Estado de origen. Se refiere para ello a la sentencia *Adanez Vega* que estableció que un certificado expedido por la institución competente española sobre períodos de aseguramiento o empleo no constituía una prueba irrefutable para la institución competente alemana, que podía verificar libremente el contenido del certificado⁴³.

Una situación muy diferente es la que se da en el ámbito de la protección de los derechos reales y de los créditos hipotecarios. En este ámbito, la presencia de funcionarios como los notarios y registradores, que ejercen una actividad profesional de carácter privado pero estrictamente regulada por el Estado⁴⁴, proporciona a los ciudadanos unas garantías con las que no pueden contar los residentes en países de *common law*. Esto explica la exclusión de este tipo de actividades del ámbito de la Directiva de la UE sobre libre prestación de servicios⁴⁵.

⁴¹ STJ 2 diciembre 1997, as. C-336/94, *Rec.*, 1997, p. 579, ap. 19.

⁴² Conclusiones de 4 marzo 2014 en el as. C-114/13: *Theodora Hendrika Bouman c. Rijksdienst voor Pensioen*, aún no publicadas en el *Rec.*, aps. 27-35.

⁴³ STJ 11 de noviembre 2004, as. C-272/02, *Rec.* 2004, 705; conclusiones del Abogado General F. G. Jacobs, de 25 marzo 2004, *ibid.*, 185. Vid. también la sentencia *FTS*, de 10 febrero 2000, en el as. C-202/97, *Rec.* 2000, 75, y Conclusiones del Abogado General Jacobs, *Rec.* 1999, 33..

⁴⁴ Cf. J.R. Parada Vázquez, *Derecho administrativo. II. Organización y empleo público*, Madrid, 1998, p. 429.

⁴⁵ Dir. 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, art. 2.2-I). Cf. P. Blanco-Morales Limones, “La función notarial desde la perspectiva de la Unión Europea”, en M. Font i Mas (ed.), *op. cit.*, pp. 123-149. También: B. Pasa, “La propuesta de reglamento sobre la libre circulación de los

VIII. Los peligros para la seguridad jurídica que derivan de la ambigüedad terminológica

A lo largo de nuestra exposición hemos venido señalando la ambigüedad terminológica en la que se mueven tanto la propuesta de Reglamento presentada por la Comisión como las enmiendas aprobadas por el Pleno del Parlamento Europeo. La propuesta no distingue con claridad la “aceptación” o “validez formal del documento”, del “reconocimiento”, que se refiere a la validez intrínseca de su contenido. De hecho, establece una presunción de validez del documento “aceptado”, antes de que se entre a valorar si reúne los requisitos formales y sustantivos necesarios para merecer, en efecto, tal reconocimiento de validez⁴⁶. Esto podría llevar a que una vez que un documento notarial inglés sea “aceptado” como válido formalmente, se llegara a la conclusión por una autoridad judicial o extrajudicial española de que el documento también debe ser “reconocido” como válido en cuanto al contenido, lo que podría justificar una “conveyance” o transmisión de propiedad mediante la inscripción en el registro público del documento “aceptado” aunque no cumpla los requisitos que la legislación española impone para ese tipo de transmisiones, incluyendo el acceso al registro de la propiedad. La “aceptación”, “recepción” o “reconocimiento” de un documento público puede plantear, así, problemas muy graves a los sistemas jurídicos latino-germánicos, sobre todo con respecto a los documentos procedentes del mundo anglosajón⁴⁷.

La propuesta de Reglamento presentada por la Comisión introduce salvedades dirigidas a impedir que se produzca tal tipo de distorsiones con la “aceptación” del documento público extranjero. Así, en el punto 3.1.1. de la Exposición de motivos, relativo al objetivo y ámbito de aplicación se afirma que “la propuesta no regula el reconocimiento de los documentos públicos expedidos por las autoridades de los Estados miembros”. El art. 2 de la propuesta de Reglamento, después de establecer en su ap. 1 que éste se aplicaría “a la aceptación de los documentos públicos que han de ser presentados a las autoridades de otro Estado

‘documentos públicos’ en la Unión Europea y el notariado latino”, *ibíd.*, pp. 151–182; L. Prats Albentosa, “El control de legalidad notarial en el Derecho de la Unión”, *Noticias UE*, nº 328, Sección Estudios y notas, mayo 2012, pp. 1–18.

⁴⁶ Cf. B. Pasa, “La propuesta de reglamento sobre libre circulación de los ‘documentos públicos’ de la Unión Europea y el Notariado latino”, en M. Font i Mas (ed.), *op. cit.*, pp. 171–181, en p. 159.

⁴⁷ Cf., entre otros: P. Callé, *L’acte public en droit international privé français*, París, Economica, 2004; *id.*, “Le notaire, les actes notariés et le droit international privé”, *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de P. Courbe*, París, Dalloz, 2012, pp. 75–88; C. Pamboukis, *L’acte public étranger en droit international privé*, París, LGDJ, 1993; *id.*, “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, nº 3.

miembro”, aclara en su ap. 2 que “no se aplica, por el contrario, al reconocimiento del contenido de los documentos públicos expedidos por las autoridades de otros Estados miembros”. Es decir, la “aceptación” no implica “reconocimiento”, lo que debería impedir que los documentos “aceptados” en el Estado receptor produzcan plenos efectos jurídicos en este último.

Ahora bien, el que los documentos “aceptados” no sean “reconocidos” de modo automático, no quiere decir que carezcan de todo efecto jurídico. De lo contrario, el Reglamento carecería de cualquier utilidad o eficacia. El “efecto útil” de todo texto normativo puede acarrear consecuencias prácticas no previstas en la actualidad.

Hay otros términos utilizados en la propuesta de Reglamento que pueden sernos de utilidad para identificar el significado de la aceptación. Así, en el ap. 1.1 de la Exposición de motivos se alude al “compromiso de la Comisión de proponer una legislación que suprima los engorrosos trámites de autenticación de los documentos públicos que las PYMES deben presentar con vistas a su actividad comercial transfronteriza dentro del mercado único” y a “la reducción de los trámites administrativos, la simplificación de los procedimientos de uso y aceptación transfronteriza de los documentos públicos”, así como al establecimiento de “principios horizontales sobre el uso y aceptación de los documentos públicos entre Estados miembros”.

El ap.1.2 de la Exposición de motivos considera que la función común de los documentos públicos que son objeto de la propuesta de Reglamento es “dar fe de los hechos registrados por una autoridad”, al objeto, entre otras cosas, de “obtener acceso a un derecho, recibir un servicio o cumplir con una obligación”. Al tratar de sustituir los “trámites engorrosos” de legalización y traducción jurada, incluso en la forma simplificada de la “apostilla”, el documento aceptado cumple ciertas funciones de autenticación en algunos aspectos como “la veracidad de la firma o la calidad en la que ha actuado el signatario del documento”. La UE está interesada en “consolidar la confianza mutua y promover una cooperación más estrecha entre Estados miembros dentro del mercado único, especialmente con miras a una prevención más eficaz del fraude y la falsificación de documentos públicos”.

El ap. 1.3, relativo al “ámbito de aplicación” nos aclara algo más lo que se propone conseguir la Comisión con esta propuesta de Reglamento. Se refiere a los “documentos públicos expedidos por las autoridades de los Estados miembros con valor probatorio formal” en los ámbito que incluía y a los que ya se ha hecho referencia (nacimientos, defunciones, matrimonios, etc.). El ap. 1.3.2, sobre los “efectos jurídicos” se remite a los objetivos del Libro Verde de la Comisión de 2010 “sobre los trámites administrativos con fines de autenticación de

los documentos públicos entre Estados miembros”, y afirma que “se centra en la determinación de la autenticidad de los documentos”, aunque insiste en que “la propuesta no aborda la cuestión del reconocimiento de los efectos de los documentos públicos entre Estados miembros, ni introduce la plena armonización de todos los documentos públicos existentes en los Estados miembros ni de los supuestos en los que los ciudadanos y las empresas de la UE precisan esos documentos en situaciones transfronterizas”.

La propuesta de Reglamento aclara, además, que los “impresos estándar multilingües de la Unión” que introduce, “no surtirán efectos legales en cuanto al reconocimiento de su contenido en los Estados miembros donde se presenten” y que “su existencia no prejuzga el uso de los documentos públicos equivalentes extendidos por las autoridades del Estado miembro expedidor”. Ahora bien, “cuando se utilicen, tendrán el mismo valor probatorio formal en cuanto a su autenticidad que los documentos nacionales equivalentes”, siendo su finalidad primordial “reducir los requisitos restantes de traducción a cargo de los ciudadanos y las empresas de la Unión” (ap. 1.3.2 de la Exposición de motivos sobre los “efectos jurídicos”, último párrafo).

La propuesta de Reglamento deja fuera de su texto la segunda parte del Libro Verde, relativa al “reconocimiento mutuo de los efectos de los certificados de estado civil”, y justifica tal exclusión porque “la mayoría de los Estados miembros y de los interesados acogieron con gran satisfacción la intención de la Comisión de suprimir los trámites administrativos relativos a la verificación de la autenticidad de los documentos públicos”, aunque insistiendo en “la necesidad de acompañar esa iniciativa de determinadas salvaguardias, como la posibilidad de verificar la autenticidad de los documentos públicos en el marco de una cooperación administrativa reforzada al nivel de la UE para facilitar la transición del sistema actual al nuevo, garantizar la seguridad jurídica y reducir al máximo el fraude” (ap. 2).

Al renunciar a los medios de comprobación de la autenticidad que constituyen la legalización o la apostilla, la propuesta de Reglamento busca otro procedimientos para garantizar la “autenticidad de los documentos públicos que circulan de un Estado miembro a otro” con el sistema de cooperación administrativa basado en el sistema de Información del Mercado Interior⁴⁸.

La propuesta de Reglamento deja, así, entre paréntesis, los efectos de la aceptación, remitiéndose a otras normas jurídicas, como los convenios y acuerdos internacionales entre los Estados o instrumentos jurídicos sectoriales de la UE como el Reglamento de Sucesiones o el relativo a la creación de un Título Eje-

⁴⁸ Establecido por el Reglamento (UE) nº 24/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 octubre 2012, DO L 316 de 14.11. 2012, p. 1.

cutivo europeo para Créditos No Impugnados, a los que ya se ha hecho referencia (cdo. 4 del Preámbulo).

IX. Autenticidad y efectos probatorios de los documentos públicos aceptados

De la lectura de los últimos párrafos anteriores se deduce claramente la intención de la Comisión de soslayar el espinoso problema de la autenticidad y de los efectos probatorios de los documentos públicos aceptados. La aceptación de un documento no supone el reconocimiento de su autenticidad, y la propuesta de Reglamento establece modalidades de cooperación administrativas entre los Estados miembros dirigidas a facilitar la lucha contra el fraude. Ni siquiera a los documentos estándar multilingües que introduce el Reglamento se les dota de la presunción de veracidad.

Ahora bien, esta moderación reglamentaria de la propuesta de la Comisión no impide que los documentos aceptados puedan acabar teniendo eficacia probatoria en los ordenamientos de los Estados miembros distintos del Estado de origen. Como hemos señalado con anterioridad, aunque la propuesta de Reglamento no se refiere a los efectos de los documentos aceptados, tales efectos pueden derivarse de otras normas de Derecho internacional, de normas de Derecho secundario de la UE o incluso de disposiciones internas del ordenamiento nacional del Estado receptor.

El Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil había establecido que “los documentos públicos con fuerza ejecutiva, formalizados en un Estados contratante” fuesen declarados ejecutivos a instancia de parte, en otro Estado contratante siguiendo el procedimiento previsto en el mismo para la ejecución de resoluciones judiciales, con la única excepción de que tal declaración ejecutiva fuese contraria al orden público del Estado requerido (art. 50)⁴⁹. El Reglamento Bruselas I, que transformó en Derecho comunitario derivado las normas del Convenio de Bruselas, mantiene esta exigencia del reconocimiento de título ejecutivo (art. 57)⁵⁰. Sin embargo, la revisión de ese Reglamento en 2012 establece que “los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen gozarán también de la misma en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de fuerza ejecutiva”, sin más excepción que en el supuesto de que tal declaración de fuerza ejecutivo sea “manifiestamente contraria al orden público en el Estado miembro requerido” (art. 57), aunque para ello debe también

⁴⁹ Versión consolidada en DO C 27 26.1.1998, pp. 1–33.

⁵⁰ Reglamento (CE) n° 44/2001, del Consejo, de 22 diciembre 2000, DO L 12 de 16.1. 2001, pp. 1–

ser considerado “auténtico” en el Estado miembro de origen⁵¹. Además, este Reglamento prevé la emisión por la autoridad o el órgano competente del Estado miembro de origen de un certificado según el modelo de un formulario que incluye el Reglamento “con un resumen de la obligación ejecutiva consignada en el documento público (art. 60)

Se sigue, así, el mecanismo establecido en el Reglamento Europeo de Sucesiones sobre el reconocimiento de fuerza ejecutiva a los documentos públicos⁵². El Título V de este Reglamento se refiere en dos artículos, el 59 y el 60, respectivamente, a la “aceptación de documentos públicos” y a la “fuerza ejecutiva de los documentos públicos”.

En primer lugar, el art. 59, ap. 1, párr. 1º, establece el principio general de que “los documentos públicos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen, o el efecto más parecido posible, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido”. Es decir, que, salvo que se

⁵¹ Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, DO L 351 de 30.12.2012, pp. 1–32.

⁵² Reglamento (UE) nº 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, DO L 201 de 27.7. 2012, p. 107. Cf. S. Álvarez González, “La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria”, en M.P. García Rubio, coord., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor, Civitas, 2009, pp. 41 ss; *id.*, “Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos”, *AEDIPr*, XI, 2011, pp. 369–406; I.A. Calvo, “La competencia notarial en el Reglamento nº 650/2012 sobre sucesiones”, *El Notario del Siglo XXI. Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, nº 54, 23 abril 2014; A. Bonomi, P. Wauthélet, I. Pretelli y A. Öztür, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2013; J.M. Fugardo Estivill, *En torno a la propuesta de Reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo*, Barcelona, Bosch, 2010; J.L. Iglesias Buhigues, “Desarrollo del espacio europeo de justicia: Hacia el nuevo Derecho internacional privado de sucesiones en la Unión Europea”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2008, pp. 347 ss; *id.*, “Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria”, *Revista valencia d’Estudis autonòmics*, 54, 2, 2010, pp. 123–144; P. Carrión García de Parada, “Los documentos notariales en los nuevos reglamentos europeos: el Reglamento de sucesiones y la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y la de efectos patrimoniales de las parejas registradas”, en M. Font i Mas (ed.), *op. cit.*, pp.183–234; J.M. Espinar Vicente, “La Ley 20/2011 de Registro Civil y la certificación registral extranjera como título de inscripción”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 485–525; J. Fitchen, “‘Recognition’, Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 8, nº 2, 2012, pp. 323–358; J.M. Fontanellas Morell, “La forma de designación de la ley en la propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII, 2, 2011, pp. 123–144; *id.* “Las donaciones *mortis causae* ante la reglamentación comunitaria de las sucesiones”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 465–484; I. Heredia Cervantes, “*Lex sucessionis* y *lex rei sitae* en el futuro Reglamento de sucesiones”, *ibid.*, pp. 415–4454; J. Hernán Muriel-Ciceri, “Sucesiones internacionales en Europa y Colombia”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 567–580; M. Medina Ortega, “El certificado sucesorio europeo”, *ibid.*, XI, 2011, pp. 907–918; F. Padovini, “Il certificato successorio europeo”, *Europa e diritto privato*, 3, 2013, pp. 729–746; R.S. Paz Lamela, “La exclusión de los trusts del futuro Reglamento “Bruselas/Roma IV”, *ibid.*, pp.447–464.

invoque la excepción de orden público, el documento público en materia sucesoria aceptado en un Estado miembro debería producir en éste los mismos efectos que en el Estado de origen. El art. 60 prevé el procedimiento para que adquieran fuerza ejecutiva esos documentos en otros Estados distintos del Estado miembro de origen, según las disposiciones de los arts. 45 a 58 del mismo Reglamento. Aunque estos artículos prevén el recurso a vías contenciosas para oponerse a la fuerza ejecutiva de esos documentos, el art. 60, ap. 3, insiste en que “el tribunal ante el que se interponga un recurso al amparo de los arts. 50 o 51 sólo desestimaré o revocará la declaración de fuerza ejecutiva cuando ésta sea manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro de ejecución”. Es decir, la excepción de orden público frente a la fuerza ejecutiva de los documentos públicos aceptados tiene que superar el escollo adicional del carácter “manifiesto” de su contrariedad con el orden público del Estado receptor.

Los cdos. 59 a 66 del Reglamento de sucesiones interpretan el sentido del texto aprobado en relación con la eficacia que ha de ser reconocida a los documentos públicos extranjeros en esta materia. Se insiste en ellos en que el objetivo general de este Reglamento “consiste en el reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas en los Estados miembros en materia de sucesiones, con independencia de si tales resoluciones se han dictado en procedimiento contencioso o no contencioso” (cdo. 59). El Reglamento debería garantizar “la aceptación y la fuerza ejecutiva en todos los Estados miembros de los documentos públicos en materia de sucesiones” (cdo. 60), y “el valor probatorio que un determinado documento público tenga en otro Estado miembro depende del Derecho del Estado miembro de origen” (cdo. 61). Los restantes considerandos se refieren al carácter de “concepto autónomo” de la “autenticidad” del documento público, al valor probatorio de los documentos, la autenticidad del documento en cuanto a “los actos o las relaciones jurídicas” consignados en él, y a otros extremos que no podemos detallar aquí.

En todo caso, los aps. j) a l) del art. 1 del Reglamento introducen importantes limitaciones al reconocimiento de documentos públicos en materia de sucesiones, al no ser aceptables para “la creación, administración y disolución de *trusts*”, la determinación de la “naturaleza de los derechos reales” o “cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro”. El cdo. 19 aclara que “debe corresponder al Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro determinar si la inscripción tiene, por ejemplo, efecto declarativo o constitutivo”.

Las limitaciones establecidas al reconocimiento transfronterizo de documentos públicos en el Reglamento de Sucesiones son, así, bastante sustanciales. Esto ha llevado a la creación de una especie de documento de segundo nivel, el “certificado sucesorio europeo”, de carácter probatorio, pero sin los plenos efectos que

reconoce el Reglamento a los documentos públicos. El art. 69 ap. 2 aclara que “se presumirá que el certificado prueba los extremos que han sido acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a extremos concretos de la herencia”. Es decir, se trata de una mera presunción probatoria, pero sin la fuerza ejecutiva que los ordenamientos de régimen latino-germánico atribuyen a los documentos públicos, actas auténticas, escrituras notariales y otros instrumentos similares.

En el mismo sentido que el Reglamento de sucesiones abordan la cuestión del reconocimiento o aceptación de documentos públicos los proyectos de reglamentos en materia de regímenes matrimoniales y de efectos patrimoniales de las parejas registradas⁵³. El paralelismo es tal que en las enmiendas aprobadas por el Parlamento en primera lectura se hace referencia a los artículos equivalentes del Reglamento de Sucesiones, al que podemos considerar, así, como texto matriz o modelo en este ámbito.

Las dificultades para el reconocimiento de efectos ejecutivos a los documentos públicos de carácter extrajudicial ha llevado a las instituciones de la UE a la creación de un Título Ejecutivo Europeo para “Créditos No Impugnados”⁵⁴. La finalidad del Reglamento 805/2004 es “crear un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, que permita, mediante la fijación de normas mínimas, la libre circulación en todos los Estados miembros de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, sin que deba llevarse a cabo ningún procedimiento intermedio en el Estado miembro de ejecución para el reconocimiento y ejecución” (art. 1). Uno de los motivos para considerar que el deudor no ha impugnado un crédito es que lo haya “aceptado expresamente en un documento público con fuerza ejecutiva” (art. 3-1.d). El efecto principal de la certificación de una resolución como título ejecutivo europeo en el “Estado miembro” de origen será su reconocimiento y ejecución “en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración alguna de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento” (art. 5). Al ser tan importantes sus efectos, es lógico que se establezcan una serie de requisitos muy estrictos, como el de que “la resolución sea ejecutiva en el Estado miembro de origen” (art. 6). El documento deberá, además, ir acompañado de un documento multi-

⁵³ Sobre la pase de las propuestas de la Comisión, COM (2011) 126 y COM (2011) 127, el Parlamento Europeo aprobó en primera lectura los proyectos de reglamento con enmiendas sustanciales en su sesión plenaria del 19 septiembre 2013, *Textos aprobados*, P7_TA(2013)338 y 337. Cf., en todo caso, M. Buschbaum y U. Simon, “Les propositions de la Commission européenne relatives à l’harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2011, pp. 801-816.

⁵⁴ Reglamento (CE) 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, DO L 143 de 30.4.2004, pp. 15-39.

lingüe expedido de conformidad con las disposiciones del propio Reglamento (Anexo III).

El problema del reconocimiento de documentos públicos con efectos ejecutivos se ha planteado también en un texto aprobado por el Parlamento Europeo en primera lectura en abril del año 2014, la Orden Europea de Retención de Cuentas⁵⁵. El texto aprobado atribuye una gran importancia al “documento público con fuerza ejecutiva”, colocándolo en el mismo nivel que las resoluciones judiciales y las transacciones judiciales⁵⁶. En consecuencia, dedica especial atención a la necesidad de conseguir una “autenticación segura” (cdo. 41 y arts. 8–3 y 29–1), y define al “documento público con fuerza ejecutiva” en términos estrictos, de conformidad con la doctrina del TJ como un “documento otorgado o registrado oficialmente como documento público con fuerza ejecutiva en un Estado miembro, y cuya autenticidad: a) se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y b) haya sido acreditado por una autoridad pública habilitada a tal fin” (art. 4 (10)). Al respecto, es digno de mención que mientras que un país de *common law*, Irlanda, ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del Reglamento, el Reino Unido “no participa en la adopción” del Reglamento y, en consecuencia, “no queda vinculado por el mismo ni sujeto a su aplicación” (cdos. 49 y 50). Un país nórdico, Dinamarca, tampoco participará en la adopción del Reglamento ni quedará vinculado por él (cdo. 51). Al objeto de facilitar el reconocimiento del documento ejecutivo, se prevé la redacción de formularios por la Comisión (cdos. 40 y 42, y arts. 8, 9 y 29–2 y 51). El art. 40 del texto aprobado por el Parlamento suprime la exigencia de “legislación ni formalidad análogo alguna” en el contexto del Reglamento, en línea con lo que estamos viendo en otros textos ya vigentes o en vías de aprobación.

Con anterioridad al Reglamento de sucesiones existían otros dos reglamentos comunitarios que previeron el reconocimiento de documentos públicos extranjeros. Éste es el caso del Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos⁵⁷, que establece como principio general el reconocimiento de las resoluciones dictadas en un Estado miembro en esta materia, sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno (art. 23).

El otro texto que precedió al Reglamento de Sucesiones fue el Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judi-

⁵⁵ Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 15 abril 2014 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Orden Europea de Retención de Cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (COM(2011), en *Textos aprobados por el Parlamento Europeo*, Parte V, pp. 213–314.

⁵⁶ Vid. cdos. 11, 13, 18, 20, 24, y arts. 5–b). 6–1 y 4, 8–3, 33–1–g), 34–1–b)–ii).

⁵⁷ Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, DO L 7 de 10.1.2009, pp. 1–53.

ciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, conocido con el nombre de “Reglamento Bruselas II bis”⁵⁸. Su art. 46 establece que “los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en un Estado miembro, así como los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, serán reconocidos y se dotarán de fuerza ejecutiva en las mismas condiciones que las resoluciones judiciales”. No podemos, por lo demás, olvidar que la propia legislación nacional española impone el reconocimiento de efectos en nuestro ordenamiento a determinados documentos públicos extranjeros⁵⁹. La inclusión eventual de determinados tipos de documentos entre los que sean objeto de aceptación en el texto legislativo que adopte la UE podría acabar, de este modo, teniendo repercusiones directas en nuestro ordenamiento, sobre la base de los textos legislativos españoles ya vigentes.

X. Los límites a la aceptación de documentos públicos extranjeros

De las consideraciones expuesta en las páginas anteriores, resulta evidente que no cabe aceptar, reconocer o dar efectos jurídicos a los documentos públicos extranjeros sin ningún tipo de limitación. La primera limitación resulta de la ambigüedad con respecto al concepto de documento público en los distintos sistemas jurídicos. La jurisprudencia del TJ en los casos *Roda Golf* y *Unibank* y, sobre todo, las conclusiones de los Abogados Generales Ruiz-Jarabo y La Pergola habían acotado el concepto de documento público. Los textos legislativos o pre-legislativos posteriores tratan de ajustarse a esas definiciones estrictas, aunque no siempre de un modo coherente.

Una de las definiciones más amplias es la que da el Proyecto de Reglamento que nos ocupa. El art. 3.1º de la propuesta de Reglamento consideraba “documento público” a “los documentos expedidos por las autoridades de un Estado miembro que tienen valor probatorio formal”, aunque con limitación a los hechos, actos o negocios jurídicos a los que ya hicimos referencia al comienzo de este trabajo. La enumeración de la Comisión era ya un cajón de sastre, pues incluía tanto hechos (“el nacimiento” y “la defunción”) como estatutos jurídicos

⁵⁸ Reglamento (CE) nº 2201/2003, de 27 noviembre 2003, DO L 338 de 23.12.2003, pp. 1–29.

⁵⁹ Cf., v.gr., R. Arenas García, “Acceso de documentos públicos extranjeros al Registro de la Propiedad español”, en M. Font i Mas (ed.), *El documento público...*, op. cit., pp. 359–384; A. Durán Ayago, “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: Relevancia para los casos de filiación habida a través de filiación sustitutoria”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 265–308; J.M. Espinar Vicente, “El proyecto de reforma integral de los Registros. Algunas consideraciones en torno al Registro civil”, *ibid.*, pp. 377–407; M. Guzmán Zapater, “La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea”, en M. Font i Mas (ed.), *El documento público...*, op. cit., pp. 85–122; P. Orejudo de los Mozos, “Regulación del matrimonio en situaciones internacionales tras la reforma de la Ley de Registro Civil de 2011”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 433–453.

(“el nombre”, “el matrimonio y la unión registrada”, “la filiación”, “la residencia, la ciudadanía y la nacionalidad” o “la ausencia de antecedentes penales”) o negocios jurídicos complejos o situaciones o derechos derivados de esos negocios jurídicos (“la adopción”, “la propiedad inmobiliaria”, “la personalidad jurídica y la representación de una sociedad o empresa” o los derechos de propiedad intelectual”. Las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo en primera lectura, como también hemos visto antes, amplían aún más los supuestos cubiertos por los “documentos públicos” con valor probatorio formal a situaciones como “la identidad”, “la firma” y “el estado civil y las relaciones de parentesco” de una persona física”, “los derechos civiles y los derechos de sufragio”, “el estatuto de inmigrante”, “los títulos y expedientes escolares y de educación complementaria”, “el estado de salud, incluida cualquier incapacidad reconocida oficialmente”, “el permiso para conducir o dirigir vehículos terrestres, aéreos o marítimos”, “la forma jurídica y la representación de ... personas jurídicas”, “la situación y las obligaciones tributarias de una persona física o jurídica”, “la situación tributaria y aduanera de los bienes” y “los derechos de seguridad social de todo tipo”. En su afán de ampliación del ámbito de eficacia de la propuesta de Reglamento, el Parlamento transforma en una de sus enmiendas “la ausencia de antecedentes penales” en “los antecedentes penales o la ausencia de ellos”, que es una cosa bien distinta, ya que la ausencia de antecedentes penales se puede justificar con una simple referencia negativa de los registros públicos, mientras que la búsqueda concreta de “los antecedentes penales” puede llevar a una investigación que vaya más allá de la certificación negativa.

Esta doble ampliación, por la Comisión y por el Parlamento Europeo, cada uno en momentos diferentes, del concepto de “documento público” nos lleva a un tipo de documento público bien distinto al que se refería la jurisprudencia del TJ. Recordemos que para Ruiz-Jarabo tenía que tratarse de “documentos intervenidos por una autoridad pública o por un acto público, en concreto una ‘autoridad pública’ ajena a los órganos jurisdiccionales del Estado emisor, en el ejercicio de funciones públicas”, y, además, que tales documentos debían surtir “efectos jurídicos especiales y diferenciados por el hecho de someterse a una formalidad”. Tanto el Convenio de 1997 como el Reglamento de 2007 se referían “a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil”, acotando por un lado la materia y renunciando, por el otro, a hablar de “documentos públicos”. La resolución del Parlamento Europeo de 18 diciembre 2008 sobre el reconocimiento de “documentos públicos” imponía una serie de limitaciones a ese reconocimiento al objeto de garantizar la seguridad jurídica y la confianza legítima de los ciudadanos⁶⁰.

⁶⁰ Parlamento Europeo, *Textos aprobados*, P6_TA(2008) 636.

Estas limitaciones aparecen recogidas en textos posteriores de Derecho secundario de la Unión. Así, el art. 59 del Reglamento de Sucesiones sólo reconoce a “los documentos públicos expedidos en un Estado miembro” “el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen, o el efecto más parecido posible, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido”, y el reconocimiento de “fuerza ejecutiva” a esos documentos está sometido a un procedimiento formal destinado igualmente a proteger la seguridad jurídica (art. 60)

Una de las modalidades para la concesión de la categoría de crédito no impugnado es el reconocimiento expreso por el deudor “en un documento público con fuerza ejecutiva” (art. 3-1-d) del Reglamento 805/2004), es decir, en un documento parecido a la escritura pública continental y no al documento otorgado ante un notario anglosajón o nórdico.

Tienen relevancia especial las disposiciones que limitan la eficacia de los documentos públicos en materia de propiedad inmobiliaria. Así, el Reglamento de Sucesiones excluye expresamente de su ámbito de aplicación “cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos y la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo” (art. 1-l).

Disposiciones parecidas a las del Reglamento de Sucesiones se recogen en los proyectos de Reglamentos sobre regímenes matrimoniales y efectos económicos de las uniones registradas y en las enmiendas del Parlamento Europeo a esos textos a los que se acaba de hacer referencia. Así, la enmienda 98 al art. 32 de la Propuesta de Reglamento sobre Regímenes matrimoniales habla de “aceptación” en vez de “reconocimiento” de los documentos públicos y aunque les atribuye “prueba de valor probatorio”, limita éste al que le atribuya el Estado de origen, salvo, como es obvio, la excepción de orden público en el Estado receptor. La enm. 99 al art. 32 se remite a estos efectos al art. 60 del Reglamento de Sucesiones a efectos del procedimiento para la declaración de fuerza ejecutiva en el Estado receptor, con la ya mencionada excepción de orden público. La enm. 36 al art. 2-1-c) habla de “documento público con fuerza ejecutiva”. La inscripción en un registro público se subordina al Derecho del Estado en el que se sitúa el Registro, con una referencia expresa a la *lex rei sitae* para los bienes inmuebles.

XI. Conclusiones

La propuesta de Reglamento sobre aceptación de documentos públicos es un texto todavía no plenamente madurado y poco meditado. Las numerosas enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo en su primera lectura han acen-

tuado las incongruencias del texto original al multiplicar los supuestos de “aceptación” de documentos públicos procedentes de autoridades públicas extranjeras. La ampliación de supuestos en los que se reconoce “valor probatorio formal” a los “documentos públicos extranjeros” pone de manifiesto la situación de inseguridad jurídica en la que se pueden encontrar los ciudadanos europeos si se reconoce tal valor a documentos que no reúnen los requisitos impuestos por la jurisprudencia del TJ y la doctrina de los Abogados Generales, así como por los textos legislativos hasta ahora adoptados en esta materia por las instituciones europeas, como el Reglamento de Sucesiones, el Reglamento sobre el Título Ejecutivo europeo para créditos no impugnados, e, incluso, en las propuestas de Reglamentos sobre regímenes matrimoniales y efectos económicos de las uniones registradas, que introducen una serie de salvaguardias dirigidas a impedir que se reconozcan efectos en el Estado receptor a los documentos expedidos por autoridades públicas extranjeras que vayan más allá de los que los que les reconoce la normativa del Estado de origen y sin contar las garantías necesarias para proteger los derechos e intereses de los ciudadanos del Estado receptor.

Con la intención de facilitar los intercambios transfronterizos y las libertades reconocidas por la UE se pretende que los requisitos para el reconocimiento de efectos jurídicos a los documentos expedidos por las autoridades de un Estados miembro en otros Estados miembros sean menos rigurosos. Se olvida, sin embargo, que dentro de la UE existen sistemas de protección de la seguridad jurídica asentados en antiguas tradiciones, como el sistema del notariado latino-germánico o los sistemas continentales de publicidad registral. La aceptación de documentos otorgados por funcionarios públicos o profesionales del Derecho en países donde no existan tales garantías de seguridad preventiva podría dar lugar a atribuir a ciertos documentos extranjeros un efecto exorbitante con respecto a los que puede producir el documento original en el Estado de su otorgamiento y la pérdida de garantías jurídicas fundamentales para los ciudadanos de Estados donde existe hoy un nivel más alto de protección jurídica. Ello acarrearía indefensión para los ciudadanos de estos países, que se encontrarían con documentos para ellos desconocidos y que podrían producir efectos imprevisibles en los países de tradición jurídica continental que han garantizado durante siglos ese alto nivel de protección.

En definitiva, estimamos que la Propuesta de Reglamento, tanto en el texto original propuesto por la Comisión como, aún más, con las enmiendas introducidas por el Parlamento en primera lectura, no tiene todavía el nivel de madurez suficiente para que pueda ser aprobado por la autoridad legislativa de la Unión, que incluye tanto al Parlamento como al Consejo. Los parlamentarios europeos elegidos para la nueva legislatura 2014-2019 deberán considerar, en particular, si el texto aprobado hasta la fecha por el Parlamento proporciona a los ciudadanos de la Unión el nivel de seguridad requerido en cuanto al reconocimiento de situacio-

nes jurídicas y derechos subjetivos, al objeto de fijar su posición con respecto a una posible concertación con el Consejo. En particular, no tendría sentido que el nuevo Reglamento se apartara sensiblemente de la jurisprudencia y doctrina emanados de la jurisdicción de la Unión y por otros textos legislativos sobre materias afines ya aprobados o en vías de elaboración por las instituciones europeas.

Bibliografía

- Álvarez González, S.: “La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria”, en M.P. García Rubio, coord., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor, Civitas, 2009, pp. 41 ss.
- Álvarez González, S.: “Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 369–406.
- Arenas García, R.: “Documentos extranjeros. Nota a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Santa Cruz de Tenerife”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVIII, 2006, nº 1, pp. 484–488;
- Arenas García, R.: “Documentos extranjeros. Nota a la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 22 noviembre 2006”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol., LVIII, 2006, nº 2, pp. 989–993.
- Arrieta Sevilla, L.J.: “La inscribibilidad de escrituras públicas extranjeras a la luz de la primera doctrina hipotecaria”, en M. Font i Mas (ed.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 399–429.
- Bernasconi, C.: “The Electronic Apostille Program (e-APP): Bringing the Apostille Convention into the Electronic Era”, en J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid. M. Pons, 2013, pp. 199–212.
- Bernasconi, C.: “The Electronic Apostille Program”, *cit.*, p. 200. También: G.A.L. Droz, “L’activité notariale internationale”, *Recueil des Cours*, t. 280, 2000, pp. 103 ss.
- Blanco-Morales Limones, P.: “Del cándido europeísmo al turismo documental: reflexiones a propósito de la inscripción en el registro de la propiedad de una escritura autorizada por notario alemán”, *Diario La Ley*, nº 7940 de 9 octubre 2012.
- Bonomi, A., P. Wauthélet, I. Pretelli y A. Öztür : *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2013.
- Borrás, A. y J.D.: González Campos: *Recopilación de los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951–2007)*, 2ª ed., Madrid, M. Pons, 2008.
- Callé, P.: “Le notaire, les actes notariés et le droit international privé”, *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de P. Courbe*, París, Dalloz, 2012, pp. 75–88.
- Callé, P.: *L’acte public en droit international privé français*, París, Economica, 2004.
- Calvo, I.A.: “La competencia notarial en el Reglamento nº 650/2012 sobre sucesiones”, *El Notario del Siglo XXI. Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, nº 54, 23 abril 2014.
- Carrión García de Parada, P.: “Los documentos notariales en los nuevos reglamentos europeos: el Reglamento de sucesiones y la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y la de efectos patrimoniales de las parejas registradas”, en M. Font i Mas, (ed.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014, pp.183–234.
- Duintjer, H.: “Vers une libre circulation des Actes authentiques dans l’Union Européenne. Réflexions à propos d’un arrêt du Tribunal Supremo d’Espagne du 19 juin 2012”, en J. Forner Delaygua, C.

- González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.): *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, M. Pons, 2013, pp. 309–321.
- Espinar Vicente, J.M.: “La Ley 20/2011 de Registro Civil y la certificación registral extranjera como título de inscripción”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 485–525.
- Espinar Vicente, J.M.: “El proyecto de reforma integral de los Registros. Algunas consideraciones en torno al Registro civil”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 377–407.
- Font i Mas, M. (ed.): *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014.
- Fugardo Estivill, J.M.: *En torno a la propuesta de Reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo*, Barcelona, Bosch, 2010.
- Guzmán Zapater, M.: “La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea”, en M. Font i Mas, (ed.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 85–122.
- Iglesias Buhigues, J.L.: “Desarrollo del espacio europeo de justicia: Hacia el nuevo Derecho internacional privado de sucesiones en la Unión Europea”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2008, pp. 347 ss.
- Iglesias Buhigues, J.L.: “Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria”, *Revista valencia d’Estudis autonòmics*, 54, 2, 2010, pp. 123–144.
- Medina Ortega, M.: “El documento público en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, 2012, nº 328, dedicado al 150 Aniversario de la Ley del Notariado, pp. 51–58.
- Medina Ortega, M.: “La participación de las comunidades autónomas en el desarrollo del Derecho de la Unión Europea”, en J. Cardona Lloréns y otros (eds.), *Estudios de Derecho internacional y Derecho europeo en homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 1645–1669.
- Pamboukis, C.: “La renaissance–métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, nº 3.
- Pamboukis, C.: *L’acte public étranger en droit international privé*, París, LGDJ, 1993.
- Parada Vázquez, J.R.: *Derecho administrativo. II. Organización y empleo público*, Madrid, 1998.
- Pasa, B.: “La propuesta de reglamento sobre libre circulación de los ‘documentos públicos’ de la Unión Europea y el Notariado latino”, en M. Font i Mas, (ed.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 171–181, en p. 159.
- Pasa, B.: *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Nápoles, Jovene, 2008.
- Prats Albentosa, J.L.: “El control de legalidad notarial en el Derecho de la Unión”, *Noticias UE*, nº 328, Sección Estudios y notas, mayo 2012, pp. 1–18.

CUESTIONES PRÁCTICAS EN TORNO AL NUEVO TRIBUNAL UNIFICADO DE PATENTES: ¿PROGRESO O RETROCESO?

María Aránzazu GANDÍA SELLENS *

SUMARIO: I. Introducción. II. Proceso de instauración del TUP. III. La relación del ATUP con el Reglamento Bruselas I bis. IV. La opción por un convenio internacional. V. Las materias de competencia judicial exclusiva. VI. El diferente tratamiento del demandado no domiciliado en la Unión Europea. VII. Medidas cautelares. VIII. Litispendencia. IX. La presunta vulneración de la seguridad jurídica. X. El sistema judicial nacional de adscripción. XI. Las repercusiones de su ratificación escalonada. XII. Conclusión.

RESUMEN: El presente estudio analiza las relaciones entre el Reglamento nº 1215/2012 Bruselas I bis (con los cambios introducidos en el mismo por el Reglamento nº 542/2014) con el Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes, centrándose en cuestiones de competencia judicial interna e internacional en los casos de infracción de los derechos de patente. Las cuestiones que se analizan, en concreto, son las siguientes: materias de competencia judicial exclusiva, el tratamiento del demandado, las medidas cautelares, los supuestos de litispendencia, la posible vulneración de la seguridad jurídica, el sistema judicial de adscripción de las sentencias dictadas por las Divisiones del Tribunal Unificado de Patentes y las repercusiones prácticas de la ratificación escalonada que se prevé de este instrumento. Las incoherencias entre los dos instrumentos mencionados son palmarias en la mayoría de los aspectos analizados, augurándose una gran problemática en la práctica de la litigación internacional de patentes. El estudio, precisamente, pretende identificar los problemas más importantes, a modo de advertencia para los prácticos del sector, a la espera de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea provea soluciones que equilibren el sistema judicial europeo en esta materia.

PALABRAS CLAVE: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – INFRACCIÓN DE PATENTES – ACUERDO SOBRE UN TRIBUNAL UNIFICADO DE PATENTES – REGLAMENTO BRUSELAS I BIS – LITIGACIÓN INTERNACIONAL.

ABSTRACT: This study addresses the relationship between the Brussels I Regulation Recast (Regulation no. 1215/2012, with the modifications introduced by Regulation no. 542/2014) and the Agreement on a Unified Patent Court, focusing on issues of domestic and international jurisdiction in cases of infringement of patent rights. The issues discussed in particular are the following ones: matters of

* Doctoranda FPU (MEC). Universidad de Valencia.

exclusive jurisdiction, the treatment of the defendant, interim measures, cases of lis pendens, the possible infringement of legal certainty, the national judicial system to which UPC will belong and the practical implications of a staggered ratification of the UPC Agreement. The incoherencies evidenced by the analysis reveal practical difficulties in the relationship between these two instruments, so that rather than simplifying international litigation in this field, it hinders it. The article aims to identify the most important problems –as a warning to the practitioners–, while waiting the provision of solutions by the European Court of Justice, in order to balance the European judicial system in this area.

KEY WORDS: INTERNATIONAL JURISDICTION – PATENT INFRINGEMENT – AGREEMENT ON A UNIFIED PATENT COURT – BRUSSELS I REGULATION RECAST – INTERNATIONAL PATENT LITIGATION.

I. Introducción

En el campo de la litigación europea en materia de derechos de propiedad industrial, se definían, hasta la fecha, dos realidades: de un lado, la concerniente a los derechos de patente y, de otro, la relativa al resto de derechos de propiedad industrial y comercial. La creación de un título europeo que permitiera unificar la protección de las invenciones para todo el territorio de la UE, se resistía. Finalmente se ha materializado, si bien no se ha logrado el mismo resultado que el conseguido en el campo del resto de derechos de propiedad industrial y comercial, pues el título creado para las patentes no será de aplicación para todos los países de la UE. La cohesión europea se ha tambaleado como consecuencia de la anteposición de los intereses políticos a la razón jurídica. En este artículo se pretenden analizar algunos problemas jurídicos del nuevo sistema de patentes, desde la perspectiva de la litigación de los supuestos relativos a la infracción de los derechos de patente. La elección de la conducta de infracción de los derechos de patente no es baladí, sino que viene justificada por constituir la *causa petendi* más habitual en la vía judicial, en lo que a derechos de patente respecta¹.

Así, en primer lugar, nos centraremos en el proceso de instauración del Tribunal Unificado de Patentes. En segundo lugar, veremos su relación con el sistema Bruselas I. Posteriormente, analizaremos la vía utilizada para la creación de dicho Tribunal. Seguidamente, examinaremos las cuestiones de competencia exclusiva, así como las figuras del demandado, las medidas cautelares y la litispendencia. Asimismo, estudiaremos la posible vulneración de la seguridad jurídica, así como el sistema judicial de adscripción de las sentencias dictadas por las Divisiones del Tribunal Unificado de Patentes. Finalmente, centraremos nuestra atención en las repercusiones prácticas de la ratificación escalonada que

¹ Vid. las estadísticas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), accesibles en formato electrónico en su página web: http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/intprop/941/wipo_pub_941_2012.pdf (visitada el día 10 junio 2014).

se prevé de este instrumento. Todo ello lo examinaremos desde el punto de vista de la competencia judicial internacional para los casos de infracción de patentes, ya configurada en el sistema Bruselas I con anterioridad a la aparición del nuevo Tribunal Unificado de Patentes.

II. Proceso de instauración del TUP

El nuevo Tribunal Unificado de Patentes (TUP, en adelante) ha supuesto un nuevo hito –el más importante hasta la fecha²– en el tortuoso camino hacia la unificación del Derecho de patentes en la UE. En efecto, las iniciativas para configurar un sistema unitario de patentes en el continente europeo se remontan a 1963. Fue entonces cuando se iniciaron las negociaciones, en el seno del Consejo de Europa, para armonizar el Derecho sustantivo de patentes a nivel europeo. Fruto de ello fue la adopción del Convenio sobre la Unificación de Ciertos Elementos del Derecho de Patentes de Invención, hecho en Estrasburgo el 27 noviembre 1963³, Convenio que, sin embargo, no entró en vigor hasta 1980⁴. Tan sólo 13 Estados se obligaron por este Acuerdo internacional. Este Convenio, no obstante, constituyó la semilla para la adopción, en 1973, del Convenio de Múnich, el cual supuso la creación de la figura de la patente europea sin efecto unitario⁵, que pese a que marcó un progreso importante en el campo del Derecho de patentes, al fin y al cabo facilitaba la obtención de meras patentes nacionales, manteniendo, pues, la fragmentación característica de la doctrina resultante del principio de territorialidad.

Apenas dos años después, en 1975 y, ya en el seno de la UE (en aquel entonces, Comunidades Europeas), se firmó el Convenio de Luxemburgo de 1975 sobre la Patente Comunitaria, con el objetivo de crear un solo derecho de patente unitario y autónomo para el territorio de los Estados miembros⁶. Sin embargo, este instrumento nunca llegó a entrar en vigor, pero inspiró al posterior Acuerdo de Luxemburgo de 1989, el cual constituyó la base del actual ATUP. Este

² M. Desantes Real, “El Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes de 19 febrero 2013. Una primera aproximación crítica”, publicado en el blog *Conflictus Legum*, el día 27 febrero 2013: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2013/02/manuel-desantes-comentario-al-acuerdo.html>.

³ Consejo de Europa, *Série des Traités européens*, n° 47.

⁴ Vid. la página web oficial de la OMPI: http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/details.jsp?group_id=21&treaty_id=396 (visitada el día 10 junio 2014).

⁵ K.P. Mahne, “A Unitary Patent and Unified Patent Court for the European Union: An Analysis of Europe's Long Standing Attempt to Create a Supranational Patent System”, *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, vol. 94, n° 2, 2012, p. 173.

⁶ Comisión Europea, Libro Verde sobre la patente comunitaria y el sistema de patentes en Europa, de 24 junio 1997 [COM (97) 314 final], p. 5.

Acuerdo de Luxemburgo ya preveía un sistema de litigación específico para las patentes comunitarias⁷.

Sin embargo, todo el proceso quedó paralizado hasta que, en 1997, la Comisión Europea hizo un llamamiento para continuarlo en su Libro Verde sobre la patente comunitaria y el sistema de patentes en Europa⁸. Así, en agosto de 2000, la Comisión Europea presentó una propuesta para la creación de la patente comunitaria. En el año 2003 comenzaron las negociaciones en el seno del Consejo de la UE. Finalmente se elaboró un borrador de Acuerdo que se sometió al escrutinio del TJUE en 2009, para que éste se pronunciara sobre su compatibilidad con el Derecho de la Unión⁹. En 2011, el TJUE se pronunció en contra de dicha compatibilidad, sobre la base, principalmente, de que privaba al propio TJUE de interpretar el Derecho de la Unión¹⁰. Poco después, la Comisión, teniendo en cuenta dicho Dictamen, presentó dos propuestas de Reglamentos¹¹, una vez autorizada la cooperación reforzada¹², para la creación de la patente unitaria. Y, casi simultáneamente, el Consejo presentó un borrador de Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes¹³ (en adelante, ATUP). Finalmente, un año más tarde, tras otras tantas negociaciones, los dos Reglamentos propuestos vieron la luz el 17 diciembre 2012¹⁴ y el ATUP quedó abierto para su ratificación el 19 febrero 2013¹⁵.

⁷ Vid. el Protocolo sobre la resolución de los litigios en materia de violación y de validez de las patentes comunitarias, anexo al Acuerdo de Luxemburgo de 1989.

⁸ Comisión Europea, Libro Verde sobre la patente comunitaria y el sistema de patentes en Europa, de 24 junio 1997 [COM (97) 314 final], p. 9.

⁹ Comunicado de prensa de 4 diciembre 2009, *Patents: EU achieves political breakthrough on an enhanced patent system* (IP/09/1880). Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-1880_en.htm?locale=fr (visitada el día 10 junio 2014).

¹⁰ Dictamen del TJUE (Pleno), de 8 marzo 2011, n° 1/09, párr. 89.

¹¹ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria, de 13 abril 2011 [COM (2011) 215 final] y Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción, de 13 abril 2011 [COM (2011) 216 final].

¹² Decisión del Consejo, de 10 marzo 2011, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria (DO L 76 de 22.3.2011).

¹³ Consejo de la Unión Europea, *Draft agreement on a Unified Patent Court and draft Statute*, de 2 septiembre 2011 (PI 108 COUR 48).

¹⁴ Reglamento n° 1257/2012 (ya citado) y Reglamento (UE) n° 1260/2012 del Consejo de 17 diciembre 2012 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción (DO L 361 de 31.12.2012).

¹⁵ Vid. el art. 84.1° ATUP.

III. La relación del ATUP con el Reglamento Bruselas I bis

La determinación de la competencia judicial internacional en los litigios relativos a la infracción de patentes ha visto modificado su *modus operandi* tradicional con la aprobación del ATUP, pese a que su determinación corresponde al Reglamento Bruselas I bis (RB I bis), pero aun así, la relación entre ambos instrumentos se prevé convulsa. Para empezar, la aprobación del ATUP ha traído aparejada la modificación del recién aprobado RB I bis¹⁶. En efecto, el art. 89.1º ATUP dispone que el mismo entrará en vigor en el momento en que se produzca el último de los acontecimientos que enumera, entre los que se encuentra la entrada en vigor de las modificaciones del RB I bis en lo que concierne su relación con el ATUP. Este contratiempo, fruto —parece ser— de un desafortunado olvido, trajo consigo el temor de que la adopción del ATUP se entorpeciera y constituyera, de nuevo, un fracaso más en el camino hacia la unificación en materia de patentes en el seno de la UE, si se retardaba u obstaculizaba el proceso legislativo ordinario necesario para dicha revisión¹⁷. Finalmente, dicha modificación, como indicábamos *supra*, se ha llevado a cabo sin que se produjeran —más— sobresaltos.

Pero más allá del superado imprevisto, la relación entre los dos instrumentos mencionados se revela problemática, augurándose dificultades para los prácticos en la materia. De modo que, más que simplificar la litigación internacional en este campo, la entorpece y, lo que es más preocupante para el tejido empresarial, la encarece¹⁸. Ello debido a la configuración de la compaginación entre el RB I bis y el ATUP, teniendo ambos textos naturaleza jurídica distinta, pero complementándose para determinar la competencia judicial internacional (RB I bis) y la competencia territorial y funcional interna (ATUP) cuando se erija un caso relativo a derechos de patente entre los Estados miembros de la UE que ratifiquen el ATUP.

De este modo, dentro de este entramado jurídico son varios los problemas advertidos en relación con la determinación de la competencia judicial internacio-

¹⁶ Reglamento (UE) nº 542/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 mayo 2014 por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1215/2012 en lo relativo a las normas que deben aplicarse por lo que respecta al Tribunal Unificado de Patentes y al Tribunal de Justicia del Benelux (DO L 163 de 29.3.2014).

¹⁷ *Vid.*, al respecto, M. Desantes Real, “¿Hay que modificar el Reglamento Bruselas I bis de 12 diciembre 2012 para que pueda entrar en vigor el Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes de 19 febrero 2013?”, publicado en el blog *Conflictus Legum*, el día 6 marzo 2013: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2013/03/manuel-desantes-el-acuerdo-tup-no-exige.html>.

¹⁸ D. Xenos, “The European Unified Patent Court: Assessment and Implications of the Federalisation of the Patent System in Europe”, *SCRIPTed*, vol. 10, nº 2, 2013, p. 276.

nal e interna en materia de infracción de patentes, los cuales trataremos a lo largo de este estudio.

IV. La opción por un convenio internacional

El TUP ha sido creado por medio de un convenio internacional de Derecho internacional clásico. Es decir, se ha optado por utilizar un instrumento al margen de los instrumentos normativos propios de la UE para dirimir las controversias derivadas de la patente unitaria¹⁹ (figura creada en el marco de la UE a través de la herramienta de la cooperación reforzada). Cabe preguntarse, pues, por la conveniencia de la elección de esta vía para la creación de dicho órgano judicial.

Sin embargo, en todo caso y, como indica el art. 31 ATUP, la competencia judicial internacional se determinará conforme a lo previsto por el RB I *bis* (o por el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 octubre 2007²⁰ –en adelante, Convenio de Lugano–, en su caso). Una vez determinada la competencia por dicho Reglamento, si recae sobre un país vinculado por el Acuerdo, será mediante los criterios de éste conforme a los cuales deberá determinarse el concreto órgano judicial competente (esto es, la competencia territorial y funcional interna). Y es aquí donde se plantea el principal problema: ¿cómo es posible que la competencia territorial interna se atribuya a un órgano situado en un país diferente del revestido con competencia judicial internacional? Esto es lo que se logra con el ATUP. El RB I *bis* determina la competencia judicial internacional y, tras esta determinación, si la misma se otorga a los órganos judiciales de uno de los Estados parte del ATUP, este instrumento determinará la competencia territorial y funcional interna, competencia que, en función de las distintas Divisiones del TUP, puede acabar recayendo (con no poca probabilidad) en una de las Divisiones situadas en un Estado diferente del que cuyos órganos judiciales tienen, según el RB I *bis*, la competencia judicial internacional. Todo ello, se consigue pretendiendo que la División del TUP competente es un órgano judicial del Estado revestido de competencia judicial internacional.

En nuestra opinión, este artificio teórico parece que persiga, como resultado práctico, anular la efectividad de la determinación de la competencia judicial internacional por el RB I *bis*. De hecho, esta forma de proceder nos hace pregun-

¹⁹ Art. 1 ATUP. Además, este Tribunal también lidiará con las controversias relativas a patentes europeas sin efecto unitario que hayan sido validadas en los Estados contratantes del ATUP. Estas patentes son las creadas por el Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, de 5 octubre 1973 (NUTS, vol. 1065, nº 16208).

²⁰ DO L nº 339 de 21.12.2007.

tarnos qué eficacia tiene, en el campo del derecho de patentes, el RB I *bis*. Pues, ante este resultado, se podría decir que el instrumento queda relegado hasta el nivel de la inaplicación en la práctica, desactivándose su operatividad real. ¿Cuál ha sido, pues, la verdadera voluntad de los Estados firmantes del ATUP?

Esta complementariedad entre ambos textos hace cuestionarse, por tanto, la licitud de que un convenio internacional pueda adulterar, de facto, los criterios de competencia judicial internacional determinados por un instrumento procedente de la UE como es el RB I *bis*²¹. De hecho, llama la atención lo dispuesto por el considerando quinto del Reglamento nº 542/2014 que modifica el RB I *bis*, conforme al cual: “Las modificaciones del Reglamento (UE) nº 1215/2012 que contempla el presente Reglamento respecto del Tribunal Unificado de Patentes están destinadas a establecer la *competencia judicial internacional* del citado Tribunal [...]”²². Parece ser que este –inocente– considerando deja clara cuál ha sido la voluntad real perseguida con el ATUP (es decir, hurtar la regulación de la competencia judicial internacional en esta materia al RB I *bis*).

Además, parte de la doctrina ya había denunciado, con anterioridad a la aparición del Reglamento nº 542/2014, esta finalidad. Así, M. Desantes Real hablaba de “[...] la completa confusión entre competencia judicial internacional y competencia territorial y funcional interna [del TUP]”²³, J.L. Iglesias Buhigues señaló que “[...] los criterios de competencia “territorial” del art. 33 del Acuerdo [TUP] funcionan, en realidad, como criterios de competencia internacional”²⁴ y R. Arenas García indicó que “[...] el TUP gozará de competencia judicial internacional cuando la tengan los tribunales de alguno de los Estados miembros según [el Reglamento Bruselas I bis y el Convenio de Lugano]”²⁵.

Pese a que el texto del ATUP repita, hasta cinco veces, la primacía del Derecho de la Unión, lo que importa, a nuestro modo de ver, es el resultado final de la aplicación de este instrumento: la alta probabilidad de que la División del

²¹ De hecho, la doctrina ha criticado la remisión que este Acuerdo internacional efectúa al RB I *bis*, afirmándose que “[...] la propia noción de competencia judicial internacional pierde todo su significado cuando el juez competente es siempre el mismo porque es juez nacional en todos los Estados miembros cualquiera que sea el lugar en que se localice [...]”. Vid. J.L. Iglesias Buhigues, “Derecho internacional privado, patente europea con efecto unitario y Tribunal Unificado de Patentes”, C. Pellisé (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Madrid, M. Pons, 2014, p. 151.

²² Énfasis añadido.

²³ M. Desantes Real, “Una primera aproximación al “paquete de patentes””, publicado en el blog *Conflictus Legum*, el día 8 enero 2013: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2013/01/manuel-desantes-real-una-primer.html> (consultado el día 10 junio 2014).

²⁴ J.L. Iglesias Buhigues, *loc. cit.*, p. 151.

²⁵ R. Arenas García, “Competencia judicial internacional y litigios en materia de patentes: Bruselas I, LOPJ y Tribunal Unificado de Patentes, *liaisons dangereuses?*”, en R. Morral Soldevila (dir.), *Problemas actuales de Derecho de la propiedad industrial. III Jornada de Barcelona de Derecho de la propiedad industrial*, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2013, pp. 163–164.

TUP competente se sitúe fuera de las fronteras del Estado cuyos órganos se alcanzan con competencia judicial internacional y, por tanto, pudiendo llegar a alterar, de facto, la solución prevista por el RB I *bis* (que es lo grave). De nada sirve la anteposición de dicho Reglamento en el momento de determinar la competencia judicial internacional si, finalmente, su solución queda relegada a una ficción teórica. Es más, en virtud del art. 3.2º TFUE²⁶ los Estados miembros otorgaron a la UE “[...] competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional [...] en la medida en que pueda *afectar normas comunes o alterar el alcance de las mismas*”²⁷. A nuestro modo de ver, el hecho de que el ATUP acabe otorgando la competencia judicial “interna” a un Estado diferente del indicado por el RB I *bis*, podría llegar a afectar y alterar el alcance de esta norma común a todos los Estados miembros de la UE²⁸. Conviene aludir, no obstante, a que el ATUP no solo contiene normas de competencia judicial, sino que también se ocupa del Derecho sustantivo de patentes (arts. 25 a 30), materia no unificada por el Derecho de la UE.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el alcance de la competencia exclusiva externa de la Unión engloba, como indicábamos, solo a aquellas materias reguladas por normas provenientes de la propia Unión y, por tanto, puede haber convenios internacionales que se vean afectados solo parcialmente por esta competencia exclusiva externa y no en su totalidad²⁹. Este sería el caso del ATUP, en tanto en cuanto que, en lo que respecta al Derecho sustantivo de patentes, ninguna norma de la Unión se ha ocupado de regularlo con carácter común. De todos modos, aunque algunas de las disposiciones de este Acuerdo (las menos) puedan adoptarse sin menoscabar el Derecho de la UE, ello no es óbice para denunciar el abuso cometido en materia de competencia judicial internacional en los casos relativos a patentes.

²⁶ DO C 83 de 30.3.2010.

²⁷ Énfasis añadido.

²⁸ Al respecto, son interesantes las palabras de M. Desantes Real, quien señala que: “[a]unque los negociadores del Acuerdo han querido apartarse completamente del entramado institucional y del Derecho de la Unión y alejar de esta manera al Tribunal de Justicia de cualquier veleidad de inmiscuirse en su interpretación y aplicación, no han podido evitar encontrarse con una materia sobre la que la propia Unión Europea había adquirido ya desde hacía tiempo competencia exclusiva en muchos de sus aspectos: el Derecho internacional privado”. Vid. M. Desantes Real, “Hacia un tribunal unificado y un efecto unitario para las patentes europeas en casi todos los Estados miembros de la Unión Europea. Consecuencias de la autoexclusión de España”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 65, nº 2, 2013, p. 64.

²⁹ P.A. De Miguel Asensio, “Convenios internacionales y unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 60–61.

V. Las materias de competencia judicial exclusiva

El art. 32.1º ATUP enumera las materias para las que este Tribunal es exclusivamente competente (territorial y funcionalmente) para conocer, entre las que se encuentran las acciones por violación de patentes, las acciones tendentes a la declaración de inexistencia de violación de patentes y las acciones de nulidad de patente. Atendiendo a la dicción de este precepto, consideramos que, en el campo de las competencias exclusivas, es donde más palmaria podría ser la alteración, *de facto*, de los criterios instaurados por el RB I *bis*, cuyo art. 24.4º indica que la competencia judicial internacional en los casos de validez de los derechos de patente corresponderá, con carácter exclusivo, al Estado de registro del derecho en cuestión. De modo que, en la práctica, podría darse la situación de que, conforme al RB I *bis*, la competencia judicial internacional correspondiera a Francia, pero que la competencia territorial interna recayera en una División del TUP ubicada en Alemania.

A mayor abundamiento, conforme al art. 33.7º ATUP, las cuestiones sobre validez de patentes [previstas en su art. 32.1º.a) y, por tanto, de competencia exclusiva del TUP], se pueden someter a cualquier División del TUP, a elección del demandante y, además, el art. 33.3º permite que el tribunal que esté conociendo una acción por violación de un derecho de patente pueda conocer de la reconvencción por nulidad de dicha patente, a discreción del propio órgano judicial que esté conociendo de la infracción. Esto supondría, *de facto*, una mayor flexibilidad para las partes frente al régimen del sistema Bruselas I –aplicado por los Estados no firmantes del ATUP–, ya que la demanda por infracción la puede conocer cualquier División designada por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad (art. 33.7º). Por tanto, llama la atención la solución prevista en el ATUP en el campo de las acciones por nulidad de derechos de patente, la cual contrasta de forma radical con la jurisprudencia del TJUE y lo dispuesto en el art. 24.4º RB I *bis*, que configura las cuestiones de validez de los derechos de propiedad industrial de registro constitutivo como materia de competencia judicial internacional exclusiva del Estado miembro del registro.

En efecto, el TJUE, en el asunto *GAT*³⁰, se pronunció en el sentido de no permitir que el órgano judicial competente para conocer de un proceso de infracción de patente pudiera pronunciarse, aun con efecto *inter partes*, sobre una cuestión incidental sobre la validez de la patente cuestionada. Los argumentos que, en dicho pronunciamiento, esgrimió el Tribunal fueron los siguientes, a saber: 1) la naturaleza imperativa de las normas que establecen las competencias judiciales

³⁰ STJUE (Sala Primera) 13 julio 2006, as. C-4/03: *GAT*.

exclusivas³¹; 2) la multiplicación de foros y la consecuente falta de previsibilidad y seguridad jurídica³²; 3) el riesgo de la adopción de resoluciones contradictorias³³; 4) la disparidad, entre los ordenamientos nacionales de los Estados contratantes, en el tratamiento de los efectos de las resoluciones dictadas con carácter incidental sobre la validez de un derecho de patente³⁴. Tras esta resolución, el tenor literal con el cual se dotó al art. 24.4º RB I *bis* reza como sigue:

“Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que se indican a continuación: [...] 4) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, *independientemente de que la cuestión se haya suscitado por vía de acción o por vía de excepción*, los órganos jurisdiccionales del Estado en que se haya solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de lo dispuesto en algún instrumento de la Unión o en algún convenio internacional [...]”³⁵.

En consecuencia, podemos concluir que el Derecho de la Unión no se aplica por igual, de facto, en todos los Estados miembros en lo que al derecho procesal en materia de patentes respecta. En efecto, en los Estados que no sean parte del ATUP, los órganos judiciales revestidos con competencia judicial interna e internacional se situarán (físicamente) en el mismo Estado para las cuestiones sobre validez de los derechos de patente concedidos para su territorio. Sin embargo, para los Estados parte del ATUP, se configura un régimen en el que los órganos revestidos con competencia judicial interna e internacional no coincidirán (físicamente) en el mismo Estado.

La raíz del problema radica, a nuestro modo de ver, en la adopción de un convenio internacional (el ATUP), cuyo resultado parece ser bordear la aplicación de los instrumentos de la Unión, de modo que se flexibiliza, en el territorio de los Estados ratificantes del ATUP, el sistema procesal en el ámbito de los litigios relativos a patentes europeas y patentes con efecto unitario. Flexibilidad que, bajo nuestro punto de vista, no es perjudicial (dejando aparte la falta de previsibilidad en la concreción de la División del TUP competente, aspecto que comentaremos infra), mas al contrario, entendemos que podría contribuir a eliminar obstáculos procesales. Sin embargo, no podemos dejar de expresar que el camino seguido no nos parece el correcto, ya que parece que no se ha respetado el Derecho de la UE. Es más, se ha pretendido crear una ilusión de legalidad, invocando la primacía del RB I *bis* y del Convenio de Lugano, pero sin respetar, en la práctica, lo dispuesto en estos instrumentos, al no coincidir, en el mismo Esta-

³¹ *Ibíd.*, párr. 27.

³² *Ibíd.*, párr. 28.

³³ *Ibíd.*, párr. 29.

³⁴ *Ibíd.*, párr. 30.

³⁵ Énfasis añadido.

do, la radicación del órgano revestido con competencia judicial internacional e interna. En otras palabras, una vez se ha determinado que la competencia judicial internacional corresponde a un Estado obligado por el ATUP, se obvia el criterio utilizado por el Reglamento Bruselas I bis para vincular la competencia judicial internacional exclusiva a un determinado Estado.

Pese a que alabamos la flexibilidad perseguida en el campo de la competencia judicial en materia de patentes, pensamos que la forma en que se ha llevado a cabo el ATUP no ha sido la correcta, pues se ha apartado de la arquitectura de la UE.

VI. El diferente tratamiento del demandado no domiciliado en la Unión Europea en materia de patentes

El tratamiento de los demandados en los asuntos atribuidos a la competencia de un órgano jurisdiccional común (condición que reúnen el TUP y el Tribunal de Justicia del Benelux) es diferente del que se dispensa a los demandados en litigios no atribuidos a órganos jurisdiccionales comunes a varios Estados, concernientes a materias de naturaleza civil o mercantil, cuando se trata de determinar la competencia judicial internacional. Así lo ha establecido el Reglamento n° 542/2014 que modifica el RB I bis, a raíz del desaguizado jurídico incluido en el art. 89.1° ATUP, comentado supra.

Concretamente, se han incluido nuevos foros de competencia para determinar la competencia judicial de un órgano jurisdiccional común (nuevo art. 71.ter RB I bis), a saber: 1) si el demandado no tiene su domicilio en la UE y ninguna otra norma confiere competencia sobre él, se aplicarán las disposiciones sobre competencia como si estuviera domiciliado en dicho territorio; y 2) aun así, si ningún Estado miembro resultara competente, se declarará la competencia del órgano jurisdiccional común (TUP y Tribunal de Justicia del Benelux) si el demandado tuviere bienes en el territorio de los Estados miembros parte del acuerdo por el que se crea el órgano jurisdiccional común y el litigio tenga un vínculo suficiente con dichos Estados.

Lo primero a resaltar es la ampliación del ámbito de aplicación de las normas de competencia judicial internacional del RB I bis en relación con los órganos jurisdiccionales comunes. En efecto, conforme al art. 71.ter.2 “[...] cuando el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro, y el presente Reglamento no confiera de otro modo competencia respecto de él, se aplicará el capítulo II [...]”³⁶. Este precepto se aplicará, a nuestro entender, si la competencia judicial

³⁶ Énfasis añadido.

internacional no se atribuye, en los casos relativos a derechos de patente europea en los que el demandado esté domiciliado fuera de la Unión, a un Estado miembro firmante del ATUP, ni siquiera por las normas de origen interno, a las que el art. 6 RB I *bis* remite. De modo que la operación a realizar, en tales casos, sería la de comprobar la falta de base jurídica para establecer la competencia de un Estado miembro parte del ATUP, primero con base en las normas de competencia del Reglamento y, segundo –y de forma subsidiaria–, en función de las normas de origen interno (por remisión del art. 6 del Reglamento). En defecto de ello, sería cuando entraría en juego el art. 71.ter.2, el cual permite la aplicación de las normas de competencia del Reglamento como si el demandado estuviera domiciliado en el territorio de la Unión.

En nuestra opinión, lo que se ha perseguido con la introducción de este precepto es asegurar la competencia del TUP en el mayor número de litigios, de manera que ningún asunto relativo a derechos de patente europea quede fuera de su jurisdicción. Asimismo, no podemos dejar de remarcar la diferencia que, de esta manera, se establece entre las distintas materias reguladas por el RB I *bis*; diferencia que no solo se da *ratione materiae* sino también en función del territorio, ya que solo se contempla para ampliar la competencia judicial internacional de los Estados miembros parte del ATUP.

En otro orden de cosas, la dicción del art. 71.ter debe ser necesariamente completada con el considerando 7 del Reglamento nº 542/2014, pues el mismo aporta complementos importantes: por una parte, que el valor de los bienes (se entiende que muebles e inmuebles, ya que no se concreta) del demandado no sea insignificante en relación con la cuantía de la demanda y, por otra parte, se indican ejemplos de la conexión suficiente con los Estados miembros parte del acuerdo por el que se establezca el órgano jurisdiccional común, como que el domicilio del demandante esté situado en el Estado donde tenga los bienes el demandado o que las pruebas relativas al asunto se hallen en ese Estado.

Este criterio, el de los bienes, por un lado, y como punto de conexión para determinar la competencia judicial internacional, nos parece poco apropiado, desde el punto de vista de que el vínculo entre los bienes que pueda poseer el demandado en un determinado lugar y los derechos de patente que ostente el demandante es poco relevante³⁷. Entendemos que ello ha motivado la inclusión del requisito de que exista un vínculo suficiente con el Estado, pero aun así, los

³⁷ En similares términos arguye P.A. De Miguel Asensio, “La Propuesta de modificación del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) para su adaptación al Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes”, *La Ley: Unión Europea*, nº7, septiembre de 2013, pp. 6–7; *id.*, “The Unified Patent Court Agreement and the Amendment to the Brussels I Regulation (Recast)”, en C. Honorati (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Turín, G. Giappichelli, 2014, pp. 164–165.

ejemplos provistos por el mencionado considerando³⁸ no guardan, a nuestro modo de ver, una justificación que fundamente la inclusión de este nuevo foro de competencia. En nuestra opinión, la inclusión de un nuevo foro de competencia limitado a los litigios derivados de derechos de patente debe guardar relación estrecha con esos derechos o con la invención protegida por los mismos, como por ejemplo podría ser el desarrollo de relaciones comerciales en el Estado donde el demandado tenga bienes, siempre y cuando las mismas estén relacionadas con la invención protegida por la patente.

Por otro lado, el texto del art. 71.ter no esclarece si los bienes a los que alude son todos los bienes del demandado o sólo una parte de ellos. Tampoco lo hace el considerando séptimo ni las versiones inglesa y francesa del Reglamento nº 542/2014. Siempre se alude a “los bienes”, lo cual hace pensar que la competencia del órgano jurisdiccional común quedará establecida cuando se encuentren bienes del demandado en el territorio de uno de los Estados parte del acuerdo por el que se establece el órgano jurisdiccional común, sin necesidad de que sean todos los bienes. En este sentido, cabe preguntarse qué pasaría si el demandado tuviese bienes en varios Estados firmantes del acuerdo por el que se establece el órgano jurisdiccional común o si los bienes recayeran en varios Estados miembros, siendo unos firmantes de dicho acuerdo y otros, no. Entendemos que en el primer supuesto quedaría, de alguna manera, reafirmada la competencia del órgano jurisdiccional común y, en el segundo, que el órgano jurisdiccional común tendría, igualmente, competencia, pero que, sin embargo, dicha competencia no sería predicable respecto a los Estados miembros no firmantes del ATUP, lo que supone un diferente tratamiento entre Estados miembros difícilmente justificable a nuestro modo de ver.

Este supuesto de dispersión de los bienes del demandado en varios Estados miembros, también da lugar a plantearse si el valor de los bienes al que alude el considerando séptimo –que no debe ser insignificante–, se debe calcular teniendo en cuenta todos los bienes del demandado en el territorio de la Unión o si, únicamente, se debe limitar al valor de los bienes situados en el Estado miembro con el que el litigio guarde suficiente conexión. Habrá que estar a la interpretación del TJUE al respecto, pero, en puridad teórica literal, conforme a la redacción del art. 71.ter, esa evaluación debería restringirse a la cuantía de los bienes situados en el territorio del Estado miembro parte con el que el litigio guarde vinculación.

Esta última reflexión, no obstante, nos hace también cuestionarnos que, en este nuevo foro de competencia sobre los demandados domiciliados en terceros

³⁸ Los ejemplos que se indican se refieren a que el demandante resida en el mismo Estado en que el demandado posee bienes o que las pruebas se hayan de practicar en ese Estado.

países, la situación de los bienes del demandado juega un especial papel en la determinación de la competencia del órgano jurisdiccional común, siendo que, de la lectura del ATUP, se deriva la sensación de una desvinculación territorial con el Estado que ostenta la competencia judicial internacional. Resulta llamativo, pues, el uso que se hace de la localización en función de que convenga más o menos para declarar la competencia del TUP.

Finalmente, conviene también destacar lo indicado por el art. 71.ter.3, conforme al cual, el órgano jurisdiccional competente, cuando ostente competencia en los casos en los que el demandado esté domiciliado en el territorio de un Estado tercero, también podrá conocer de los perjuicios que la violación de una patente europea cause fuera del territorio de la Unión. Las patentes europeas se pueden validar también en Estados no miembros de la UE que sean parte del Convenio de Múnich. Por tanto, mediante esta previsión, el TUP conocerá también de los perjuicios que se produzcan fuera del territorio de sus Estados contratantes. Tema distinto será el del reconocimiento y ejecución de la resolución dictada por el TUP en esos Estados.

En resumen, se trata de un nuevo foro de competencia añadido al RB I *bis*, con motivo de su modificación para que pueda entrar en vigor el ATUP, pero que no se aplicará a todos los Estados miembros, sino solo a aquellos que hayan ratificado el TUP y respecto a los litigios cubiertos por éste (nos referimos solo al TUP porque, de momento, el Protocolo que amplía las facultades del Tribunal de Justicia del Benelux aún no ha entrado en vigor, ya que su entrada en vigor se hace depender de las ratificaciones –art. III del Protocolo–, sin que todavía se haya ratificado por ninguno de los tres Estados firmantes³⁹).

Así pues, se advierte un diferente tratamiento del demandado en los litigios relativos a los derechos de propiedad industrial (ámbito cubierto por el TUP –patentes– y el Tribunal de Justicia del Benelux –marcas y diseños/modelos industriales–). Se trata, pues, de una diferenciación por razón de la materia y del territorio (englobado por estos órganos jurisdiccionales comunes). La Comisión, en su Propuesta de Reglamento para modificar el RB I *bis*⁴⁰, indicó que “[g]racias a esta ampliación, el acceso al Tribunal Unificado de Patentes y al Tribunal de Justicia del Benelux estará garantizado en los casos en que el demandado no tenga su domicilio en un Estado miembro de la UE, como lo está en los casos en que sí lo tiene”. Se deja entrever, por tanto, la voluntad de convertir al TUP en prácticamente el único tribunal competente en materia de patentes en el territorio de la UE.

³⁹ Vid. el estado de las ratificaciones en la página web oficial de la OMPI: http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/parties.jsp?treaty_id=840&group_id=21 (visitada el día 10 junio 2014).

⁴⁰ Propuesta de la Comisión Europea para modificar el RB I *bis*, de 26 julio 2013.

Si bien es cierto que también se contienen disposiciones similares en el Reglamento (CE) n° 207/2009 del Consejo de 26 febrero 2009, sobre la marca comunitaria⁴¹ y en el Reglamento (CE) n° 6/2002 del Consejo de 12 diciembre 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios⁴², no lo es menos el hecho de que estos instrumentos sean Reglamentos adoptados en el seno de la propia UE⁴³; situación diferente a la que ahora se pretende lograr: el uso de un Reglamento de la Unión para ampliar el ámbito de actuación de Tribunales instaurados mediante Convenios internacionales ajenos a la Unión.

VII. Medidas cautelares

Respecto a la determinación del órgano judicial revestido de competencia judicial internacional e interna para la adopción de medidas cautelares, el RB I *bis* y el ATUP parece que, a simple vista, no presentan problemas de descoordinación. En efecto, según el nuevo art. 71.ter.2, “[p]odrán solicitarse a un órgano jurisdiccional común medidas provisionales, incluidas medidas cautelares, incluso si los órganos jurisdiccionales de un tercer Estado son competentes para conocer del fondo del asunto”.

Este precepto, a nuestro modo de ver, ha tratado de solventar la descoordinación que se planteaba por aplicación del art. 35 RB I *bis*, el cual ha quedado prácticamente anulado en relación a los litigios relativos a patentes europeas, pues el art. 71.ter.2 se aplicará con carácter preferente al ser una norma más específica. De modo que se advierte un diferente tratamiento de la competencia judicial para la adopción de medidas cautelares, respecto de otras materias distintas a la de los derechos de patente; diferente tratamiento que viene motivado por la ampliación del ámbito de aplicación del ATUP.

⁴¹ DO L 78 de 24.3.2009. Art. 97:

“[...] 2. Si el demandado no estuviera domiciliado ni establecido en el territorio de un Estado miembro, estos procedimientos se llevarán ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio tenga su domicilio el demandante o, si este último no estuviera domiciliado en uno de los Estados miembros, del Estado miembro en cuyo territorio tenga un establecimiento.

3. Si ni el demandado ni el demandante estuvieran así domiciliados ni establecidos, los procedimientos se llevarán ante los tribunales del Estado miembro en que radique la sede de la Oficina”.

⁴² DO L 3 de 5.1.2002. Art. 82:

“[...] 2. “Si el demandado careciere de domicilio o establecimiento en alguno de los Estados miembros, tales procedimientos se entablarán ante los tribunales del Estado miembro en el que tuviere su domicilio el demandante o, si éste careciere de domicilio en alguno de los Estados miembros, en el que tuviere su establecimiento.

3. Si ni el demandado ni el demandante tuvieran allí su domicilio o establecimiento, los procedimientos se entablarán ante los tribunales del Estado miembro en que tenga su sede la Oficina”.

⁴³ En esta línea, P.A. De Miguel Asensio, “La Propuesta de modificación...”, *loc. cit.*, p. 7; *id.*, “The Unified Patent Court...”, *loc. cit.*, p. 160.

El problema que se suscitaba con anterioridad a la aparición del Reglamento nº 542/2014 venía provocado por la distinción que el citado art. 35 RB I *bis* realiza entre el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto y los órganos jurisdiccionales del resto de Estados. De modo que si el demandante hubiese querido solicitar la medida cautelar del Estado internacionalmente competente para conocer del fondo del asunto conforme al RB I *bis*, hubiese habido una alta probabilidad de que la División del TUP que finalmente se pronunciara sobre su adopción no estuviera localizada en el territorio de ese Estado designado por el RB I *bis*.

Esta disposición, por tanto, se trata de una norma específica para los órganos jurisdiccionales comunes que supone un distinto tratamiento de la tutela cautelar en esta materia que, a mayor abundamiento, no se justifica *ratione materiae*, en nuestra opinión.

VIII. Litispendencia

Tanto el RB I *bis* como el ATUP contienen normas sobre litispendencia. El problema radica en que se trata de normas que proclaman soluciones contradictorias (si bien, unas normas pretenden regular la litispendencia internacional y, otras, la interna). En el campo de la infracción de derechos de patente, son destacables tres escenarios:

i) En primer lugar, si se plantean demandas en varios Estados por violación de la misma patente entre las mismas partes, conforme al art. 29 RB I *bis*, tendrá prioridad para declarar su competencia el primer tribunal que hubiese conocido del asunto, mientras que el tribunal que conociera del segundo proceso debe suspenderlo hasta que el primero se pronuncie sobre su competencia. Sin embargo, en aplicación del art. 33.2º, tercer párrafo, del ATUP, la División ante la que se haya ejercitado la acción en primer lugar será competente, y la División ante la que se plantee la acción posterior deberá declarar su inadmisibilidad. De manera que, mientras que en el RB I *bis* sí cabe la posibilidad de que, finalmente, el segundo tribunal conociera del asunto, en el ATUP siempre conocerá la División ante la que se presente el asunto en primer lugar.

ii) En segundo lugar, nos ocuparemos del caso de que se plantee una acción negativa de infracción y que, posteriormente, se interponga una acción por infracción de esa misma patente, entre las mismas partes. Esta táctica es la que se conoce como “torpedo”. Esta práctica consiste en llevar a cabo una conducta que persigue frustrar el proceso de declaración de infracción de un derecho de patente, mediante su dilación temporal excesiva. Así, el presunto infractor, previendo

que va a ser demandado, se adelanta y procede a interponer una demanda negativa de infracción ante un Estado caracterizado por su lentitud en la administración de justicia (normalmente, Italia o Bélgica)⁴⁴. Aplicando el RB I *bis*, en virtud de su art. 29.1º, se suspendería el procedimiento del segundo tribunal (ante el que se presenta demanda por infracción) hasta que el primer órgano judicial se pronuncie sobre su competencia; si bien, esta norma se altera en caso de que las partes hubiesen acordado una sumisión expresa en favor del segundo tribunal (art. 31.2º). De este modo, se intenta interponer obstáculos a las prácticas maliciosas que buscan retrasar el proceso y burlar la eficacia del acuerdo entre las partes.

Por otra parte, si aplicamos el ATUP, su art. 33.6º indica que, en estos casos, se suspenda siempre el primer procedimiento, de modo que se da prioridad al órgano ante el que se ha presentado la demanda por infracción para pronunciarse sobre su competencia. Esta suspensión, no obstante, se hace depender de que la acción por violación de patente se presente en el plazo de tres meses desde la fecha de incoación de la acción declarativa de inexistencia de infracción.

Pese a que creemos que la mejor solución, en aras de evitar el problema de los “torpedos”, es la proclamada por el ATUP (dejando aparte la falta de previsibilidad en la concreción de la División del TUP competente, aspecto que comentaremos infra), no podemos dejar de señalar su incongruencia con el régimen del RB I *bis* (pese a que un instrumento regule normas de litispendencia interna y el otro, internacional).

ii) En tercer lugar, hemos de referirnos al supuesto de que esté pendiente una acción de infracción y posteriormente se presente una acción de nulidad de la misma patente. En este caso, en el sistema Bruselas I, y teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE comentada supra, el primer tribunal deberá suspender el procedimiento hasta que el segundo tribunal (exclusivamente competente para conocer de la validez de la patente) se pronuncie. Sin embargo, en aplicación del ATUP, por el juego de sus arts. 33.5º y 33.3º, en estos casos, cabe que la División local o regional que se declaró competente para conocer de la infracción conozca también de la nulidad, sin perjuicio de recurrir a la División central si así se estima conveniente. Por tanto, también en este escenario se corre el riesgo

⁴⁴ M. Franzosi, “Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo”, *European Intellectual Property Review*, 1997, nº 7, pp. 384–385; A. Gardella, “Torpedoes and Actions for Negative Declarations in International IP Law Litigation”, en A. Nuyts (ed.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2008, p. 186; J.J. Fawcett y P. Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, 2ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 2011, p. 209; V. Jandoli, “The “Italian Torpedo””, *International Review of Intellectual Property*, vol. 31, 2000, p. 788; T. Simons, “Cross-Border “Torpedo” Actions”, *The European Legal Forum*, nº 5–6, 2003, pp. 287–288.

de que el órgano que finalmente conozca radique en un Estado distinto al señalado por el RB I *bis*.

En nuestra opinión, más allá de que se defienda que las normas del RB I *bis* son normas de litispendencia internacional, mientras que las normas contenidas en el ATUP se refieren a la litispendencia interna, no tiene sentido que los órganos judiciales que acaben atribuyéndose un asunto radiquen en un Estado diferente del que deberían hallarse los órganos designados por el Reglamento, aunque se pretenda que, pese a que se encuentran en otro Estado, forman parte de la organización judicial del Estado señalado por el Reglamento. Una vez más, se pone en tela de juicio la efectividad práctica del sistema normativo del Reglamento, en este caso por lo que respecta al régimen de litispendencia internacional. Ya en 1991, el TJUE señaló que, independientemente de que la competencia judicial internacional la determinara el sistema Bruselas I o el derecho interno, las normas de litispendencia internacional a aplicar debían ser las del sistema Bruselas I⁴⁵, de modo que, en ese caso, se garantizaba su aplicabilidad, ignorándose las normas de litispendencia internacional de origen interno. Esto demuestra la importancia de su observancia en la práctica, observancia que queda relegada a un mero formalismo al entrar en juego las reglas de litispendencia interna del ATUP.

IX. La presunta vulneración de la seguridad jurídica

Los derechos procesales de las partes en un litigio cubierto por el ATUP podrían verse vulnerados por falta de seguridad jurídica, debido a la imposibilidad de prever con certeza la localización estatal de la División del TUP que conocerá del asunto, pues, como venimos indicando, el ATUP configura sus Divisiones como órganos judiciales nacionales de los Estados parte del Acuerdo, más allá de que no se hallen físicamente dentro de sus fronteras nacionales. En relación con esto, nos parece interesante la jurisprudencia del TJUE, que ha indicado que la aplicación de un convenio internacional entre Estados miembros “[...] *no puede menoscabar los principios* que inspiran la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la Unión, como los principios, evocados en los considerandos sexto, undécimo, duodécimo y décimo quinto a décimo séptimo del Reglamento nº 44/2001, de libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil, *de previsibilidad de los órganos jurisdiccionales competentes y, por consiguiente, de seguridad jurídica* para los justiciables, de buena admi-

⁴⁵ STJ 27 junio 1991, as. C-351/89: *Overseas Union Insurance y otros*, párr. 14. Vid., al respecto, R. Fentiman, “Lis pendens – Related Actions. Introduction to Arts. 27–30”, U. Magnus y P. Mankowski (Eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, 2ª ed., Múnich, Sellier, 2012, pp. 579–580

nistración de justicia, de reducción al máximo del riesgo de procedimientos paralelos y de confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión”⁴⁶.

En consecuencia, la aplicación del ATUP, al posibilitar el emplazamiento de la División competente fuera de las fronteras del Estado en cuya organización judicial se inserta, da lugar, *de facto*, a una solución que podría menoscabar el principio de previsibilidad de los órganos jurisdiccionales competentes y, por ende, el de seguridad jurídica para los justiciables. La aplicación de convenios internacionales, en materias cubiertas por el Derecho de la Unión, no puede dar lugar a resultados menos favorables para la realización del buen funcionamiento del mercado interior que aquéllos a los que dan lugar las disposiciones de un Reglamento. Así lo indicó el TJUE al examinar la relación entre el Reglamento nº 44/2001 y el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera⁴⁷. Parece ser que, al aplicar el combinado RB I *bis* –ATUP, se logra, en algunos casos, un resultado menos favorable (por la falta de previsibilidad) que al aplicar el combinado RB I *bis* – normas de origen interno.

El supuesto más claro, en la materia que nos ocupa, se refiere a aquellas controversias que se erijan cuando concluya el periodo transitorio previsto en el propio ATUP (art. 83⁴⁸) y que se basen en contratos firmados con anterioridad a la ratificación del ATUP. De modo que las partes, en el momento de la firma de su contrato, podían legítimamente prever que, en caso de disputa, la misma se dirimiría en uno de los países determinados por los foros de competencia previstos en el RB I o su sucesor, el Bruselas I *bis* y, finalmente, por aplicación del art. 83.3º ATUP (es decir, que las partes no hayan notificado a la Secretaría del TUP, antes de un mes del término del periodo transitorio, el deseo de eximirse de la competencia exclusiva del TUP), vean completamente burlada esa previsión con la que contaban.

Ejemplo de ello sería el caso de un contrato sobre licencia de patente europea concluido en 2011. Pasados quince años (y transcurrido el periodo transitorio sin que las partes hayan ejercido el opt out), esto es, en 2026, surge una diferencia entre las partes en relación con una conducta realizada por el licenciatario susceptible de infracción del derecho de patente. En tal caso, las partes, ambas domiciliadas en Bulgaria y habiendo pactado la sumisión expresa a los tribunales búlgaros, se ven obligadas a litigar en la División del TUP para la península

⁴⁶ Énfasis añadido. STJUE (Gran Sala) 4 mayo 2010, as. C-533/08: as. C-452/12: *TNT Express Nederland*, párr. 49 y STJUE (Sala Tercera) 19 diciembre 2013, as. C-452/12: *Nipponkoa*, párr. 36.

⁴⁷ STJUE (Gran Sala) 4 mayo 2010, as. C-533/08: *TNT Express Nederland*, párr. 51.

⁴⁸ Se prevé un periodo transitorio de siete años a partir de la fecha de entrada en vigor del ATUP, durante el cual podrán presentarse, a elección del demandante, acciones ante los órganos judiciales nacionales territorial y funcionalmente competentes en virtud del derecho interno u optar por litigar ante las Divisiones del TUP.

balcánica situada en Bucarest⁴⁹, en virtud de una eventual División regional balcánica que se cree de conformidad con el art. 7.5° ATUP. De este modo, las partes quedarían privadas del ejercicio de la sumisión expresa que indicaron en su contrato, lo cual podría implicar una vulneración del principio de seguridad jurídica para los justiciables.

De todos modos, la misma vulneración sería predicable sin necesidad de que hubiera un pacto de sumisión entre las partes, pues conforme al considerando decimoquinto del RB I *bis*, “[l]as normas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad [...]”. En nuestra opinión, esta previsibilidad se verá mermada por el juego de Divisiones regionales del TUP, unido a la División central con sede en París, Múnich y Londres (art. 7.2° ATUP), una vez transcurrido el periodo transitorio previsto en el Acuerdo (momento en que ya no se podrá optar por la aplicación del RB I *bis*). De conformidad con el art. 7.5° ATUP y el art. 18 del Estatuto del TUP (Anexo I del ATUP), la creación de una División regional se aprobará tras la petición de dos o más Estados contratantes y la decisión favorable del Comité administrativo. No se detallan los requisitos para la efectiva creación de una División regional. De todas formas, lo que aquí interesa es la ficción a la que se puede llegar mediante el juego de Divisiones predicado por el TUP: que se acabe litigando en un Estado diferente de aquel en que deberían radicar los órganos judiciales designados por el RB I *bis*, de modo que este último instrumento quedará relegado a un papel simbólico o sin importancia en la litigación internacional de derechos de patente.

X. El sistema judicial nacional de adscripción

Otro problema que se suscita tiene que ver con el sistema judicial nacional en el que se inserta el TUP, a efectos de determinar el Estado del que provendrán las sentencias dictadas por una de las Divisiones del TUP para su reconocimiento. En este sentido, el RB I *bis* indica, en su art. 71.*bis*.1 (introducido por el Reglamento n° 542/2014), lo siguiente: “A efectos del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional común a varios Estados miembros [...] se considerará un órgano jurisdiccional de un Estado miembro [...]”. La vaguedad en la concreción del Estado miembro específico del que provendrán las resoluciones dictadas

⁴⁹ Pues el momento de aplicación temporal de las normas jurídicas se hace depender de la fecha de presentación de la demanda, y no de la fecha en la que se concluyó el acuerdo de elección de foro. Así lo determinó el TJUE en relación con un caso donde la sumisión expresa se efectuó antes de que entrara en vigor el Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 septiembre 1968 (DO C 27 de 26.1.1998; en adelante, Convenio de Bruselas) y la demanda se presentó bajo el régimen del citado Convenio. *Vid.* STJUE 13 noviembre 1979, as. 25/79: *Collin*, párr. 6.

por el TUP puede implicar serios problemas en la práctica, si el reconocimiento y ejecución se pretende de un Estado miembro que no sea parte del ATUP⁵⁰.

En tal caso, el instrumento que habría que aplicar para proceder al reconocimiento y ejecución sería el RB I *bis*. En efecto, así lo indica su art. 71.2º.b), conforme al cual “[...] las resoluciones dictadas en un Estado miembro por un órgano jurisdiccional que haya fundado su competencia en un convenio relativo a una materia particular serán reconocidas y ejecutadas en los demás Estados miembros con arreglo al presente Reglamento”.

Llegados a este punto, los problemas podrían suscitarse en relación con las sentencias que lidien con la validez de los derechos de patente. Según el art. 24.4º RB I *bis*, esta materia es una de las clasificadas como de competencia judicial internacional exclusiva, ya se plantee la pretensión por vía de acción o de excepción. Y, conforme al art. 45.1º.e.ii del mismo Reglamento, uno de los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución (en el régimen conocido como automático) es la vulneración de las competencias exclusivas. De esta manera, si el Estado ante el que se pretende el reconocimiento y ejecución –no firmante del ATUP– no puede determinar el sistema judicial nacional al que se adscribe la resolución que se pretende reconocer, podría denegar dicho reconocimiento sobre la base de la vulneración de la competencia judicial internacional exclusiva.

Por ejemplo, se podría plantear un litigio en relación con la infracción y consiguiente nulidad por reconvención de una patente europea belga, que se examinara en la eventual División regional del TUP para el Benelux localizada en Luxemburgo. Si la resolución pretendiera reconocerse en España, el juez español comprobaría la competencia judicial internacional exclusiva conforme al RB I *bis* (cuyos arts. 45.1º.e.ii y 46 establecen que la vulneración de las competencias exclusivas es un motivo de denegación del reconocimiento y ejecución). A partir de ahí, se determinaría que la competencia judicial internacional exclusiva recae sobre un órgano jurisdiccional belga, pero al comprobar que la sentencia se ha dictado en Luxemburgo, el juez español podría denegar su reconocimiento y ejecución, al no especificarse ni en el RB I *bis* ni en el ATUP el sistema judicial nacional concreto al que han de adscribirse las resoluciones dictadas por el TUP.

XI. Las repercusiones de su ratificación escalonada

El ATUP ha sido firmado por 25 Estados miembros de la UE (de un total de 28, a falta de Croacia, España y Polonia). Y, de momento, solo lo han ratificado Aus-

⁵⁰ En la misma línea escribe R. Arenas García, *loc. cit.*, pp. 167–168.

tria y Francia⁵¹. De modo que parece ser que el proceso de ratificación será progresivo, lo cual supondrá, tras la entrada en vigor del Acuerdo (su art. 89.1º exige 13 ratificaciones), su aplicación progresiva a los Estados que se vayan sumando al mismo. Así pues, el futuro próximo augura dos diferentes escenarios en relación con la competencia judicial en materia de patentes: los Estados que habrán ratificado el ATUP, por una parte, y los Estados que lo habrán firmado pero que aún no lo hayan ratificado, conjuntamente con los Estados que no lo hayan ni firmado ni ratificado, por otra parte. De modo que habrá que estar al caso concreto para ver si la competencia se determina acudiendo simplemente al régimen tradicional del RB I *bis* / Convenio de Lugano y a la normativa de origen interno o si, además del RB I *bis* / Convenio de Lugano, habrá que tener en cuenta las disposiciones del ATUP. Y, para complicar un poco más las cosas, no hay que olvidar el período transitorio previsto por el art. 83 ATUP, durante el cual, el demandante podrá optar entre acogerse al sistema configurado por dicho Acuerdo o determinar la competencia territorial/funcional interna al margen del mismo (vía el Derecho interno de cada Estado).

XII. Conclusión

A la luz de todo lo expuesto, el ATUP nos parece incompatible con el sistema jurídico actual que fundamenta la UE. Estamos asistiendo a la consolidación de un artificio (el TUP) que difícilmente casa con el Derecho de la Unión. A nuestro modo de ver, todos los problemas aquí analizados tienen como origen el método que se ha escogido para crear un tribunal especializado en materia de patentes: un convenio internacional de Derecho internacional clásico, es decir, al margen de los instrumentos jurídicos de la UE.

Resulta llamativo que solo en materia de patentes se haya previsto un artificio jurídico de las características descritas. En efecto, en el seno de la UE no hay otro órgano judicial equiparable. Ahora bien, la dicción del RB I *bis* parece que pretenda equiparar el Tribunal de Justicia del Benelux al TUP⁵². De todos modos, conviene señalar que el Tribunal de Justicia del Benelux fue creado en 1965 para interpretar las normas jurídicas (en materia de propiedad industrial – concretamente, marcas y diseños/modelos industriales–) que comparten los países del Benelux, es decir, Bélgica, Holanda y Luxemburgo⁵³, así pues, no es un Tribunal que conozca asuntos de forma directa ni vinculados con normas procedentes de la UE, pese a que se haya iniciado un movimiento en pro de ampliar

⁵¹ Vid. la página web oficial de la Comisión Europea: http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/patent/ratification/ (visitada el día 10 junio 2014).

⁵² Considerando decimoprimer y art. 71.bis.2 RB I *bis*.

⁵³ Punto 1.1 de la Propuesta de la Comisión Europea para modificar el RB I *bis*, de 26 julio 2013.

sus competencias a través de un Protocolo de 22 julio 2010 (aun no en vigor) al Tratado de Benelux de 1965, que así lo posibilitaría⁵⁴.

La celeridad por ampliar las competencias del Tribunal de Justicia del Benelux hace sospechar que dicha modificación se lleva a cabo para hacerla coincidir con la instauración del TUP, de modo que éste no acapare toda la atención de las críticas. Aun así, el mencionado Protocolo al Tratado de Benelux no distribuye competencias judiciales entre los Estados firmantes del mismo y, por ende, este instrumento no es equiparable, desde el punto de vista de la determinación de la competencia territorial y funcional interna, al ATUP⁵⁵. Así pues, cabe preguntarse por qué se da un tratamiento diferenciado a la competencia judicial internacional en materia de patentes (frente al resto de materias) para determinar la competencia territorial y funcional interna. Como ya se denunció por la doctrina, todo el proceso que ha envuelto a la patente unitaria ha sido de los más opacos en la historia de la Unión⁵⁶.

Como apunte al respecto, conviene mencionar que, el art. 32 Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 mayo 1969⁵⁷ establece que en la interpretación de los convenios internacionales se tendrán en cuenta las circunstancias de su celebración, cuando la interpretación literal dé lugar a un sentido ambiguo u oscuro. En este caso, la ambigüedad en la aplicación práctica del Acuerdo ha quedado, a nuestro modo de ver, fundamentada. Así, las circunstancias de la adopción del mismo nos llevan a concluir que la voluntad real de los Estados parte parece que ha sido la regulación de la competencia judicial internacional a espaldas de la Unión, más que la pretendida competencia territorial y funcional interna, o, cuanto menos, que el ATUP altera el alcance del RB I *bis* y, por lo tanto, de una norma institucional común, teniendo la Unión competencia exclusiva para ello (art. 3.2º TFUE).

En nuestra opinión, la solución idónea debería haber pasado por la creación de un tribunal especializado adjunto al Tribunal General⁵⁸ (el TFUE solo prevé la

⁵⁴ El texto del citado Protocolo está disponible en la página web oficial de la OMPI: http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=264843 (visitada el día 10 junio 2014).

⁵⁵ En esta línea, *Vid.* en punto 12 el informe del Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, “The Unitary Patent Package: Twelve Reasons for Concern”, disponible en la página web oficial del propio Instituto: http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/MPI-IP_Twelve-Reasons_2012-10-17_final3.pdf (consultada el día 10 junio 2014).

⁵⁶ M. Desantes Real, “El Acuerdo sobre un Tribunal...”, *loc. cit.* (Blog *Conflictus Legum*).

⁵⁷ *NUTS*, vol. 1155, nº 18232.

⁵⁸ Esta posibilidad ya se planteó en el Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 octubre 2007, elaborado por el Sr. F. Pocar [DO C 319 de 23.12.2009], párr. 102, si bien la competencia de la sala especializada la limitaba a la competencia exclusiva sobre el registro y la validez de las patentes. También ha sido planteada por M. Desantes Real, “Le ‘paquet européen des brevets’, paradigme du chemin à rebours: de la logique institutionnelle à la logique intergouvernementale”, *Cahiers de droit européen*, vol.

creación de este tipo de salas con competencia respecto a “determinadas categorías de recursos interpuestos en materias específicas”⁵⁹, extremo, éste, que nos hace plantearnos la posible necesidad de modificar el TFUE en este punto para poder llevar a efecto una sala judicial especializada que asumiera las competencias que se han atribuido al TUP, correspondiendo la apelación al TJUE). El procedimiento para la creación de un tribunal especializado adjunto al Tribunal General es el legislativo ordinario (arts. 257 y 281 TFUE), de modo que la regla de voto es la mayoría cualificada (art. 294 TFUE) y no la unanimidad.

Además, el propio art. 257 TFUE establece que “[e]l reglamento por el que se cree un tribunal especializado fijará las normas relativas a la composición de dicho tribunal y precisará el alcance de las competencias que se le atribuyan. [...]”. Por tanto, en dicho reglamento se podría haber limitado el alcance de las decisiones del órgano especializado, de modo que recayeran solo sobre las patentes europeas, con y sin efecto unitario. Todo ello, sin embargo, se tendría que ver acompañado de una modificación del RB I *bis*, en el sentido de que los casos relativos a estos tipos de patentes se conocerían por la sala especializada correspondiente dentro de la arquitectura del TJUE.

La ventaja de esta propuesta recae, pues, en la armonía del sistema instaurado por el RB I *bis*, heredero del Convenio de Bruselas de 1968. De esta forma, se hubiese conseguido la centralización de la competencia judicial internacional en un solo tribunal especializado en Derecho de patentes, cuya composición se podría configurar conforme a la fijada en el ATUP (contando con jueces con formación jurídica y técnica⁶⁰).

En consecuencia, la opción empleada, más que un avance –que podría haber supuesto la mejora de la competitividad del sistema de patentes en Europa frente al de EE UU o Japón–, ha implicado, en nuestra opinión, un retroceso, que suma obstáculos y resta claridad en la litigación en materia de patentes en Europa.

Bibliografía

- Arenas García, R.: “Competencia judicial internacional y litigios en materia de patentes: Bruselas I, LOPJ y Tribunal Unificado de Patentes, *liaisons dangereuses?*”, en R. Morral Soldevila (dir.), *Problemas actuales de Derecho de la propiedad industrial. III Jornada de Barcelona de Derecho de la propiedad industrial*, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2013, pp. 163 ss.

49, nº 3, 2013, p. 653, si bien este autor no especifica la forma de llevar a cabo esa sala especializada del TJUE, teniendo en cuenta la situación de que no todos los Estados miembros de la Unión han querido formar parte del sistema de patente unitaria ni verse vinculados por la jurisdicción del TUP.

⁵⁹ Art. 257 TFUE.

⁶⁰ Arts. 8 y 9 Acuerdo TUP.

- De Miguel Asensio, P.A.: “Convenios internacionales y unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 60 ss.
- De Miguel Asensio, P.A.: “La Propuesta de modificación del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) para su adaptación al Acuerdo sobre un tribunal unificado de Patentes”, *La Ley: Unión Europea*, nº7, septiembre de 2013, pp. 6 ss.
- De Miguel Asensio, P.A.: “The Unified Patent Court Agreement and the Amendment to the Brussels I Regulation (Recast)”, en C. Honorati (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Turín, G. Giappichelli, 2014, pp. 164 ss.
- Desantes Real, M.: “Le ‘paquet européen des brevets’, paradigme du chemin à rebours: de la logique institutionnelle à la logique intergouvernementale”, *Cahiers de droit européen*, vol. 49, nº 3, 2013, p. 653 ss.
- Fawcett, J.J. y P. Torremans: *Intellectual Property and Private International Law*, 2ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 2011.
- Franzosi, M.: “Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo”, *European Intellectual Property Review*, 1997, nº 7, pp. 384 ss.
- Gardella, A.: “Torpedoes and Actions for Negative Declarations in International IP Law Litigation”, en A. Nuyts (ed.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2008, pp. 186 ss.
- Iglesias Buhigues, J.L.: “Derecho internacional privado, patente europea con efecto unitario y Tribunal Unificado de Patentes”, C. Pellisé (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Madrid, M. Pons, 2014, pp. 151 ss.
- Jandoli, V.: “The ‘Italian Torpedo’”, *International Review of Intellectual Property*, vol. 31, 2000, pp. 788 ss.
- Magnus, U. y P. Mankowski (eds.): *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, 2ª ed., Múnich, Sellier, 2012.
- Mahne, K.P.: “A Unitary Patent and Unified Patent Court for the European Union: An Analysis of Europe's Long Standing Attempt to Create a Supranational Patent System”, *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, vol. 94, nº 2, 2012, pp. ss173.
- Simons, T.: “Cross-Border ‘Torpedo’ Actions”, *The European Legal Forum*, nº 5–6, 2003, pp. 287–288.
- Xenos, D.: “The European Unified Patent Court: Assessment and Implications of the Federalisation of the Patent System in Europe”, *SCRIPTed*, vol. 10, nº 2, 2013, pp. 276 ss.

LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2013– MAYO 2014

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ *

El presente trabajo tiene por objeto informar sobre las actividades desarrolladas por la Comisión Europea en materias relacionadas con el Derecho internacional privado durante el periodo comprendido entre mayo 2013 y mayo 2014. En este tiempo la labor desarrollada por la Comisión ha sido muy abundante y entre sus actividades hay que destacar la presentación de su Programa de Trabajo para 2014 en una Comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones¹, en el que se establecía como prioridad el fomento del crecimiento y el empleo a través de medidas que favorezcan la recuperación económica y la creación de empleo para hacer frente a las consecuencias sociales de la crisis. Asimismo, hay que destacar el Informe de la Comisión, Trigésimo informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho de la UE (2012)².

Por otra parte, la Comisión presentó su Informe anual 2012 sobre subsidiariedad y proporcionalidad³ (vigésimo informe anual de la Comisión donde examina la forma en que las distintas instituciones y organismos de la UE han implantado ambos principios y si la práctica ha cambiado en comparación con años anteriores); y su Informe anual 2012 sobre las relaciones con los Parlamentos nacionales, Informe de la Comisión sobre las relaciones entre la Comisión Europea y los Parlamentos nacionales⁴.

* Profesor titular acreditado de Derecho internacional privado. Universidad de Alicante.

¹ Doc. COM (2013) 739 final, de 22 de octubre.

² Doc. COM (2013) 726 final, de 22 de octubre.

³ Doc. COM (2013) 566 final, de 30 de julio.

⁴ Doc. COM (2013) 565 final, de 30 de julio.

Además, durante este periodo la Comisión ha dedicado especial atención al desarrollo y construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia destacando, igualmente, su gran actividad en el ámbito del mercado interior con la adopción de numerosas iniciativas en ámbito de la libre prestación de servicios y en materia de protección de los consumidores.

1. Espacio de libertad, seguridad y justicia

1.1. Cooperación judicial en materia civil

Durante este periodo, el Reglamento Bruselas I ha sido objeto de varias iniciativas por parte de la Comisión. En primer lugar, presentó el Reglamento (UE) nº 566/2013 de la Comisión, de 18 junio 2013, por el que se modifica el anexo I del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este Reglamento modifica en el Anexo I del Reglamento 44/2001 la mención a Polonia en relación con la existencia en su legislación de origen interno de foros exorbitantes que no pueden invocarse frente a personas domiciliadas en Estados miembros⁵.

Por otra parte, como consecuencia del acuerdo en relación con el llamado “conjunto de medidas sobre patentes”, una iniciativa legislativa compuesta por dos Reglamentos (los “Reglamentos sobre la patente unitaria”) y un Acuerdo internacional (el “Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes” o “Acuerdo TUP”), que sienta las bases para el establecimiento de una protección unitaria mediante patente en la Unión Europea, la Comisión presentó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁶ (“Reglamento Bruselas I (refundición)”), por el que se refunde el Reglamento (CE) nº 44/2001 y que entrará en vigor el 10 enero 2015.

Respecto al proceso europeo de escasa cuantía, la Comisión presentó los siguientes documentos: En primer lugar, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía⁷. Este Reglamento ha mejorado, simplificado y acelerado en general la tramitación de las demandas de escasa cuantía en los litigios transfronterizos. Sin embargo, existen algunas

⁵ DO L 167 de 19.6.2013.

⁶ Doc. COM (2013) 554 final, de 26 de julio.

⁷ Doc. COM (2013) 795 final, de 19 de noviembre.

deficiencias y por ello la Comisión ha presentado una propuesta de modificación del Reglamento vigente, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure*⁸. En esta propuesta se modifica el art. 17 del Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo.

Junto a los mismos, la Comisión presentó el Resumen de la evaluación de impacto que acompaña al documento Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía y el Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo⁹; así como *Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure*¹⁰.

La Comisión también presentó dos Propuestas de Decisión del Consejo relacionadas con sendos Convenios de la Haya: la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a Austria y Malta a adherirse al Convenio de La Haya de 15 noviembre 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, en interés de la Unión Europea¹¹; y la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya, de 30 junio 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro¹². El objetivo de este Convenio es promover el comercio y las inversiones internacionales mediante la adopción de normas uniformes sobre competencia jurisdiccional basadas en acuerdos exclusivos de elección de foro y en el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales elegidos en las Partes contratantes..

En relación al divorcio y la separación judicial, es importante destacar la Decisión de la Comisión, de 27 enero 2014, por la que se confirma la participación

⁸ Doc. COM (2013) 794 final, de 19 de noviembre.

⁹ SWD (2013) 460 final, de 19 de noviembre.

¹⁰ SWD (2013) 459 final, de 19 de noviembre.

¹¹ Doc. COM (2013) 338 final, de 6 de junio.

¹² Doc. COM (2014) 46 final, de 30 de enero.

de Grecia en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, es decir en el Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial¹³.

Finalmente, en materia matrimonial y de responsabilidad parental se publicó el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000¹⁴. Este informe pone de manifiesto los problemas legales a los que aún se enfrentan en Europa las parejas internacionales en casos de litigios transfronterizos relacionados con el matrimonio o la custodia de sus hijos. No obstante, manifiesta que el Reglamento Bruselas II ha venido funcionando satisfactoriamente y ha contribuido a solucionar muchos litigios internacionales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

1.2. Política de visados y cruce de fronteras exteriores

En materia de visados diversas acciones específicas han sido presentadas por la Comisión durante este periodo. Entre ellas, destaca la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 539/2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación¹⁵; así como el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo una política de visados más inteligente en aras del crecimiento económico¹⁶.

Además, la Comisión presentó las siguientes Decisiones de ejecución: de 5 junio 2013, por la que se fija la fecha de entrada en funcionamiento del Sistema de Información de Visados (VIS) en una sexta y una séptima región¹⁷; de 20 agosto 2013, por la que se fija la fecha en que el Sistema de Información de Visados (VIS) será puesto en marcha en la octava región¹⁸; de 30 septiembre 2013, por la que se determina el tercer y último grupo de regiones para la puesta en marcha del Sistema de Información de Visados (VIS)¹⁹; y de 8 noviembre 2013,

¹³ DO L 23 de 28.1.2014.

¹⁴ Doc. COM (2014) 225 final, de 15 de abril.

¹⁵ Doc. COM (2013) 853 final, de 27 de noviembre.

¹⁶ Doc. COM (2014) 165 final, de 1 de abril.

¹⁷ Doc. DO L 154 de 6.6.2013.

¹⁸ Doc. DO L 223 de 21.8.2013.

¹⁹ DO L 268 de 10.10.2013.

por la que se fija la fecha de entrada en funcionamiento del Sistema de Información de Visados (VIS) en una novena, una décima y una undécima región²⁰.

En relación al funcionamiento del espacio Schengen, la Comisión presentó tres informes al Parlamento Europeo y al Consejo: el Cuarto informe semestral de funcionamiento del espacio Schengen 1 mayo 2013 – 31 octubre 2013²¹; el Informe final sobre el estado de desarrollo del sistema de información de Schengen de segunda generación (SIS II) Enero 2013 – Mayo 2013²²; y el Quinto informe semestral sobre el funcionamiento del espacio Schengen 1 noviembre 2013 – 30 abril 2014²³; así como una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un visado itinerante y por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y los Reglamentos (CE) n° 562/2006 y (CE) n° 767/2008²⁴.

Hay que destacar, igualmente, el Comunicado de la Comisión con arreglo al art. 2, ap. 3, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega y la Confederación Suiza, sobre la participación de estos Estados en los trabajos de los Comités que asisten a la Comisión Europea en el ejercicio de sus poderes ejecutivos por lo que se refiere a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen²⁵.

Por lo que se refiere al cruce de fronteras exteriores la Comisión presentó una Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un régimen simplificado de control de las personas en las fronteras exteriores basado en el reconocimiento unilateral por Croacia y Chipre de determinados documentos como equivalentes a sus visados nacionales de tránsito o para estancias en sus territorios que no excedan de 90 días por periodo de 180 días, y por la que se deroga la Decisión n° 895/2006/CE y la Decisión n° 582/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo²⁶; y un Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los requisitos relativos al cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros por niños²⁷; así como dos Comunicaciones al Parlamento Europeo y al Consejo: la primera sobre la aplicación de la Directiva 2009/52/CE, de 18 junio 2009, por la que se establecen normas mínimas en materia de sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular²⁸; y la segunda sobre la aplicación de la Directiva 2009/50/CE relativa a

²⁰ DO L 299 de 9.11.2013.

²¹ Doc. COM (2013) 832 final, de 28 de noviembre.

²² Doc. COM (2013) 777 final, de 2 de diciembre.

²³ Doc. COM (2014) 292 final, de 26 de mayo.

²⁴ Doc. COM (2014) 163 final, de 1 de abril.

²⁵ DO C 48 de 20.02.2014.

²⁶ Doc. COM (2013) 441 final, de 21 de junio.

²⁷ Doc. COM (2013) 567 final, de 2 de agosto.

²⁸ Doc. COM (2014) 286 final, de 22 de mayo.

las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (“Tarjeta Azul UE”)²⁹.

1.3. Asilo, refugio e inmigración

Para comenzar, hay que señalar que en Junio de 2013 la Comisión publicó su cuarto informe anual sobre inmigración y asilo mediante una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, 4º Informe Anual sobre Inmigración y Asilo (2012)³⁰.

Por lo que se refiere a la acogida de los solicitantes de asilo, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo con arreglo al art. 294, ap. 6 TFUE acerca de la posición del Consejo sobre la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo³¹; así como un Reglamento de Ejecución (UE) nº 118/2014 de la Comisión, de 30 enero 2014, que modifica el Reglamento (CE) nº 1560/2003, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país³².

Además, la Comisión también publicó una Comunicación al Parlamento Europeo con arreglo al art. 294, ap. 6 TFUE acerca de la Posición del Consejo sobre la adopción de una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida³³.

En materia de migración la Comisión presentó dos informes: el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Informe sobre la aplicación del Enfoque Global de la Migración y la Movilidad 2012–2013³⁴; y el Informe anual presentado mediante una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, V Informe Anual de Migración y Asilo (2013)³⁵.

²⁹ Doc. COM (2014) 287 final, de 22 de mayo.

³⁰ Doc. COM (2013) 422 final, de 17 de junio.

³¹ Doc. COM (2013) 415 final, de 10 de junio.

³² DO L 39 de 8.2.2014.

³³ Doc. COM (2013) 416 final, de 10 de junio.

³⁴ Doc. COM (2014) 96 final, de 1 de febrero.

³⁵ Doc. COM (2014) 288 final, de 22 de mayo.

Por último, en relación a la reagrupación familiar, la Comisión adoptó dos Comunicaciones al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política de retorno de la UE³⁶; y sobre las Directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar³⁷.

1.4. Libre circulación de personas y ciudadanía de la Unión

El derecho de los ciudadanos de la UE a desplazarse y residir libremente en cualquier país de la UE, junto con los miembros de su familia, es una de las cuatro libertades fundamentales consagradas en la legislación de la UE y una piedra angular de la integración de la UE. Sin embargo, algunos países han manifestado algunas dudas respecto al alcance de los derechos y las obligaciones de los ciudadanos de la UE, así como de sus condiciones y limitaciones con arreglo a la legislación de la UE. Por este motivo, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave³⁸.

Por otra parte, y con el fin de reforzar el funcionamiento democrático e la Unión, el Tratado de la Unión Europea establece que todo ciudadano tenga derecho a participar en la vida democrática de la Unión mediante una iniciativa ciudadana europea. En este sentido, la Comisión adoptó el Reglamento Delegado (UE) n° 531/2014, de 12 marzo 2014, por el que se modifica el anexo I del Reglamento (UE) n° 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la iniciativa ciudadana³⁹, que establece el número mínimo de firmantes por Estado miembro, sustituyendo así el Anexo del Reglamento 211/2011.

Otra circunstancia relevante es que algunos Estados miembros han venido denegando el derecho de voto en las elecciones nacionales a algunos de sus nacionales tras haber residido durante algún tiempo en otro Estado miembro. Con el fin de atajar este problema la Comisión presentó una Recomendación de, de 29 enero 2014, sobre las consecuencias de la denegación del derecho de voto a los ciudadanos de la Unión que ejercen su derecho a la libre circulación⁴⁰.

En relación a las elecciones al Parlamento Europeo, la Comisión presentó su Informe al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Hacia unas elecciones al Parlamento Europeo más democráticas Informe sobre la aplicación de la Recomendación de la Comi-

³⁶ Doc. COM (2014) 199 final, de 28 de marzo.

³⁷ Doc. COM (2014) 210 final, de 3 de abril.

³⁸ COM (2013) 837 final, de 25 de noviembre.

³⁹ DO L 148 de 20.05.2014.

⁴⁰ DO L 32 de 1.2.2014.

sión, de 12 marzo 2013, con vistas a reforzar el desarrollo democrático y eficaz de las elecciones al Parlamento Europeo⁴¹.

Finalmente, durante este periodo la Comisión presentó dos iniciativas que dieron lugar al primer instrumento jurídico de la Unión Europea para la integración de la población gitana. El objetivo es mejorar la situación de las comunidades gitanas y su integración. Se trata de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Progresos en la aplicación de las estrategias nacionales para la inclusión de los gitanos⁴²; y de la Propuesta de Recomendación del Consejo relativa a la adopción de medidas eficaces de integración de los gitanos en los Estados miembros⁴³.

2. Mercado interior

2.1. Libre circulación de mercancías y Unión aduanera

En primer lugar, hay que destacar el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1001/2013 de la Comisión, de 4 octubre 2013, por el que se modifica el anexo I del Reglamento (CEE) n° 2658/87 del Consejo, relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común⁴⁴.

Además, durante este periodo, la Comisión presentó tres propuestas de Reglamento relacionadas con la libre circulación de mercancías y la Unión aduanera: la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 638/2004, sobre las estadísticas comunitarias de intercambios de bienes entre Estados miembros, en lo que respecta a la atribución a la Comisión de competencias delegadas y de ejecución para adoptar determinadas medidas, la comunicación de información por parte de la administración aduanera, el intercambio de datos confidenciales entre Estados miembros y la definición de valor estadístico⁴⁵; la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 515/97 del Consejo, de 13 marzo 1997, relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre estas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria⁴⁶; y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y

⁴¹ COM (2014) 196 final, de 27 de marzo.

⁴² COM (2013) 454 final, de 26.06.2013.

⁴³ COM (2013) 460 final de 26.06.2013.

⁴⁴ DO L 290 de 31.10.2013.

⁴⁵ Doc. COM (2013) 578 final, de 8 de agosto.

⁴⁶ Doc. COM (2013) 796 final, de 25 de noviembre.

del Consejo relativo a la reducción o la eliminación de derechos de aduana sobre mercancías originarias de Ucrania⁴⁷.

Igualmente, presentó una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el marco jurídico de la Unión para las infracciones y sanciones aduaneras⁴⁸; así como un Documento de trabajo, Documento orientativo. El concepto de “comercializado legalmente” en el Reglamento sobre reconocimiento mutuo (CE) n° 764/2008⁴⁹; y una Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto de Cooperación Aduanera UE–China en relación con el reconocimiento mutuo del régimen de Operador Económico Autorizado de la Unión Europea y las medidas relativas al Programa de clasificación de la gestión de empresas de la República Popular de China⁵⁰.

En lo relativo al control de las exportaciones durante este periodo la Comisión adoptó un Informe al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 428/2009, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso⁵¹; y dos Comunicaciones al Parlamento Europeo con arreglo al art. 294, ap. 6 TFUE sobre la posición del Consejo con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) n° 428/2009, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso⁵²; y al Consejo y al Parlamento Europeo, Revisión de la política de control de las exportaciones: garantizar la seguridad y la competitividad en un mundo cambiante⁵³.

En fin, por lo que respecta a la exportación de bienes culturales, durante este periodo la Comisión adoptó la Corrección de errores del Reglamento de Ejecución (UE) n° 1081/2012 de la Comisión, de 9 noviembre 2012, relativo a las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 116/2009 del Consejo relativo a la exportación de bienes culturales⁵⁴.

2.2. Movilidad laboral y profesional

La Comisión Europea es consciente de que los jóvenes son la clave del dinamismo y la prosperidad futuros de Europa. Sin embargo, reconoce que la crisis

⁴⁷ Doc. COM (2014) 166 final, de 11 de marzo

⁴⁸ Doc. COM (2013) 884 final, de 13 de diciembre

⁴⁹ Doc. COM (2013) 592 final, de 16 de agosto.

⁵⁰ Doc. COM (2014) 106 final, de 26 de febrero

⁵¹ Doc. COM (2013) 710 final, de 16 de octubre.

⁵² Doc. COM (2014) 151 final, de 6 de marzo.

⁵³ Doc. COM (2014) 244 final, de 24 de abril.

⁵⁴ DO L 93 de 28.3.2014.

ha golpeado con especial fuerza a los jóvenes ya que una gran parte de ellos no tienen empleo, ni estudian, ni trabajan, ni siguen una formación. Por este motivo, siguiendo iniciativas anteriores ha presentado un informe en el que expone las medidas que deben tomarse sin demora para incorporar a los jóvenes al mercado de trabajo. Se trata de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Trabajar juntos por los jóvenes europeos Un llamamiento a la acción contra el desempleo juvenil⁵⁵.

En el ámbito del reconocimiento de cualificaciones profesionales, hay que destacar dos iniciativas de la Comisión: en primer lugar, en materia de cualificaciones de acceso a las profesiones o títulos profesionales, la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social sobre la Evaluación de las regulaciones nacionales del acceso a las profesiones⁵⁶; en segundo lugar, y de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 septiembre 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, modificada por la Directiva 2006/100/CE del Consejo, de 20 noviembre 2006, por la que se adaptan determinadas directivas en el ámbito de la libre circulación de personas, con motivo de la adhesión de Bulgaria y Rumanía, la Comisión presentó la Comunicación Notificación de títulos de formación – Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (anexo V) Texto pertinente a efectos del EEE⁵⁷.

2.3. Libre prestación de servicios

En el marco de la Directiva de servicios que establece un marco jurídico general para favorecer el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestatarios de servicios así como la libre circulación de servicios, la Comisión adoptó durante este periodo la Decisión de Ejecución, de 17 marzo 2014, que modifica la Decisión 2011/130/UE, por la que se establecen los requisitos mínimos para el tratamiento transfronterizo de los documentos firmados electrónicamente por las autoridades competentes en virtud de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior [notificada con el nº C(2014) 1640], así como la Corrección de errores de la Decisión de Ejecución 2014/148/UE de la Comisión, de 17 marzo 2014, que modifica la Decisión 2011/130/UE, por la que se establecen los requisitos mínimos para el tratamiento transfronterizo de los documentos firmados electrónicamente por las autoridades competentes en virtud de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento

⁵⁵ Doc. COM (2013) 447 final, de 19 de junio.

⁵⁶ Doc. COM (2013) 676 final, de 2 de octubre.

⁵⁷ DO C 301 de 17.10.2013.

Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 80 de 19.3.2014)⁵⁸

Respecto a los servicios de transporte marítimo, conviene destacar las siguientes iniciativas: la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Integración de las emisiones procedentes del transporte marítimo en las políticas de reducción de gases de efecto invernadero de la UE⁵⁹; la Comunicación de la Comisión El “Cinturón Azul”, un espacio único para el transporte marítimo⁶⁰; la Comunicación de la Comisión relativa a la interpretación del Reglamento (CEE) nº 3577/92 del Consejo por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo)⁶¹; y el Informe de la Comisión al Consejo, Quinto informe sobre la aplicación del Reglamento nº 3577/92 por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo) (2001–2010)⁶².

Por lo que se refiere a la navegación interior y el transporte por vías navegables, es importante citar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Hacia la calidad del transporte por vías navegables NAIADES II⁶³; la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 718/1999 del Consejo relativo a una política de capacidad de las flotas comunitarias de navegación interior para fomentar el transporte por vía navegable⁶⁴; y el Anexo a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen las prescripciones técnicas de las embarcaciones de la navegación interior y se deroga la Directiva 2006/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁶⁵.

El transporte aéreo fue objeto de un Informe al Parlamento Europeo y al Consejo, Informe anual de 2012 sobre la aplicación del Reglamento (CE) Nº 300/2008, sobre normas comunes para la seguridad de la aviación civil⁶⁶; y de una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, Una nueva era de la

⁵⁸ DO L 95 de 29.3.2014.

⁵⁹ Doc. COM (2013) 479 final, de 28 de junio

⁶⁰ Doc. COM (2013) 510 final, de 8 de julio.

⁶¹ Doc. COM (2014) 232 final, de 22 de abril.

⁶² Doc. COM (2014) 231 final, de 22 de abril.

⁶³ Doc. COM (2013) 623 final, de 10 de septiembre.

⁶⁴ Doc. COM (2013) 621 final, de 10 de septiembre

⁶⁵ Doc. COM (2013) 622 final, de 10 de septiembre.

⁶⁶ Doc. COM (2013) 523 final, de 9 de julio.

aviación Abrir el mercado de la aviación al uso civil de sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota de manera segura y sostenible⁶⁷.

Los servicios de transporte ferroviarios también fueron objeto de atención por parte de la Comisión mediante un Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 octubre 2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril⁶⁸; y una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 91/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 2002, relativo a las estadísticas sobre transporte ferroviario, en lo que respecta a la recogida de datos sobre mercancías, pasajeros y accidentes⁶⁹.

A su vez, los servicios de transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera fueron objeto de un Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación por los Estados miembros de la Directiva 95/50/CE del Consejo relativa a procedimientos uniformes de control del transporte de mercancías peligrosas por carretera⁷⁰.

En fin, en el ámbito del transporte internacional de viajeros por carretera la Comisión presentó el Reglamento (UE) n° 361/2014 de la Comisión, de 9 abril 2014, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1073/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los documentos de transporte internacional de viajeros en autocares y autobuses y se deroga el Reglamento (CE) n° 2121/98⁷¹.

Asimismo, con el objetivo de introducir en el sistema de homologación de tipo CE de los vehículos de motor un requisito para la instalación de un sistema eCall integrado en los vehículos que permita activar una llamada de emergencia (eCall) al 112 en caso de accidente grave y reducir, así el número de víctimas mortales, la Comisión ha adoptado durante este periodo una Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al despliegue del servicio eCall interoperable en toda la UE⁷²; y una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos de homologación de tipo para el despliegue del sistema eCall integrado en los vehículos, y por el que se modifica la Directiva 2007/46/CE⁷³.

⁶⁷ Doc. COM (2014) 207 final, de 8 de abril.

⁶⁸ Doc. COM (2013) 587 final, de 14 de agosto.

⁶⁹ Doc. COM (2013) 611 final, de 30 de agosto.

⁷⁰ Doc. COM (2013) 815 final, de 25 de noviembre.

⁷¹ DO L 197 de 14.04.2014.

⁷² Doc. COM (2013) 315 final, de 13 de junio.

⁷³ Doc. COM (2013) 316 final, de 13 de junio

En el sector de los servicios financieros y continuando con las reformas iniciadas en años anteriores, la Comisión ha llevado a cabo una vasta actividad durante este periodo. Con carácter general, conviene destacar la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución Bancaria y se modifica el Reglamento (UE) n° 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo⁷⁴; la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, “El sistema bancario en la sombra – Hacer frente a nuevas fuentes de riesgo en el sector financiero”⁷⁵; la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y los contratos financieros⁷⁶ (vista la manipulación producida respecto a ciertos índices de referencia de tipos de interés, en concreto el LIBOR y el EURIBOR, y su vulnerabilidad, con esta Propuesta se pretende asegurar que los índices de referencia sean sólidos, fiables y adecuados, garantizando, así una mejor protección de los inversores y los consumidores); y el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Resumen de la evaluación de impacto que acompaña a la mencionada Propuesta de Reglamento⁷⁷; y la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Un sector financiero reformado para Europa⁷⁸.

En relación al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, la Comisión presentó el Reglamento Delegado (UE) n° 524/2014 de la Comisión, de 12 marzo 2014, por el que se completa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican la información que las autoridades competentes de los Estados miembros de origen y de acogida deben facilitarse mutuamente⁷⁹.

En fin, teniendo en cuenta el importante papel que las agencias de calificación crediticia han desempeñado en la reciente crisis financiera y su importancia para los mercados financieros y de valores mundializados la Comisión, con el fin de mejorar las condiciones para una competencia efectiva en el mercado de las agencias de calificación crediticia, presentó un Informe al Consejo y al parla-

⁷⁴ Doc. COM (2013) 520 final, de 10 de julio.

⁷⁵ Doc. COM (2013) 614 final, de 4 de septiembre.

⁷⁶ Doc. COM (2013) 641 final, de 18 de septiembre.

⁷⁷ Doc. SWD (2013) 337 final, de 18 de septiembre.

⁷⁸ Doc. COM (2014) 279 final de 15 de mayo.

⁷⁹ DO L 148 de 20.05.2014.

mento Europeo sobre la viabilidad de una red de agencias de calificación crediticia menores⁸⁰.

Los servicios financieros bancarios y, en particular, las transferencias transfronterizas fueron objeto de una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) n° 260/2012 por lo que respecta a la migración a transferencias y adeudos domiciliados comunes a toda la Unión⁸¹.

A su vez, los pagos transfronterizos y mediante tarjetas de crédito fueron objeto de las siguientes iniciativas por parte de la Comisión: una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las tasas de intercambio para operaciones de pago basadas en una tarjeta⁸²; una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2013/36/UE y 2009/110/CE, y se deroga la Directiva 2007/64/CE⁸³; un Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Resumen de la evaluación de impacto que acompaña a la Propuesta de Reglamento y la Propuesta de Directiva antes mencionadas⁸⁴; y un Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago en el mercado interior, y del Reglamento n° 24/2009, relativo a los pagos transfronterizos en la Comunidad⁸⁵.

En el contexto de los servicios financieros de inversión, los fondos de inversión fueron objeto de una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los fondos de inversión a largo plazo europeos⁸⁶; y de un Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Resumen de la evaluación de impacto que acompaña a la mencionada Propuesta de Reglamento⁸⁷.

Por su parte, los fondos del mercado monetario (FMM) que representan una fuente importante de financiación a corto plazo para las entidades financieras, las empresas y los gobiernos, fueron objeto de una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los fondos del mercado monetario⁸⁸; y de un Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Resumen de

⁸⁰ Doc. COM (2014) 248 final, de 5 de mayo.

⁸¹ Doc. COM (2013) 937 final, de 9 de enero.

⁸² Doc. COM (2013) 550 final, de 24 de julio.

⁸³ Doc. COM (2013) 547 final, de 24 de julio.

⁸⁴ Doc. SWD (2013) 289 final, de 24 de julio.

⁸⁵ Doc. COM (2013) 549 final, de 24 de julio.

⁸⁶ Doc. COM (2013) 462 final, de 26 de junio.

⁸⁷ Doc. SWD (2013) 231 final, de 26 de junio.

⁸⁸ Doc. COM (2013) 615 final, de 4 de septiembre.

la evaluación de impacto que acompaña a la mencionada Propuesta de Reglamento⁸⁹.

Respecto al mercado único de las telecomunicaciones, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al mercado único de las telecomunicaciones⁹⁰.

Por último, en materia de seguro y reaseguro, la Comisión presentó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2009/138/CE, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), por lo que se refiere a sus fechas de transposición y aplicación, así como a la fecha de derogación de determinadas Directivas⁹¹.

2.4. Libertad de establecimiento y Derecho de Sociedades

Una de las prioridades esenciales de la estrategia decenal de crecimiento de la Unión Europea, Europa 2020, es mejorar el entorno empresarial para todas las empresas, y en particular para las PYME. En este marco, en junio de 2013, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Seguimiento, por parte de la Comisión, de la consulta a las PYME sobre las diez medidas más gravosas de la normativa de la UE⁹². A partir de este documento, y con el objetivo de facilitar a las PYME su establecimiento en otros países de la UE, estableciendo un planteamiento alternativo a la Sociedad Privada Europea, la Comisión presentó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada⁹³; así como el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Resumen de la evaluación de impacto que acompaña a la mencionada Propuesta de Directiva⁹⁴.

Por lo que respecta a la insolvencia y el fracaso empresarial, la Comisión presentó una Propuesta de Reglamento de ejecución del Consejo por el que se sustituyen las listas de los procedimientos de insolvencia, procedimientos de liquidación y síndicos de los anexos A, B y C del Reglamento (CE) nº 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia⁹⁵; y una Recomendación, de 12 marzo 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, con la que

⁸⁹ Doc. SWD (2013) 316 final, de 4 de septiembre.

⁹⁰ Doc. COM (2013) 634 final, de 11 de septiembre.

⁹¹ Doc. COM (2013) 680 final, de 2 de octubre.

⁹² Doc. COM (2013) 446 final, de 18 de junio.

⁹³ Doc. COM (2014) 212 final, de 9 de abril.

⁹⁴ Doc. SWD (2014) 123 final, de 9 de abril.

⁹⁵ Doc. COM (2013) 802 final, de 20 de noviembre.

pretende animar a los Estados miembros a establecer un marco que permita la reestructuración eficiente de las empresas viables con dificultades financieras contribuyendo, así, a reducir los obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior⁹⁶.

En materia de secretos comerciales, la Comisión publicó durante este periodo una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del saber hacer y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y divulgación ilícitas⁹⁷; junto al Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Resumen de la evaluación de impacto que acompaña a la mencionada Propuesta de Directiva⁹⁸.

Otro aspecto importante, como la gobernanza empresarial, tuvo acogida entre las iniciativas de la Comisión durante este periodo mediante la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre gobernanza empresarial⁹⁹; y la Recomendación de la Comisión sobre la calidad de la información presentada en relación con la gobernanza empresarial (“cumplir o explicar”)¹⁰⁰; acompañadas del Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Resumen de la evaluación de impacto que acompaña a la Propuesta de Directiva y a la Recomendación anteriormente mencionadas¹⁰¹.

3. Políticas relacionadas con el mercado interior

3.1. Política de competencia

A lo largo de este periodo la Comisión ha llevado a cabo una intensa actividad en esta materia. Para comenzar, y como es habitual, publicó el “Informe sobre la política de competencia de 2013”, mediante una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones¹⁰². Igualmente, con carácter general cabe destacar la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la

⁹⁶ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_es.htm.

⁹⁷ Doc. COM (2013) 813 final, de 28 de noviembre.

⁹⁸ Doc. SWD (2013) 472 final, de 28 de noviembre.

⁹⁹ Doc. COM (2014) 213 final, de 9 de abril.

¹⁰⁰ Doc. SWD (2014) 127 final, de 9 de abril.

¹⁰¹ Doc. SWD (2014) 126 final, de 9 de abril.

¹⁰² Doc. COM (2014) 249 final, de 6 de mayo.

UE¹⁰³; y la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 TFUE Texto pertinente a efectos del EEE¹⁰⁴.

En relación a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular, presentó un Proyecto de Reglamento de la Comisión, de 24 febrero 2014, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 906/2009 en lo relativo a su periodo de aplicación Texto pertinente a efectos del EEE¹⁰⁵; así como las Directrices relativas a la aplicación del art. 101 TFUE a los acuerdos de transferencia de tecnología¹⁰⁶.

Por lo que respecta a las operaciones de concentración entre empresas, la Comisión presentó un Reglamento de Ejecución (UE) n° 1269/2013 de la Comisión, de 5 diciembre 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 802/2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas¹⁰⁷; y una Comunicación sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas operaciones de concentración con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo¹⁰⁸. Además, en materia de acuerdos de cooperación horizontal, la Comisión publicó las Directrices sobre la aplicabilidad del art. 53 del Acuerdo EEE a los acuerdos de cooperación horizontal¹⁰⁹. En el marco de las ayudas de estado, la Comisión presentó durante este periodo dos Reglamentos relativos a las ayudas de minimis. Se trata del Reglamento (UE) n° 1407/2013 de la Comisión, de 18 diciembre 2013, relativo a la aplicación de los arts. 107 y 108 TFUE a las ayudas de minimis¹¹⁰; y del Reglamento (UE) n° 1408/2013 de la Comisión, de 18 diciembre 2013, relativo a la aplicación de los arts. 107 y 108 TFUE a las ayudas de minimis en el sector agrícola¹¹¹.

Junto a ellos, cuatro proyectos de Reglamento: el Proyecto de Reglamento de la Comisión, de 5 agosto 2013, relativo a la aplicación de los arts. 107 y 108 TFUE a las ayudas de minimis en el sector agrícola¹¹²; el Proyecto de Reglamento de la Comisión, de 5 agosto 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1857/2006 en lo que se refiere a su periodo de aplicación¹¹³ (Se trata de la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado a las ayudas estatales para las peque-

¹⁰³ Doc. COM (2013) 404 final, de 11 de junio.

¹⁰⁴ DO C 167 de 13.06.2013.

¹⁰⁵ DO C 56 de 27.02.2014,

¹⁰⁶ DO C 89 de 28.03.2014.

¹⁰⁷ DO L 336, de 14.12.2013

¹⁰⁸ DO C 366 de 14.12.2013.

¹⁰⁹ DO C 362, de 12.12.2013.

¹¹⁰ DO L 352, de 24.12.2013.

¹¹¹ DO L 352, de 24.12.2013.

¹¹² DO C 227 de 06.08.2013.

¹¹³ DO C 227 de 06.08.2013.

ñas y medianas empresas dedicadas a la producción de productos agrícolas); el Proyecto de Reglamento de la Comisión, de 17 julio 2013, relativo a la aplicación de los arts. 107 y 108 TFUE a las ayudas de minimis Texto pertinente a efectos del EEE¹¹⁴; y el Proyecto Reglamento de la Comisión, de 28 marzo 2014, relativo a la aplicación de los arts. 107 y 108 TFUE a las ayudas de minimis en el sector de la pesca y de la acuicultura¹¹⁵. En este periodo también se adoptaron diversas directrices, a saber: las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para 2014–2020 Texto pertinente a efectos del EEE¹¹⁶; la modificación y prórroga de la aplicación de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales al sector agrario y forestal 2007–2013¹¹⁷; las Directrices sobre las ayudas estatales para promover las inversiones de financiación de riesgo¹¹⁸; y las Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas¹¹⁹.

Finalmente, es importante mencionar varias Comunicaciones en las que la Comisión trataba diversos aspectos relacionados con las ayudas de estado: la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 agosto 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera (“Comunicación bancaria”) Texto pertinente a efectos del EEE¹²⁰; la Comunicación de la Comisión sobre la ayuda estatal a las obras cinematográficas y otras producciones del sector audiovisual, Texto pertinente a efectos del EEE¹²¹; la Comunicación de la Comisión prórroga de la aplicación del Marco aplicable a las ayudas estatales a la construcción naval¹²²; la Comunicación de la Comisión relativa a la prórroga de la aplicación del Marco comunitario sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación¹²³; la Comunicación de la Comisión por la que se modifica el anexo de la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los arts. 107 y 108 TFUE al seguro de crédito a la exportación a corto plazo¹²⁴.

3.2. Política de protección de los consumidores

Para empezar, procede señalar en este apartado la Comunicación de la Comisión, con arreglo al art. 5, ap. 2, del Reglamento (CE) n ° 2006/2004 del Parla-

¹¹⁴ DO C 229 de 08.08.2013.

¹¹⁵ DO C 92 de 29.03.2014.

¹¹⁶ DO C 209 de 23.07.2013.

¹¹⁷ DO C 339 de 20.11.2013.

¹¹⁸ DO C 19 de 22.01.2014.

¹¹⁹ DO C 99 de 04.04.2014.

¹²⁰ DO C 216 de 30.07.2013.

¹²¹ DO C 332 de 15.11.2013.

¹²² DO C 357 de 06.12.2013.

¹²³ DO C 360 de 10.12.2013.

¹²⁴ DO C 372 de 19.12.2013.

mento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de aplicar la legislación de protección de los consumidores, en relación con las autoridades competentes y las oficinas de enlace únicas, Texto pertinente a efectos del EEE¹²⁵. Igualmente, con carácter general, destacar que la Comisión presentó su Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo¹²⁶.

La Comisión Europea, preocupada por garantizar la seguridad alimentaria, proteger la salud pública y asegurar el funcionamiento del mercado interior de los alimentos, ha llevado a cabo durante este periodo determinadas acciones relacionadas con el sector alimentario –los nuevos productos y la producción ecológica– y la protección de los consumidores. Entre ellas destacan: la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los nuevos alimentos¹²⁷; la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre producción ecológica y etiquetado de los productos ecológicos, por el que se modifica el Reglamento (UE) nº del Parlamento Europeo y del Consejo [Reglamento sobre controles oficiales] y se deroga el Reglamento (CE) nº 834/2007 del Consejo¹²⁸; y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de acción para el futuro de la producción ecológica de la Unión Europea¹²⁹.

Entre los instrumentos jurídicos en el ámbito de la justicia y la protección de los consumidores, el recurso colectivo es uno de los mecanismos que las instituciones de la UE analizan desde hace varios años con la finalidad de garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, mejorar la aplicación del Derecho de la UE en general y facilitar el acceso a la justicia. En este sentido, durante este periodo la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo¹³⁰; y una Recomendación, de 11 junio 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión¹³¹.

Por lo que a las acciones de cesación se refiere, la Comisión también adoptó dos Comunicaciones conforme al art. 4, ap. 3, de la Directiva 2009/22/CE del

¹²⁵ DO C 139 de 08.05.2014.

¹²⁶ Doc. COM (2014) 259 final, de 14 de mayo.

¹²⁷ Doc. COM (2013) 894 final, de 18 de diciembre.

¹²⁸ Doc. COM (2014) 180 final, de 24 de marzo.

¹²⁹ Doc. COM (2014) 179 final, de 24 de marzo.

¹³⁰ Doc. COM (2013) 401 final, de 11 de junio.

¹³¹ DO L 201 de 26.6.2013.

Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que modifica la Directiva 98/27/CE, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al art. 2 de dicha Directiva: la primera de fecha de 8 noviembre 2013¹³² y la segunda de 15 abril 2014¹³³

Otro tema de gran relevancia, como la seguridad general de los productos, fue objeto de distintas iniciativas como la Comunicación en el marco de la aplicación de la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la seguridad general de los productos (Publicación de títulos y referencias de normas europeas conforme a la directiva) Texto pertinente a efectos del EEE¹³⁴; y en relación a la seguridad de los juguetes dos Comunicaciones: la primera en el marco de la aplicación de la Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la seguridad de los juguetes (Publicación de títulos y referencias de normas armonizadas conforme a la legislación sobre armonización de la Unión) Texto pertinente a efectos del EEE¹³⁵; y la segunda, también en el marco de la aplicación de la Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 junio 2009, sobre la seguridad de los juguetes (Publicación de títulos y referencias de normas armonizadas conforme a la legislación sobre armonización de la Unión) Texto pertinente a efectos del EEE¹³⁶.

En materia de viajes combinados hay que mencionar que este mercado se ha transformado desde la introducción de Internet, y la Directiva sobre viajes combinados se adoptó hace ya más de veinte años. Por este motivo, la Comisión considera que ha de actualizarse y adaptarse a la era digital con el fin de fortalecer el turismo europeo y ha presentado dos iniciativas: una Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE¹³⁷; y una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Adaptar la normativa europea sobre viajes combinados a la era digital¹³⁸.

Por último, también deben mencionarse las medidas adoptadas con el fin de proteger al consumidor en relación al origen de la carne y el etiquetado para la agricultura local y las ventas directas. En este sentido, la Comisión presentó

¹³² DO C 323 de 8.11.2013.

¹³³ DO C 115 de 15.04.2014.

¹³⁴ DO C 254 de 04.09.2013.

¹³⁵ DO C 187 de 29.06.2013.

¹³⁶ DO C 317 de 31.10.2013.

¹³⁷ Doc. COM (2013) 512 final, de 9 de julio.

¹³⁸ Doc. COM (2013) 513 final, de 9 de julio.

sendos Informes al Parlamento Europeo y al Consejo. El primero, sobre la conveniencia de establecer un sistema de etiquetado para la agricultura local y las ventas directas¹³⁹; y el segundo sobre la indicación obligatoria del país de origen o del lugar de procedencia de la carne utilizada como ingrediente¹⁴⁰.

4. Otros sectores

4.1. Propiedad industrial e intelectual

En el ámbito de la investigación europea, siguiendo las iniciativas adoptadas con anterioridad en el marco de la Estrategia Europa 2020, y con la finalidad de presentar medidas concretas que permitan elevar el nivel de excelencia del sistema europeo público de investigación, la Comisión presentó un Informe al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la evolución del Espacio Europeo de Investigación en 2013¹⁴¹.

En materia de Derechos de autor, durante este periodo la Comisión presentó un Reglamento de Ejecución (UE) n° 1352/2013 de la Comisión, de 4 diciembre 2013, por el que se establecen los formularios previstos en el Reglamento (UE) n° 608/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual¹⁴²; y una Comunicación relativa a la protección de los derechos de autor sobre el diseño de la cara común de las monedas en euros: lista actualizada de las autoridades designadas¹⁴³.

4.2. Sociedad de la información

En este apartado, la Comisión presentó una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen medidas en relación con el mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas y para crear un continente conectado, y se modifican las Directivas 2002/20/CE, 2002/21/CE y 2002/22/CE y los Reglamentos (CE) n° 1211/2009 y (UE) n° 531/2012¹⁴⁴; y el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Resumen de la evaluación de impacto de la Propuesta de Reglamento antes mencionada¹⁴⁵.

¹³⁹ Doc. COM (2013) 866 final, de 6 de diciembre.

¹⁴⁰ Doc. COM (2013) 755 final, de 17 de diciembre.

¹⁴¹ Doc. COM (2013) 637 final, de 20 de septiembre.

¹⁴² DO L 341 de 18.12.2013.

¹⁴³ DO C 140 de 09.05.2014.

¹⁴⁴ Doc. COM (2013) 627 final, de 11 de septiembre.

¹⁴⁵ Doc. SWD (2013) 332 final, de 11 de septiembre.

4.3 Protección de datos de carácter personal

En el marco de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 julio 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), la Comisión presentó el Reglamento (UE) nº 611/2013 de la Comisión, de 24 junio 2013, relativo a las medidas aplicables a la notificación de casos de violación de datos personales en el marco de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas¹⁴⁶, que se aplicará a la notificación de los casos de violación de datos personales por parte de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público.

Respecto al acuerdo vigente entre los EE UU de América y la Unión Europea sobre la utilización y la transferencia de los registros de nombres de los pasajeros al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los EE UU, la Comisión presentó durante este periodo un Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la revisión conjunta de la ejecución del Acuerdo entre la Unión Europea y los EE UU de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los EE UU¹⁴⁷.

En el mismo sentido, la Comisión presentó dos Propuestas de Decisión con el objetivo de celebrar y firmar un acuerdo con Canadá sobre protección de datos de los pasajeros. Se trata de la Propuesta de Decisión del Consejo sobre la celebración del Acuerdo entre Canadá y la Unión Europea sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros¹⁴⁸; y de la Propuesta de Decisión del Consejo sobre la firma del Acuerdo entre Canadá y la Unión Europea sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros¹⁴⁹.

¹⁴⁶ DO L 173 de 26.6.2013.

¹⁴⁷ Doc. COM (2013) 844 final, de 27 de noviembre.

¹⁴⁸ Doc. COM (2013) 528 final, de 18 de julio.

¹⁴⁹ Doc. COM (2013) 529 final, de 18 de julio.

EL JUDGMENTS PROJECT DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: LECCIONES DEL PASADO Y DESAFÍOS PARA EL FUTURO *

Alegría BORRÁS **

SUMARIO: I. Introducción. II. Del inicio de los trabajos a la adopción del Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro. 1. El inicio de los trabajos en 1992. 2. El abandono del proyecto. 3. El camino hasta la adopción del Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro. IV. Los trabajos actuales y sus perspectivas. 1. La situación actual de la Conferencia. 2. La continuación de los trabajos en el *Judgments Project*. 3. El momento actual. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

El punto 6 de las Conclusiones y recomendaciones de la reunión del Consejo de Asuntos Generales y de Política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado que tuvo lugar entre los días 8 a 10 abril 2014¹ textualmente dice: “*The Council stressed the importance of this project and welcomed the significant progress made by the Working Group at its February 2014 meeting. The Council invited the Working Group to continue its work as set out in the February 2014 Working Group meeting Report (Annex to Prel. Doc. No 7), in-*

* Este trabajo tiene su origen en la conferencia pronunciada el 21 enero 2014 sobre “*The Judgments Project of The Hague: Lessons from the Past and Future Challenges*”, en el *Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law* (Luxemburgo), en el marco de “*Max Planck Lecture Series*”, agradeciendo aquí la amable invitación de los profesores B. Hess y M. Requejo. Dicha conferencia se impartió, por tanto, con anterioridad a la reunión del Grupo de trabajo en febrero de 2014 y de la reunión del Consejo de Asuntos Generales y de política de la Conferencia de La Haya en abril de 2014, elementos que se incluyen en el presente trabajo.

** Catedrática de Derecho internacional privado. Profesora Emérita de la Universidad de Barcelona.

¹ Sobre esta reunión, nota de A. Borrás en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2014.2 (en prensa). El documento de las conclusiones de dicha reunión y todos los documentos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado que se mencionan en este texto pueden encontrarse en su sitio web www.hcch.nl.

cluding a suggested plan for further steps to be taken towards the development of a Convention in this field. The Permanent Bureau will report to the Council of 2015". Aunque el texto es breve, resulta un buen punto de partida para realizar algunas consideraciones en torno a este proyecto, teniendo en cuenta que su origen se remonta a 1992, que después del texto preliminar de 1999, se transforma en algo más modesto, como es el Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro y, cuando parecía que no se iba a ir más allá, en el Consejo de Asuntos Generales y política de la Conferencia en 2011² acuerda que se constituya un grupo de expertos que tratará de ver las posibilidades de retomar el "*Judgments Project*". Es un buen momento para realizar algunas observaciones personales sobre las lecciones aprendidas del pasado y los retos futuros.

Estas consideraciones se dividirán en dos partes. La primera se dedicará a los trabajos iniciales y a las características del proyecto de 1999 y las razones para su fracaso, incluyendo la incidencia de la "comunitarización" del Derecho internacional privado. En la segunda se examinarán los trabajos actuales y las perspectivas de futuro. En todos los casos, se trata de mi opinión personal y en ningún caso pueden considerarse como representativas de la posición de España, de la UE o de la Conferencia de La Haya.

II. Del inicio de los trabajos a la adopción del Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro

La primera parte se dedica al periodo que va de 1992 a 2005, que es un periodo realmente largo para preparar un Convenio ambicioso, que finalmente no se adoptó. En este punto, trataré de contestar a tres preguntas: a) En primer lugar, por qué en 1992 la Conferencia de La Haya empezó a trabajar en la preparación de un Convenio sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias. b) En segundo lugar, las razones por las que el proyecto fue abandonado como tal. c) En tercero y último lugar, las razones por las que se adoptó el Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro. Y, como telón de fondo, el fenómeno de la "comunitarización" del Derecho internacional privado y el papel de la Comunidad Europea en la Conferencia de La Haya.

1. El inicio de los trabajos en 1992

La primera cuestión a plantear es la razón por la que la Conferencia de La Haya inició la preparación de un Convenio sobre competencia judicial, recono-

² Nota de A. Borrás en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2011.2, pp. 309-314.

cimiento y ejecución de sentencias en 1992. Dos hechos se encuentran en la base de esta decisión:

El primero es el fracaso del Convenio de La Haya de 1971 sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial. La forma particularmente compleja, y poco habitual, del sistema establecido se acostumbra a dar como razón de su fracaso: Convenio, Protocolo y acuerdos bilaterales complementarios. Es importante añadir que, en aquel momento, la gran mayoría de los Estados miembros de la Conferencia eran europeos y que sólo Chipre, Holanda y Portugal ratificaron inicialmente el Convenio, que fue posteriormente ratificado por Kuwait y, sorprendentemente, por Albania todavía más tarde, en 2010. El segundo hecho, de gran importancia, es el éxito de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 entre los Estados europeos, que eran textos muy ambiciosos pero que fueron bien aceptados y que, en el caso del Convenio de Bruselas, tiene la ventaja complementaria de la interpretación por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Con estos antecedentes no es sorprendente que surgiera la idea de preparar un Convenio del que pudieran ser parte muchos Estados de diferentes tradiciones jurídicas. Para preparar tal Convenio no cabe duda que el mejor escenario era y sigue siendo la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado³.

Como es bien sabido, la idea original e imaginativa fue presentada por el profesor estadounidense Arthur von Mehren⁴ (y aquí es interesante recordar que EE UU jamás ha concluido un Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias) en 1992⁵. La propuesta fue lo que se denominó un “Convenio mixto”, lo que significa que hay tres categorías de criterios de competencia: los criterios de competencia aprobados, que permiten aplicar las normas de reconocimiento y ejecución incluidas en el Convenio, los criterios de competencia prohibidos, sobre los que los Estados contratantes no pueden aceptar la competencia y de la llamada “zona gris”, sobre la que los tribunales pueden declararse competentes, pero las normas del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias no

³ Sobre esta etapa inicial, A. Borrás, “Una nueva etapa en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: la elaboración de un Convenio sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil”, *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. III, Salamanca, 2002, pp. 45–81; P.H. Pfund, “The Project of the Hague Conference on Private International Law to prepare a Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters”, *Brooklyn J. Int’l L.*, vol. 24, 1998, pp. 7 ss.

⁴ A.T. von Mehren, “Recognition of United States *Judgments* Abroad and Foreign Judgments in the United States. Would an International Convention be Useful?”, *Rabels Z.*, 1993, pp. 449–459; A.T. von Mehren, “The Case for a Convention—mixte. Approach to Jurisdiction to Adjudicate and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments”, *Rabels Z.*, 1997, pp. 86–92; A.T. von Mehren, “Enforcing Judgments abroad. Reflection on the Design of Recognition Convention”, *Brooklyn J. Int’l L.*, 1998, pp. 17–28.

⁵ Sobre la reunión en que se presentó el proyecto, nota de A. Borrás en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992, pp. 285 ss.

se aplicarán a la sentencia resultante. Las negociaciones fueron muy difíciles, pues en realidad el propósito de los EE UU era desactivar los Convenios de Bruselas y Lugano frente a las sociedades americanas⁶.

Pero en aquellos momentos la Conferencia de La Haya todavía creía en poder mantener su ritmo habitual de una Sesión diplomática cada cuatro años y, en consecuencia, celebrar la 19ª Sesión en octubre de 2000, teniendo en cuenta que la 18ª Sesión, en la que se aprobó el Convenio sobre protección de niños y se tomó la decisión formal de incluir el Convenio sobre sentencias en el orden del día de la reunión siguiente, se celebró en 1996⁷. Con este objetivo, una Comisión Especial se reunió en numerosas ocasiones⁸ y el resultado final fue la adopción del texto preliminar de 1999 sobre competencia y sentencias, acompañado del excelente y equilibrado informe preparado por el fallecido Peter Nygh y Fausto Pocar⁹. En honor a la verdad, había muchas dudas sobre las posibilidades del texto, dado que muchas normas fueron adoptadas solo con el voto en contra de los EE UU, los Estados europeos tenían una cierta tendencia a votar en bloque y a favor de soluciones próximas a las de los instrumentos europeos¹⁰, sin olvidar la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en mayo de 1999 y sus consecuencias para el Derecho internacional privado en Europa.

2. El abandono del proyecto

Se llega así a la segunda cuestión, que es porqué el proyecto como tal fue abandonado. Como acabo de decir, la 19ª Sesión diplomática debía celebrarse en octubre de 2000, pero una carta de Jeffrey Kovar, entonces *Assistant Legal Adviser for Private International Law* en el Departamento de Estado de los EE UU

⁶ En palabras de Linda Silberman, “*The desire to avoid the excess of jurisdiction and enforcement against US domiciliaries under Brussels Convention and to gain more effective recognition on its own judgment abroad brought the US to the negotiation table*”, L.J. Silberman, “Can the Hague judgments project be saved? A perspective from the United States”, *A Global Law of Jurisdiction and Judgments: Lesson from the Hague* (J.J. Barceló III y K.M. Clermont, eds.), La Haya, 2002, p. 161.

⁷ Final Act, 19 octubre 1996, *Proceedings of the Eighteenth Session*, t. I, *Miscellaneous matters*, p. 47. Sobre esta Sesión, nota de A. Borrás en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996.2, pp. 357 ss.

⁸ Sobre el desarrollo de estos trabajos, A. Borrás, “La labor de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1997–1998)”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 949 ss.

⁹ *Report of the Special Commission, drawn up by Peter Nygh and Fausto Pocar*, Documento preliminar, nº 11, agosto 2000.

¹⁰ En opinión de A. von Mehren fue una de las causas del fracaso del Convenio, A.T. von Mehren, “Drafting a Convention on International Jurisdiction and the effects of foreign judgments acceptable world-wide: Can the Hague Conference Project succeed?”, *A Global law of jurisdiction and judgments: lesson from the Hague* (J.J. Barceló III – K.M. Clermont, eds), La Haya, 2002, en particular en pp. 290–291.

propuso que se retrasara la Sesión¹¹. Las razones para ello se referían a las grandes diferencias existentes entre las normas de competencia en vigor en los Estados, incluyendo también los problemas de desarrollo tecnológico y la imposibilidad de encontrar soluciones aceptables para muchos Estados.

Este es, quizás, el lugar oportuno para hacer algunas consideraciones sobre los problemas que tenía el texto de 1999, que serán útiles después para ver si ahora es posible alcanzar un compromiso. Haré solamente una referencia general a los mismos¹², distinguiendo entre problemas globales y algunas cuestiones específicas.

Un primer grupo de observaciones se refieren a cuestiones generales que afectan a la estructura y funcionamiento del Convenio.

La primera es el concepto de “Convenio mixto”, un concepto que es difícil de aceptar (o, incluso, de entender) y que incluye dos cuestiones básicas: el ámbito de las competencias exorbitantes y la extensión de la “zona gris” aunque, sin un Convenio, todos los criterios de competencia se encuentran realmente en la “zona gris”. Como decía Ronald Brand¹³ los obstáculos para alcanzar un Convenio que incluyera los dos aspectos en la línea del texto de 1999 (y lo mismo vale para el *Interim Text* de 2001) eran abrumadores.

La segunda observación se refiere a la existencia de límites constitucionales, ya que el Convenio debe aplicarse en Estados que están sujetos a los límites de sus respectivas Constituciones¹⁴. En este sentido, el *due process* ha sido siempre aducido por los EE UU en relación, en particular, a la responsabilidad por daños. Pero la aceptación del *forum non conveniens* se considera por otros como contrario al principio fundamental de necesidad de un juez determinado por la ley.

¹¹ Nota de A. Borrás y E. Pérez Vera sobre la Comisión Especial de Asuntos Generales y Política de la Conferencia que se celebró en mayo de 2000 en *Revista Española de Derecho internacional*, 2000.1, pp. 269 ss. También, A. Borrás, “La labor de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1999)”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 1173 ss.

¹² Más ampliamente en A. Borrás, “The 1999 Preliminary draft Hague Convention on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments: Agreements and Disagreements”, *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments* (F. Pocar y C. Honorati, eds.), Milán, 2005, en particular pp.47 ss.

¹³ R. Brand, “The 1999 Hague Preliminary Draft Convention Text on Jurisdiction and Judgments: a view from the United States”, *The Hague Preliminary Draft Convention...*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁴ Sobre estos aspectos, J.J. Forner, *Hacia un convenio mundial de “exequatur”*. *Algunos aspectos del Derecho estadounidense de interés para España*, Barcelona, 1999, en particular, pp. 196–253; M. Virgós y F.J. Garcimartín, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2000, p. 48. Desde una perspectiva americana, R.A. Brand, “Tort Jurisdiction in a Multilateral Convention: the Lessons of the due process Clause and the Brussels Convention”, *Symposium enforcing judgments abroad: the global challenge*, *Brooklyn J. Int’l L.*, 1998, pp. 125 ss.

El tercer grupo de problemas generales está vinculado al impacto del comercio electrónico, un problema no considerado en 1992 y sobre el que el borrador de 1999 no contiene ninguna disposición específica. Después, esta cuestión fue objeto de reuniones informales en Ottawa en 2000 (Ottawa I) y en 2001 (Ottawa II), pero sin alcanzar resultados satisfactorios¹⁵.

Finalmente, *last but not least*, nos encontramos con la “comunitarización” del Derecho internacional privado en la UE y sus consecuencias sobre la negociación del Convenio, teniendo en cuenta el denominado “efecto AETR”. No voy a tratar ahora de este tema¹⁶, limitándome a indicar que el proyecto de Convenio de La Haya, el RB I y el Convenio de Lugano son todos textos generales, por lo que es necesario poner en práctica un mecanismo para regular las relaciones entre ellos. Grandes dificultades rodearon la inclusión de la denominada “cláusula de desconexión”¹⁷, pues mientras EE UU pretendía la inclusión de dicha cláusula desde el principio, los Estados europeos consideraban que no podía prepararse hasta que el Convenio de La Haya estuviera terminado, pues para redactar una cláusula de desconexión, es necesario saber lo que se está desconectando o lo que se está haciendo compatible. Un buen ejemplo de la complejidad de la cuestión es ahora el art. 26 del Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro.

Un segundo grupo de observaciones se refieren a cuestiones específicas, que no se van a detallar aquí, sino referirse a ellas brevemente.

La primera se refiere a los criterios de competencia exclusiva y, en particular, a la compleja cuestión de la propiedad intelectual, teniendo en cuenta que en muchos casos la cuestión se plantea en relación a la violación de una patente¹⁸.

¹⁵ En relación a este tema, J.J. Forner, “International Jurisdiction in “business to business” on-line Performed Contracts: Lessons from the Hague?”, *A Global Law of Jurisdiction and Judgments: Lesson from the Hague* (J.J. Barceló III y K.M. Clermont, eds), La Haya, Kluwer, 2002, pp. 47 ss.

¹⁶ Limitándonos a mencionar reacciones en aquel momento, P. de Miguel, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, 2, pp. 413 ss; J. Basedow, “The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam”, *Common Market L. Rev.*, 2000, pp. 687 ss; A. Borrás, “Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam”, *Revista Española de Derecho internacional*, 1999, 2, pp. 385 ss; C. Kohler, “Interrogations sur les sources du Droit international privé européen après le Traité d’Amsterdam”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 1 ss. Con carácter general, sobre la situación y problemas resultantes, A. Borrás, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *Recueil des Cours*, t. 317, 2005, pp. 313 ss.

¹⁷ Sobre los textos en cuestión, T.C. Hartley, “The International Scope of Choice of Court Agreements under the Brussels I Regulation, the Lugano Convention and the Hague Convention”, *Liber Amicorum Ole Lando*, Copenhagen, 2012, pp. 197 ss. En general, A. Borrás, “Les clauses de déconnexion et le droit international privé communautaire”, *Festschrift für Eric Jayme* (herausgegeben von H.P. Mansel-T. Pfeiffer-H. Kronke-Ch. Kohler-R. Hausmann), t. I, München, 2003, pp. 57-72.

¹⁸ C. González Beilfuss, *Nulidad e infracción de patentes en la Comunidad Europea*, Madrid, 1996; M. Pertegás, *Cross-border Enforcement of Patent Infringements: An Analysis of the Interface of Intellectual Property and Private International Law*, Lovaina, 2000.

El papel de la autonomía fuera fue discutido ampliamente y su importancia se ve en el Convenio de 2005, que en su art. 3 reduce los límites de la autonomía a los “acuerdos exclusivos de elección de foro”, si bien en el art. 22 acepta la posibilidad de declaraciones recíprocas sobre acuerdos de elección de foro no exclusivos, para dar respuesta a la práctica existente, sobre todo en EE UU, de que la elección de foro, no tenga normalmente carácter exclusivo. Veremos más adelante como en las negociaciones actuales el Grupo de trabajo considera las circunstancias en las que la sumisión puede dar lugar al reconocimiento y ejecución de una sentencia.

También fueron objeto de difíciles discusiones los problemas relacionados con las posibilidades de una *activity based jurisdiction*, especialmente como consecuencia de que la competencia basada en la actividad es peligrosamente similar al *doing business*, que se mantendría en todo caso en la “lista negra” en todos los casos o como un criterio prohibido de competencia¹⁹.

Una cuestión importante y delicada se refiere a los procedimientos paralelos²⁰. Una vez más, las posiciones se dividieron entre la solución de la litispendencia con la regla *prior temporis, potior iuris*, rechazada por EE UU y que trataba de sacar adelante una solución de *forum non conveniens*, a pesar de que hay la evidente diferencia de que en una forma “pura” de *forum non conveniens* sólo uno de los tribunales tiene competencia. La solución era muy complicada y era difícil que fuera aceptada por todos.

3. El camino hasta la adopción del Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro

A partir del momento en que se decide posponer la Sesión Diplomática que debía haber tenido lugar en 2000, se inicia una nueva etapa. Se decidió dividir la Sesión diplomática en dos partes con el objetivo de facilitar que se alcanzase un nuevo acuerdo. En la primera parte de la Sesión, en junio de 2001, los EE UU estuvieron particularmente activos y se adoptó el *Interim Text* de 2001²¹, siguiendo el modelo de 1999, pero que en realidad no dejó satisfecho a nadie. Para unos iba

¹⁹ Sobre estos aspectos, A. Bucher, “Vers une Convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers”, *La semaine judiciaire*, 2000.2, pp. 94 ss.

²⁰ Sobre este tema y sus dificultades, J.D. González Campos, “Diversification, specialization, flexibilisation et materialization des règles de droit international privé. Cours général”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, pp. 269 ss. Más recientemente, M. Pertegás, “*Lis pendens*, Lessons from Brussels for a Relunched Hague Judgments Project?”, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp 727 ss.

²¹ Primera parte de la Conferencia diplomática que tuvo lugar entre los días 6 a 20 junio 2001, *Interim text* preparado por la Oficina Permanente y los co-relatores. Este y otros trabajos preliminares relativos a este tema, en *Proceedings of the Twentieth Session (2005) – Judgments*, La Haya, 2013.

demasiado lejos, mientras que para otros no iba suficientemente lejos. En conjunto había un sentimiento de fracaso, pues se trataba de un texto que no satisfacía a nadie, lleno de corchetes, notas a pie de página y comentarios. Pero la discusión y el texto mostraron que el borrador estaba todavía demasiado cerca de los instrumentos comunitarios (en aquel momento, ya el Reglamento 44/2001, “RB I”) y con el problema adicional de la competencia exclusiva o compartida de la Comunidad y sus Estados miembros para concluir convenios con terceros Estados que condujo a solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia 1/2003 sobre la conclusión del nuevo Convenio de Lugano²². Además, las discusiones y la adopción del texto en tales circunstancias mostraron que el sistema de voto no era bueno y que era necesario alcanzar el más amplio consenso posible. En esta situación, se pospuso la decisión sobre si debían continuarse o no los trabajos. Para tratar de avanzar, la Comisión de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya, que se reunió en abril de 2002²³, decidió que la Oficina Permanente, asistida por un Grupo informal de trabajo, preparara un texto para ser sometido a una Comisión Especial. Se decidió que el punto de partida para este proceso serían áreas esenciales, como la competencia basada en acuerdos de elección de foro en asuntos *business-to-business*, la sumisión, el foro del demandado, la demanda reconventional, los *trusts*, daños físicos y otros posibles criterios de competencia. Pero el resultado de la reunión fue aún más limitado: después de tres reuniones, el grupo informal de trabajo propuso que el objetivo se limitaría a un Convenio sobre acuerdos de elección de foro en asuntos comerciales. En general, los Estados miembros consideraron el Convenio que se les proponía para tales acuerdos y las sentencias resultantes cumpliría la misma función que el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en relación a los acuerdos de arbitraje y las sentencias resultantes. Después de haber recibido reacciones positivas de los Estados miembros de la Conferencia de La Haya, se reunió en diversas ocasiones una Comisión Especial que preparó un texto que constituye la base del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro.

Es ahí donde hay que plantearse la cuestión del significado del Convenio de 2005. Para la Oficina Permanente²⁴ el Convenio no representa un plan de retira-

²² Sobre este tema, entre la abundante bibliografía, A. Borrás, “Competence of the Community to Conclude the Revised Lugano Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. Opinion C-1/03 of 7 February 2006: Comments and Immediate Consequences”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 8, 2006, pp. 37 ss.

²³ Sobre la misma, nota de J.D. González Campos y A. Borrás, en *Revista Española de Derecho Internacional*, pp. 2002 ss.

²⁴ M. Pertegás y L.E. Teitz, “Prospects for the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements”, *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon / Un engagement au service du droit international privé. Mélanges en l’honneur de Hans van Loon*, 2013, pp. 465 ss.

da (*fallback position*) o un fragmento de un Convenio más amplio que habría fracasado. Convenio. Es la opinión de Hans Van Loon que el Convenio no es “basura” (*rubble*), sino que era necesario para tener un fundamento sólido para un trabajo más amplio en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones.

A pesar de que no corresponde examinar aquí el Convenio de 2005, es importante señalar que, como se indica en el informe explicativo de Hartley y Dogau-chi²⁵, si el Convenio ha de alcanzar el objetivo de hacer los acuerdos de elección de foro tan eficaces como sea posible, tiene que alcanzar tres cosas: a) El tribunal elegido tiene que entender del caso que se le plantea. b) Cualquier otro tribunal ante el que se presente el caso, debe rechazarlo. c) la sentencia del tribunal elegido debe ser reconocida y ejecutada. Estas tres obligaciones han sido incorporadas al Convenio, donde constituyen sus disposiciones clave. Sin embargo, a pesar de que estas obligaciones son esenciales, no pueden imponerse de forma absoluta. Se aceptó de forma general que puede haber situaciones, normalmente de naturaleza excepcional, en que la conveniencia de dar efecto a un acuerdo de elección de foro puede verse superada por otras consideraciones. Por esta razón, el Convenio establece excepciones a cada una de las obligaciones clave. Sin embargo, si tales excepciones fueran demasiado amplias y vagas, el Convenio valdría poco. No fue fácil durante la Sesión diplomática encontrar el equilibrio entre flexibilidad y certidumbre y constituyó una de las tareas más importantes en la redacción del Convenio.

A pesar de que el objetivo y el resultado del Convenio es, pues, limitado, su éxito debe ser calificado de muy limitado, ya que solo ha accedido al mismo México en 2007, mientras que en el caso de los EE UU y de la UE, ambos han firmado el Convenio en 2009. Dudo en calificar la firma de EE UU como meramente simbólica, ya que parece que el Departamento de Estado ha estado trabajando para la preparación de la legislación de implementación, lo que, junto con otras actividades y publicaciones recientes en EE UU²⁶ podrían demostrar un deseo de que el Convenio entre en vigor. En lo que se refiere a la UE, no ha adoptado aún una decisión para la conclusión, si bien se adoptó una propuesta en enero de 2014²⁷, todavía en discusión en el Consejo y, en particular, sobre la posibilidad de formular una declaración en virtud del art. 21 del

²⁵ Apartados 1 a 6 del Informe explicativo que acompaña al Convenio. Entre la abundante bibliografía, P. Beaumont, “Hague choice of Court agreements Convention 2005. Background, Negotiations, Analysis and Current Status”, *J. Priv. Int’l L.*, 2009.1, pp. 125 ss; R. Brand, “The New Hague Convention on Choice of Court Agreement”, *ASIL Insight*, 26 julio 2005; A. Bucher, “La Convention de La Haye sur les accords d’élection de for”, *Rev. suisse dr. int. et eur.*, 2006, 1, pp. 29 ss; T.C. Hartley, “The Hague Choice of Court Convention”, *Eur. L. R.*, 2006, 3, pp. 414 ss.

²⁶ En particular, R. A. Brand, “Implementing the 2005 Hague Convention: the EU Magnet and the US Centrifuge”, *Entre Bruselas y La Haya...*, *op. cit.*, pp. 267 ss.

²⁷ Propuesta de decisión contenida en el Documento COM(2014) 46 final, de 30 enero 2014.

Convenio para excluir los contratos de seguros del ámbito del Convenio. Hubiera sido bueno para la UE aplicar el Convenio de La Haya en la misma fecha en que se aplicará el RB I (refundido), el 10 enero 2015, teniendo en cuenta las modificaciones que el Reglamento 1215/2012 ha introducido en las normas relativas a la elección de foro, precisamente para alinearlas con las disposiciones clave del Convenio de 2005. Además, el Reglamento no ha ido tan lejos como la propuesta de la Comisión y como los estudios del GEDIP en lo que se refiere a la aplicación del RB I revisado a demandados domiciliados en Estados no miembros²⁸. Además, es importante añadir que la entrada en vigor del Convenio de 2005 en la UE tendría importantes consecuencias, ya que, por una parte, animaría a otros Estados a ratificarlo y, por otra parte, también serviría para impulsar la continuación del *Judgments Project*, como se verá más adelante. Pero, por el momento, la fecha que se baraja octubre 2015 tampoco parece viable.

En el lado positivo, cabe añadir que el Convenio de La Haya de 2005 ha servido de base para las normas para dar efecto a los acuerdos exclusivos de elección de foro en los *Trans-Tasman Proceedings Bills* de 2010, que se aplican en Australia y Nueva Zelanda desde 11 octubre 2013. Y el Convenio de 2005 también ha tenido impacto en el “*Arrangement on Reciprocal Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*”, que se aplica entre el *Mainland* de China y la región administrativa especial (SAR, en las siglas inglesas) de Hong Kong.

IV. Los trabajos actuales y sus perspectivas

Con estos resultados es oportuno plantearse algunas cuestiones relativas a los trabajos actuales y las perspectivas que tienen. Nuevamente aquí hay que empezar por plantearse algunas cuestiones: ¿por qué se ha retomado el *Judgments Project*? ¿o es que quizás no se abandonó nunca? ¿o es que ha influido en esta decisión el hecho de que la Conferencia de La Haya no tiene en estos momentos un Convenio en preparación? Se trata de elementos a tomar adecuadamente en cuenta.

1. La situación actual de la Conferencia

Es evidente es que se ha perdido la tradición de la celebración de una Sesión Diplomática de la Conferencia cada cuatro años. Aunque el mandato de la Se-

²⁸ A. Borrás, “Application of the Brussels I Regulation to External Situations: From Studies Carried out by the European Group for Private International Law (EGPIL/GEDIP) to the Proposal for the Revision of the Regulation”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 12, 2010, pp. 333 ss.

sión diplomática de 1993²⁹ fue para la preparación de un Convenio sobre la protección de niños y adultos, en la Sesión de 1996 sólo se aprobó el Convenio sobre la protección de los niños, ya que fue imposible terminar las discusiones relativas a la protección de adultos. Sin embargo, dado que el trabajo estaba bastante avanzado, se decidió no esperar para su aprobación a la siguiente Sesión que, en principio, iba a tener lugar en el año 2000, y convocar una Comisión especial de carácter diplomático que se celebró en octubre de 1999 y aprobó el Convenio sobre la protección de adultos³⁰.

El caso del denominado Convenio “*Securities*” es particular, pero significativo para el caso que estamos examinando. En la Comisión de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de 2000³¹ se decidió que se preparara un Convenio por la vía rápida (*fast-track procedure*) y con un procedimiento de trabajo informal, justificado por el hecho de la existencia de una necesidad práctica inmediata, especialmente en relación a la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario. Ello permitió la adopción del Convenio en la segunda parte de la 19ª Sesión Diplomática en diciembre de 2002, aunque por la razón que antes expliqué, la fecha del Convenio es 5 julio 2006, que es la fecha de las dos primeras firmas, de EE UU y Suiza. El Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro fue adoptado en la 20ª Sesión Diplomática³² y es la primera vez que la fecha de un Convenio de La Haya coincide con la fecha de su adopción, el 30 junio 2005, y no la fecha de su primera firma. Otro dato significativo para el futuro de la Conferencia de La Haya es la adopción, el mismo día, de la modificación del Estatuto de la Conferencia, que entró en vigor el 1º enero 2007, que permitió el ingreso de la UE como miembro de pleno derecho de la Conferencia de La Haya³³.

Sin embargo, al mismo tiempo se estaba preparando un “convenio nuevo y completo en materia de obligaciones alimenticias” como consecuencia de la

²⁹ En realidad, para mantener la tradición de celebrar una Sesión diplomática cada cuatro años, debiera haber sido en 1992, pero se retrasó un año para hacerla coincidir con la celebración del centenario de la Conferencia.

³⁰ Debe recordarse que, en aquel momento, los Convenios de La Haya tenían la fecha de la primera firma y esta es la razón por la que el Convenio sobre la protección de adultos lleva la fecha de 13 enero 2000, fecha de la primera firma, que fue la de Holanda.

³¹ A. Borrás y E. Pérez Vera, “La Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (mayo 2000)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2000.1, pp. 269 ss.

³² En la bibliografía española, F.J. Garcimartín, “El Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 90, 2003, pp. 297 ss.

³³ Sobre el proceso y, en particular, en España, A. Borrás, “La publicación en el BOE del Estatuto modificado de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2012.2, pp. 297 ss.

decisión tomada en la antes mencionada segunda parte de la 19ª Sesión (en diciembre de 2002), trabajos que concluyeron con la adopción en la 21ª Sesión del Convenio y el Protocolo de 23 noviembre 2007. Desde aquel momento ninguna otra materia ha sido incluida para una Sesión Diplomática y han pasado más de seis años sin que haya un tema para un nuevo Convenio. En palabras de Andreas Bucher, “*La Conférence de La Haye sans Convention*”³⁴. Si se examinan las conclusiones de la última reunión del Consejo de Asuntos generales y política de la Conferencia, celebrada en abril de 2014, se ve inmediatamente que hay diversos temas sobre la mesa, pero ninguno de ellos es directamente el objeto de la preparación de un Convenio cuando, además y por primera vez en su existencia, la Conferencia prepara un instrumento no obligatorio en materia de elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales.

2. La continuación de los trabajos en el Judgments Project

Si esta es la situación general de la Conferencia de La Haya, corresponde entonces preguntarse por la situación específica del “*Judgments Project*”. Tras la adopción del Convenio sobre acuerdos de elección de foro en 2005, nada se había dicho sobre este proyecto hasta el Consejo de asuntos Generales y Política de la Conferencia abril 2010³⁵, en que la continuación de este proyecto se afrontó de la siguiente manera:

“El Consejo toma nota de las sugerencias hechas en el documento preliminar nº 14, incluyendo la propuesta de reunir un grupo de expertos para explorar las opciones que presente este documento. El Consejo señala el valioso trabajo realizado durante el “Proyecto sobre sentencias” y señala que probablemente proporcionará una base para el trabajo futuro. El Consejo concluye, sin embargo, que el trabajo exploratorio, incluyendo el nombramiento de un grupo de expertos, sólo se considerará después de la entrada en vigor del Convenio de 2005 sobre elección de foro”.

La decisión es, pues, consecuencia del Documento preliminar nº 14, que es una nota presentada por la Oficina Permanente, con el propósito de “facilitar una discusión preliminar... sobre la posibilidad de continuar el trabajo sobre sentencias en materia civil y comercial”, dando como explicación que “en vista de la diversidad de prácticas y opiniones en materia de reconocimiento y ejecución, los litigantes envueltos en casos internacionales darán indudablemente la bienvenida a una reforzada certidumbre legal que constituirá un complemento al Convenio sobre elección de foro respecto a los efectos internacionales de una

³⁴ A. Bucher, “*La Conférence de La Haye sans Convention*”, *Entre Bruselas y La Haya...*, *op. cit.*, pp. 276 ss.

³⁵ A. Borrás, “Consejo sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (7–9 abril 2010)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2010.1, pp. 323 ss.

sentencia y/o a los criterios de competencia para el acceso a tribunales (extranjeros). Un nuevo intento de la Conferencia de La Haya de abordar estas cuestiones requiere recoger la pasada experiencia, así como la evaluación de lo que se necesita y es posible alcanzar en los próximos años.

Con esta finalidad, las opciones presentadas por la Oficina Permanente eran tres: a) Continuar preparando un Convenio que se ocupe tanto de las reglas directas de competencia como del reconocimiento y ejecución de sentencias. b) Continuar preparando un Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias. c) Continuar preparando un acuerdo modelo, en un instrumento no vinculante. Como un primer paso, la Oficina Permanente consideró que podría ser adecuado “reunir un grupo de expertos para aconsejar sobre las áreas en que sería factible reanudar el trabajo sobre sentencias y sobre dónde sería posible el consenso. A la luz del análisis y las recomendaciones del grupo, el Consejo podría entonces en la próxima o en una de sus próximas reuniones, tomar una decisión sobre la construcción en curso de una estructura global para tratar de los litigios en materia civil y comercial.

Puedo decir que, en aquel momento la UE, al igual que otros Estados como Canadá, EE UU y Australia, consideraban esta propuesta prematura. En el caso de la UE, además, con la perspectiva en aquel momento de revisar el Reglamento Bruselas I. Otros Estados, como Suiza, consideraban que podía ser importante dar una señal de que el proyecto no se había abandonado y que se podían ver pasos hacia adelante en el Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro o en el Convenio de 2007 en materia de alimentos.

En la reunión del Consejo de 2011³⁶, la UE adoptó una posición más abierta, en el sentido que aceptó la posibilidad de preparar estudios pero, como se dice en las conclusiones de la reunión, este trabajo “no puede interferir con los esfuerzos en marcha para promover la entrada en vigor del Convenio de 30 junio 2005 en materia de acuerdos de elección de foro. El objeto del grupo de expertos sería “explorar los antecedentes del proyecto sobre sentencias y los desarrollos recientes con el objetivo de valorar las posibles ventajas de reanudar el proyecto sobre sentencias”.

Las conclusiones fueron muy limitadas, pero el Grupo de expertos realizó algunas investigaciones preliminares, que se presentaron a la reunión del Consejo de 2012³⁷, en que la UE apoyó las conclusiones, teniendo en cuenta, sin ninguna

³⁶ A. Borrás, “Consejo sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (5–7 abril 2011)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2011.2, pp. 309 ss.

³⁷ A. Borrás, “La reunión del Consejo sobre los asuntos generales y la política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (17–20 abril 2012)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2012.2, pp. 303 ss.

duda, las limitadas modificaciones introducidas en la revisión del RB I. Países como Japón, Canadá, EE UU y otros expresaron sus dudas sobre las conclusiones, que fueron debatidas hasta el último momento de la reunión.

El resultado fue la creación de dos grupos. El primero sería un Grupo de trabajo cuyo objeto inicial sería preparar propuestas a ser consideradas por una Comisión Especial en relación a las normas a incluir en el futuro instrumento en relación al reconocimiento y ejecución de sentencias, incluyendo reglas de competencia judicial indirecta (más simplemente denominados *jurisdictional filters*). El segundo sería un Grupo de expertos encargado de considerar y hacer recomendaciones sobre la conveniencia y la viabilidad de incluir normas de competencia, incluyendo la cuestión de los procedimientos paralelos, en el mismo o en otro instrumento futuro. Sobre este punto puede añadirse que, en opinión de la UE, no era una continuación del proyecto, sino un “relanzamiento”. Ambos Grupos estaban integrados por Argentina, Australia, Bielorrusia, Brasil, China, Costa Rica, Chipre, la UE, Francia, Alemania, Japón, México, Nueva Zelanda, Rusia, Sudáfrica, Suiza, Reino Unido y EE UU. Como presidente fue elegido David Goddard (Nueva Zelanda).

En cuanto a la diferencia entre un Grupo de trabajo y un Grupo de expertos, puede decirse que un Grupo de trabajo tiene un mandato del Consejo para preparar un borrador de convenio que se presentará a una Comisión especial, mientras que un Grupo de expertos se constituye únicamente para hacer recomendaciones al Consejo.

Ambos grupos se reunieron en febrero de 2013 y presentaron sus conclusiones a la reunión del Consejo abril 2013³⁸. En este caso, EE UU se opuso directamente al proyecto, considerando que era lo mismo que antes y que no había posibilidades de éxito. Aunque considerando que era un proyecto ambicioso, la UE y Suiza apoyaban el proyecto. Otros países, como China, solo estaban en favor de preparar normas de reconocimiento y ejecución, pero no normas directas de competencia. Finalmente, la conclusión nº 8 dice solamente que “el Consejo toma nota de los informes del Grupo de trabajo y del Grupo de expertos que se reunieron en febrero de 2013 y el positivo progreso realizado en sus discusiones. Los miembros de los Grupos están continuarán las consultas sobre los próximos pasos, con el objetivo de reunirse de nuevo en octubre de 2013. El Consejo espera recibir una puesta al día de los avances a este respecto. Esta fue la única conclusión aceptable para EE UU. Vale la pena recordar aquí que trabajar sobre la base del consenso “en toda la medida de lo posible”, como establece ahora el

³⁸ A. Borrás, “Consejo sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (9–11 abril 2013)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2013.2, pp. 391 ss.

Estatuto, tiene este tipo de inconvenientes, un aspecto sobre el que volveré más adelante.

En realidad, los dos grupos se reunieron en febrero de 2013, con grandes diferencias entre ellos, lo que se refleja en la situación actual. En un breve informe sobre la reunión febrero 2013, el Grupo de expertos expresó únicamente su opinión sobre las cuestiones que debería abordar el futuro Convenio. Dado que parecía imposible alcanzar acuerdos en esta parte, se suspendieron las actividades de este Grupo hasta que las actividades del Grupo de trabajo y la decisión del Consejo determinen un Nuevo mandato para el Grupo de Expertos.

En la reunión del Grupo de trabajo sobre reconocimiento y ejecución de sentencias, incluyendo los filtros jurisdiccionales, hay indicaciones mucho más detalladas sobre el futuro trabajo, que recoge la nota de la Oficina Permanente agosto 2013, a que se hace referencia más adelante, y que serían, en principio, el punto de partida de las negociaciones. En cualquier caso, el texto siempre habla de “futuro instrumento” y nunca de “futuro Convenio”, lo que deja abierta la posibilidad de un instrumento no obligatorio. En su informe se pone el acento en la delimitación del ámbito material de aplicación, las sentencias a incluir en el texto, el procedimiento y ejecución y los filtros jurisdiccionales, que constituye el aspecto más complejo.

3. *El momento actual*

Desde la reunión del Consejo de Asuntos Generales en abril de 2013, no hubo otra reunión ni otros documentos hasta la nota agosto 2013, preparada por la Oficina Permanente, tras consultar al presidente y la vicepresidenta del Consejo y al presidente de los grupos, titulada “*Process paper on the continuation of the Judgments Project*”, con el objetivo de “ayudar a los miembros de los grupos para avanzar en su posición sobre los posibles caminos para organizar y ordenar el trabajo, antes de presentar su informe a la reunión del consejo de 2014”. En este documento se señala que algunos miembros de los Grupos están realizando amplias consultas, incluyendo algunas reuniones bilaterales de alto nivel, “pero todavía no hay resultados sobre un camino en el que exista acuerdo para el proyecto”. En esta situación, la Oficina Permanente trata de dar algunas orientaciones para el futuro.

El punto de partida es que los mandatos de los dos grupos son autónomos y deben desarrollarse separadamente, aunque pertenecen a áreas relacionadas. Por ejemplo, los trabajos relativos a los filtros jurisdiccionales requerirán un análisis comparativo de las normas de competencia existentes, lo que, en alguna medida, ayudará a los trabajos futuros en materia de competencia. Las divergencias en las posiciones expresadas se refieren a la cuestión de si los trabajos de los dos

grupos deben desarrollarse al mismo tiempo o no. A pesar de ello, todos los participantes estaban de acuerdo en dos puntos: 1) En cuanto al Grupo de trabajo, la reanudación de sus actividades tiene como objeto continuar el trabajo que se había desarrollado hasta febrero de 2013. 2) En cuanto al Grupo de expertos, es necesaria una decisión política interna sobre la cuestión de elevar las cuestiones de competencia al nivel de negociaciones.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Oficina Permanente propone un posible camino hacia adelante. La experiencia adquirida en este proyecto, tanto en sus estadios iniciales como más recientemente, apuntan fuertemente a un programa de trabajo claro y realista, con la posibilidad de añadir elementos adicionales en etapas posteriores. Desde esa perspectiva, la propuesta de la Oficina Permanente es dar prioridad al trabajo del Grupo de trabajo, ya que parece haber expectativas de éxito como consecuencia de la reunión febrero 2013. Por lo que se refiere al orden del trabajo a largo plazo, se barajan dos posibilidades: O bien solamente se inician negociaciones sobre competencia, incluyendo los procedimientos paralelos después de haber alcanzado un Convenio sobre reconocimiento y ejecución. O bien se prepara un único Convenio, posiblemente con una parte opcional sobre las cuestiones de competencia o un Convenio con un Protocolo separado.

Con este punto de partida y dado que era inviable la reunión de los Grupos en octubre de 2013, la Oficina Permanente propuso “una nueva ronda de discusiones sustantivas antes de la reunión del Consejo de 2014” que, como se ha indicado, se celebraría del 8 al 10 de abril. Esta reunión del Grupo de trabajo tuvo lugar entre los días 24 a 28 de febrero.

Pero, antes de llegar a esta reunión, tuvieron lugar dos importantes reuniones, una en La Haya y otra en Wuhan (China).

La reunión en La Haya fue una reunión informal de los miembros celebrada los días 17 y 18 de septiembre, como un “*Brainstorming*” convocado por el nuevo Secretario General, Dr. Christophe Bernasconi, para recibir nuevos *inputs* para los trabajos futuros de la Conferencia. La naturaleza de la reunión llevó a que no se levantara acta de las reuniones y a que no se redactaran conclusiones y recomendaciones. Dejando al margen las cuestiones relacionadas con las actividades no legislativas y los problemas financieros, uno de los puntos esenciales de la discusión fue la actividad legislativa ya que, de acuerdo con el art. 1 del Estatuto de la Conferencia, su objetivo es “trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado”. Durante la reunión no se mencionó ninguna de las materias incluidas en el orden del día de la Conferencia y, en consecuencia, ninguna de ellas fue priorizada. Por esta razón no se mencionó durante la reunión el *Judgmens project*, pero todo el mundo tenía presente este

importante proyecto, al que es posible aplicar algunas de las consideraciones generales que se hicieron durante la reunión y que podrían resumirse de la forma siguiente:

- Las materias de los futuros Convenios han de ser prácticas y necesario, ya que solo se debe adoptar un Convenio si resulta claro que se va a aplicar. En este sentido, el Secretario General presentó un cuadro que muestra que el 26% de los Convenios de La Haya no están en vigor y, respecto a aquellos que están en vigor, una amplia proporción de ellos tienen un número de partes muy limitado.

- La consecuencia es que no habrá una Sesión Diplomática cada cuatro años para aprobar un Convenio, sino que tendrá lugar cuando un Convenio esté a punto, lo que puede ocurrir después de un tiempo más largo o más corto.

- Los miembros de la Conferencia han cambiado en los últimos tiempos. Por una parte, el número de Estados miembros se ha incrementado significativamente, alcanzando actualmente los 75 Estados miembros, procedentes progresivamente de culturas jurídicas más diversas. Por otra parte, la presencia de la UE como miembro de pleno derecho de la Conferencia³⁹ no es fácil y plantea problemas de relación con la oficina Permanente y problemas de competencia entre la Unión y sus Estados miembros, que interfieren en los trabajos de la Conferencia. Se trata, pues, casi de una “refundación” de la Conferencia de La Haya.

Ya se ha mencionado con anterioridad el papel del consenso y la inclusión de la necesidad de usarlo en el art. 8 del Estatuto. El problema es que, progresivamente, el consenso se está convirtiendo en equivalente a la unanimidad. La idea es crear una “cultura del consenso”, pero para ello es preciso cambiar la forma en que se llevan las negociaciones y, por ejemplo, no se debe hablar de “*core members*”. Es en este contexto cuando se plantea que puede ocurrir que no todos los miembros estén interesados en las mismas materias y que, en consecuencia, tendría que ser posible trabajar en paralelo. Aunque esta idea parecía en principio atractiva, algunos de los participantes manifestaron que los miembros que no estuvieran interesados en la conclusión de un determinado Convenio, deberían también tener la posibilidad de participar en las negociaciones, ya que podrían estar interesados en ese Convenio en el futuro. Ello conlleva el riesgo de tener una influencia negativa durante las negociaciones.

Aunque no se mencionó el *Judgments Project*, es fácil trasplantar estas consideraciones a este supuesto concreto: el Convenio, que es útil y necesario, solo avanzará si puede preverse un resultado positivo y con la posibilidad de que sea aceptado por un número significativo de Estados.

³⁹ Con la UE, el número de miembros es de 76.

La otra reunión importante tuvo lugar en Wuhan (China), los días 23 y 24 septiembre 2013, sobre “*International litigation in the Asia Pacific Region*”. El interés principal detrás de la reunión era que la UE y los EE UU son socios comerciales clave para los Estados de la región Asia-Pacífico y la entrada en vigor del Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro sería de gran interés para los países representados en la reunión, específicamente, Australia, Camboya, China, India, Indonesia, Laos, Myanmar, Nueva Zelanda, Filipinas, Corea, Singapur, Sri Lanka, Tailandia y Vietnam. Durante la reunión quedó muy clara la necesidad de identificar los pasos a dar en los sistemas jurídicos de cada país para acomodarlos al Convenio de 2005, como es la necesidad de contestar a un cuestionario sobre las normas de competencia y ejecución en los litigios internacionales en los respectivos países, lo que es también muy útil para la preparación de un nuevo Convenio, ya que un grupo importante de esos países no estuvo presente en la primera parte de las negociaciones.

La reunión del Grupo de trabajo celebrada los días 24 a 28 febrero 2014 fue valorada positivamente y presentada⁴⁰ al Consejo de Asuntos Generales y política de la Conferencia abril 2014, varias veces mencionado. A la reunión de febrero asistieron, además de los miembros que se han mencionado antes, representantes de Canadá, Corea, España y Serbia. En su informe, el Grupo de trabajo señala que se han realizado avances hacia el objetivo de consensuar unas reglas relativas al reconocimiento de sentencias, intentando seguir el esquema del Convenio de 2005 y tratando de especificar los tipos de sentencias a que el futuro instrumento se referiría y tratando de precisar los criterios para el reconocimiento y ejecución de sentencias. Estos resultados le permiten proponer dos reuniones a celebrar antes de la reunión del Consejo de 2015, además de utilizar todas las tecnologías necesarias de comunicación para avanzar en este periodo. En concreto, se refiere a las sentencias referentes a daños, las sentencias dictadas en procedimientos colectivos (incluyendo las *class actions*), las cuestiones de consumidores y trabajadores y el tema de la propiedad intelectual. Estas conclusiones fueron presentadas al Consejo abril 2014. En esta reunión EE UU tuvo una posición algo más positiva en relación al proyecto, después de muchas consultas internas, pues no se puede olvidar las competencias respectivas del Estado para la conclusión de tratados y de los estados en relación al reconocimiento y ejecución de sentencias. El resultado es la conclusión nº 6 a que se hacía referencia en la introducción y que, aunque parezca bastante vaga, no pudo irse más allá por la posición de EE UU, pese a que para la UE y para otros Estados, como Rusia, este proyecto es la piedra angular (*cornerstone*) de los trabajos futuros de la Conferencia, considerando que en la reunión de febrero se han realizado “pro-

⁴⁰ Como *document preliminary* nº 7, preparado por la Oficina Permanente y titulado “*Ongoing work on Judgments – Choice of Court Convention and Judgments Project*–”.

gresos considerables”. Países como Japón o Corea se muestran más cautos, recordando el tiempo ya dedicado a este proyecto. En todo caso, con esta conclusión se da un especial impulso al nuevo proceso iniciado y puede confirmarse la idea de que se celebren dos reuniones durante este año, previsiblemente una de ellas en Hong Kong.

Llegados a este punto cabe plantearse cuales son las expectativas para el *Judgments Project*. El trabajo desarrollado durante la primera fase de las negociaciones, desde 1992 y especialmente con el borrador de 1999, es enorme. Es por lo que considero tan importante la publicación del tomo II de los *Proceedings* de la 20ª Sesión, pues contienen los documentos más importantes, incluyendo los documentos de trabajo y las actas de las discusiones correspondientes al *Judgments Project* desde 1992 a junio de 2001⁴¹. Si bien la razón formal es que constituye la base para el Convenio de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro, realmente constituye un instrumento muy útil para las negociaciones actuales, en que intervienen muchas personas que no participaron en las negociaciones anteriores.

Y no solo es importante conocer las negociaciones, sino también conocer cuáles son los problemas existentes como resultado de la información sobre los diferentes sistemas de competencia en el mundo.

El viejo texto era muy ambicioso y difícil de ser aceptado a escala mundial. Según el conocido adagio de “lo mejor es enemigo de lo bueno”, es mucho más realista avanzar paso a paso si el objetivo no puede alcanzarse de una vez. De esta forma, sería posible alcanzar el consenso en cuestiones en que se puede alcanzar más fácilmente el acuerdo⁴². Pero aún así queda pendiente la cuestión de si la situación es ahora más favorable para alcanzar un Convenio, aunque sea más limitado. En mi opinión y en términos generales, la situación no es simple, con nuevos Estados miembros, con una activa participación de la UE y con la utilización del consenso. Desde la perspectiva de la UE, con la adopción del Reglamento 1215/2012, la idea original de la propuesta de la Comisión en relación a la extensión del Reglamento a los demandados domiciliados en terceros Estados ha sido abandonados y algunos de los beneficios para la protección de la parte débil sean extendido en relación a demandados de fuera de la Unión. En esta situación es difícil imaginar cómo se puede ir más allá de la conclusión del Convenio de 2005. Desde la perspectiva de los EE UU, son esenciales los límites constitucionales y las exigencias del *due process*, a pesar de que dos decisiones del

⁴¹ *Proceedings of the Twentieth Session*, t. II, *Judgments*, La Haya, 2013.

⁴² D. Goddard, “The Fruits of the Judgment Project”, *A Commitment to Private International Law...*, *op. cit.*, pp. 195 ss.

Tribunal Supremo de EE UU en junio de 2011⁴³ parecían dar algunas orientaciones en materia de competencia de los tribunales de los EE UU en relación a demandados extranjeros. Pero su situación interna, a que antes se hacía referencia, no hace fácil llevar las negociaciones en La Haya. Pero hay otros Estados que juegan un papel activo en las negociaciones (tales como Australia, Canadá, China, Corea o Japón) que no podrían aceptar la posición de EE UU o de la UE como “*core members*” para alcanzar el consenso. La reunión de Wuhan fue importante en este sentido.

IV. Consideraciones finales

Mi opinión no es optimista y es la misma que mantengo desde 2010: continuar o relanzar el proyecto es todavía prematuro. Realmente este Convenio es importante y es necesario para las relaciones civiles y comerciales internacionales. Pero hay una cuestión importante que es que la situación no ha cambiado suficientemente para creer en una solución positiva que haga posible la conclusión del Convenio en un tiempo razonable. De forma más específica, mis consideraciones finales serían las siguientes:

1. El Convenio es práctico y necesario y, en tal sentido, está de acuerdo con la sesión de *Brainstorming* septiembre 2013 y, por tanto es una buena idea tener un Convenio en esta materia.

2. Hay cuestiones de política legislativa, a las que he hecho referencia. Una de ellas es ahora la apertura del Convenio o la posibilidad de los Estados que no negocien el Convenio de adherirse al mismo y, en relación a esta cuestión, la posibilidad de los Estados no interesados de participar en la negociación. El riesgo es que su participación provoque más complejidad y que, al final, conduzca a la no aceptación general del Convenio.

3. La proyección universal de la Conferencia de La Haya da lugar a mayor diversidad. Requiere, por ejemplo, un análisis comparativo de los filtros jurisdiccionales existentes en los Estados miembros de la Conferencia, en el sentido del cuestionario de Wuhan. Pero el peligro en esta situación es que el Convenio resulte demasiado complicado, con reservas y declaraciones o con un esquema que pueda ser tan complicado como el del Convenio de 1971.

4. La UE tiene sus exigencias y es importante no olvidar que está integrada por 28 Estados miembros de la Conferencia. No es una buena idea perder peso como consecuencia de la integración. En este caso y en relación con esa cuestión, querría mencionar la necesidad de participación de verdaderos expertos

⁴³ Se trata de las sentencias en los asuntos *Goodyear v. Brown* y *J. McIntyre, Ltd. v. Nicastro*, a que se refiere R.A. Brand, “Jurisdictional developments and the new Hague Judgments Project”, *A Commitment to Private International Law...*, *op. cit.*, pp. 89 ss.

provenientes de los Estados miembros junto con los excelentes expertos de la Oficina Permanente. No es bueno tener solo funcionarios de la Comisión o funcionarios provenientes de los Estados.

5. La estructura actual de la Conferencia y, en particular, la necesidad de aprobar todo lo que se pueda por consenso, hacen aún más difícil adoptar un texto. En esta situación, debe señalarse que aún no existe una “cultura del consenso”. No basta un diálogo entre la UE y los EE UU como “*core members*”, lo que no sería aceptable para otros Estados.

6. Y, finalmente, es difícil que en esta situación pueda alcanzarse un Convenio ampliamente aceptado que pueda ser ratificado por muchos Estados. No es el momento de aprobar un texto que nadie o casi nadie pueda aceptar, pues sería una pérdida de tiempo y esfuerzo. En este sentido, el borrador de 1999 es un buen ejemplo.

Bibliografía

- Basedow, J.: “The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam”, *Common Market L. Rev.*, 2000, pp. 687 ss.
- Beaumont, P.: “Hague Choice of Court Agreements Convention 2005. Background, Negotiations, Analysis and Current Status”, *J. Priv. Int’l L.*, 2009.1, pp. 125 ss.
- Borrás, A.: “La labor de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1999)”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 1173 ss.
- Borrás, A.: “Application of the Brussels I Regulation to External Situations: From Studies Carried out by the European Group for Private International Law (EGPIL/GEDIP) to the Proposal for the Revision of the Regulation”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 12, 2010, pp. 333 ss.
- Borrás, A.: “Competence of the Community to Conclude the Revised Lugano Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. Opinion C–1/03 of 7 February 2006: Comments and Immediate Consequences”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 8, 2006, pp. 37 ss.
- Borrás, A.: “Consejo sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (7–9 abril 2010)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2010.1, pp. 323 ss.
- Borrás, A.: “Consejo sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (5–7 abril 2011)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2011.2, pp. 309 ss.
- Borrás, A.: “Consejo sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (9–11 abril 2013)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2013.2, pp. 391 ss.
- Borrás, A.: “Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam”, *Revista Española de Derecho internacional*, 1999.2, pp. 385 ss.
- Borrás, A.: “La labor de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1997–1998)”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 949 ss.
- Borrás, A.: “La publicación en el BOE del Estatuto modificado de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2012.2, pp. 297 ss.

- Borrás, A.: "La reunión del Consejo sobre los asuntos generales y la política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (17-20 abril 2012)", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2012.2, pp. 303 ss.
- Borrás, A.: "Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir", *Recueil des Cours*, t. 317, 2005, pp. 313 ss.
- Borrás, A.: "Les clauses de déconnexion et le droit international privé communautaire", *Festschrift für Eric Jayme* (herausgegeben von H.P. Mansel-T. Pfeiffer-H. Kronke-Ch. Kohler-R. Hausmann), t. I, München, 2003, pp. 57-72.
- Borrás, A.: "The 1999 Preliminary draft Hague Convention on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments: Agreements and Disagreements", *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments* (F. Pocar y C. Honorati, eds.), Milán, 2005, pp. 47 ss.
- Borrás, A.: "Una nueva etapa en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: la elaboración de un Convenio sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil", *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. III, Salamanca, 2002, pp. 45-81.
- Borrás, A. y E. Pérez Vera: "La Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (mayo 2000)", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2000.1, pp. 269 ss.
- Brand, R.A.: "The 1999 Hague Preliminary Draft Convention Text on Jurisdiction and Judgments: a view from the United States", *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments* (F. Pocar y C. Honorati, eds.), Milán, 2005, pp. 9 ss.
- Brand, R.A.: "The New Hague Convention on Choice of Court Agreement", *ASIL Insight*, 26 julio 2005.
- Brand, R.A.: "Jurisdictional developments and the new Hague Judgments Project", *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon / Un engagement au service du droit international privé. Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Cambridge, Amsterdam, Portland, Intersentia, 2013, pp. 89 ss.
- Brand, R.A.: "Implementing the 2005 Hague Convention: the EU Magnet and the US Centrifuge", *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 267 ss.
- Brand, R.A.: "Tort Jurisdiction in a Multilateral Convention: the Lessons of the due process Clause and the Brussels Convention", *Symposium enforcing judgments abroad: the global challenge*, *Brooklyn J. Int'l L.*, 1998, pp. 125 ss.
- Bucher, A.: "La Conférence de La Haye sans Convention", *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 276 ss.
- Bucher, A.: "La Convention de La Haye sur les accords d'élection de for", *Rev. suisse dr. int. et eur.*, 2006, 1, pp. 29 ss.
- Bucher, A.: "Vers une Convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers", *La semaine judiciaire*, 2000.2, pp. 94 ss.
- De Miguel, P.: "Integración europea y Derecho internacional privado", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, 2, pp. 413 ss.
- Forner, J.J.: "International Jurisdiction in 'business to business' on-line Performed Contracts: Lessons from the Hague?", *A Global Law of Jurisdiction and Judgments: Lesson from the Hague* (J.J. Barceló III y K.M. Clermont, eds), La Haya, Kluwer, 2002, pp. 47 ss.
- Forner, J.J.: *Hacia un convenio mundial de "exequátur". Algunos aspectos del Derecho estadounidense de interés para España*, Barcelona, 1999.

- Garcimartín, F.J.: "El Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 90, 2003, pp. 297 ss.
- Goddard, D.: "The Fruits of the Judgment Project", *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon / Un engagement au service du droit international privé. Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Cambridge, Ambers, Portland, Intersentia, 2013, pp. 195 ss.
- González Beilfuss, C.: *Nulidad e infracción de patentes en la Comunidad Europea*, Madrid, 1996.
- González Campos, J.D.: "Diversification, specialization, flexibilisation et materialization des rpegles de droit international privé. Cours général", *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, pp. 269 ss.
- Hartley, T.C.: "The Hague Choice of Court Convention", *Eur. L. R.*, 2006, 3, pp. 414 ss.
- Hartley, T.C.: "The International Scope of Choice of Court Agreements under the Brussels I Regulation, the Lugano Convention and the Hague Convention", *Liber Amicorum Ole Lando*, Copenhagen, 2012, pp. 197 ss.
- Kohler, C.: "Interrogations sur les sources du Droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 1 ss.
- Pertegás, M. y L.E. Teitz: "Prospects for the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements", *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon / Un engagement au service du droit international privé. Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Cambridge, Ambers, Portland, Intersentia, 2013, pp. 465 ss.
- Pertegás, M.: "Lis pendens, Lessons from Brussels for a Relaunched Hague Judgments Project?", *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp 727 ss.
- Pertegás, M.: *Cross-border Enforcement of Patent Infringemens: An Analisis of the Interface of Intellectual Property and Private International Law*, Lovaina, 2000.
- Pfund, P.H.: "The Project of the Hague Conference on Private International Law to prepare a Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters", *Brooklyn J. Int'l L.*, vol. 24, 1998, pp. 7 ss.
- Silberman, L.J.: "Can the Hague Judgments Project be saved? A perspective from the United States", *A Global Law of Jurisdiction and Judgments: Lesson from the Hague* (J.J. Barceló III y K.M. Clermont, eds.), La Haya, 2002, pp. 161 ss.
- Virgós, M. y F.J. Garcimartín: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2000.
- Von Mehren, A.T.: "Drafting a Convention on International Jurisdiction and the effects of foreign judgments acceptable world-wide: Can the Hague Conference Project succeed?", *A Global law of jurisdiction and judgments: lesson from the Hague* (J.J. Barceló III – K.M. Clermont, eds), La Haya, 2002, pp 290 ss.
- Von Mehren, A.T.: "Enforcing Judgments abroad. Reflection on the Design of Recognition Convention", *Brooklyn J. Int'l L.*, 1998, pp. 17–28.
- Von Mehren, A.T.: "Recognition of United States Judgments Abroad and Foreign Judgments in the United States. Would an International Convention be Useful?", *Rabels Z.*, 1993, pp. 449–459.
- Von Mehren, A.T.: "The Case for a Convention–mixte. Approach to Jurisdiction to Adjudicate and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments", *Rabels Z.*, 1997, pp. 86–92.

TEXTOS LEGALES

UNIÓN EUROPEA

REGLAMENTOS

Reglamento (UE) n° 517/2013 del Consejo, de 13 mayo 2013, por el que se adaptan determinados Reglamentos y Decisiones en los ámbitos de la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas, el derecho de sociedades, la política de competencia, la agricultura, la seguridad alimentaria, la política veterinaria y fitosanitaria, la política de transportes, la energía, la fiscalidad, las estadísticas, las redes transeuropeas, el poder judicial y los derechos fundamentales, la justicia, la libertad y la seguridad, el medio ambiente, la unión aduanera, las relaciones exteriores, la política exterior, de seguridad y defensa y las instituciones, con motivo de la adhesión de la República de Croacia. DO L 158 de 10.6.2013.

Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012. DO L 176 de 27.6.2013.

Obs.: El presente Reglamento recoge, entre otras cosas, aquellos requisitos prudenciales aplicables a las entidades que se refieran exclusivamente al funcionamiento de los mercados de servicios bancarios y financieros, y que tengan por objeto garantizar tanto la estabilidad financiera de los operadores en esos mercados como un elevado grado de protección de los inversores y los depositantes. Al efecto establece normas uniformes sobre los requisitos prudenciales generales que las entidades supervisadas conforme a la Directiva 2013/36/UE (*vid. infra*, p. 956) deberán cumplir en relación con lo siguiente: a) los requisitos de fondos propios relativos a elementos del riesgo de crédito, del riesgo de mercado, del riesgo operativo y del riesgo de liquidación; b) los requisitos destinados a limitar las grandes exposiciones; c) los requisitos de liquidez relativos a elementos del riesgo de liquidez plenamente cuantificables, uniformes y normalizados; d) los requisitos de información relativos a las letras a), b) y c), y en materia de apalancamiento y d) los requisitos de divulgación pública. No regula los requisitos de publicidad aplicables a las autoridades competentes en el ámbito de la regulación y la supervisión prudencial de las entidades y que establece la Directiva 2013/36/UE.

La finalidad de Reglamento es contribuir de una manera determinada al buen funcionamiento del mercado interior y, consiguientemente, debe basarse en las disposiciones del art. 114 TFUE, según han sido interpretadas por el TJUE en reiterada jurisprudencia. Formular los requisitos prudenciales a través de un reglamento garantiza que tales requisitos sean directamente aplicables. Se aseguran así condiciones uniformes, al evitar requisitos nacionales divergentes como consecuencia de la transposición de una directiva.

Su aplicación implica que todas las entidades definidas como tales en el mismo deben seguir las mismas normas en toda la Unión, incrementándose así la confianza en la estabilidad de las entidades, especialmente en momentos complicados. El reglamento reduce también la complejidad normativa y los costes de cumplimiento de las empresas, especialmente en el caso de las entidades que operan de forma transfronteriza, y contribuye a eliminar el falseamiento de la competencia. En lo que atañe a la especificidad de los mercados de bienes inmuebles, caracterizados por diferentes situaciones económicas y jurídicas, propias de cada Estado miembro, región o municipio, las autoridades competentes deben estar

autorizadas a fijar ponderaciones de riesgo más elevadas o aplicar criterios más estrictos basados en la experiencia en materia de impagos y en las previsiones de evolución del mercado en lo que atañe a las exposiciones garantizadas por hipotecas sobre bienes inmuebles en determinadas zonas. Tanto en el presente Reglamento y en la referida Directiva 2013/36/UE se han incorporado varios instrumentos destinados a prevenir y reducir los riesgos macroprudenciales y sistémicos, a fin de garantizar la flexibilidad, y se ha velado, al mismo tiempo, por garantizar que la utilización de dichos instrumentos esté sujeta a un control adecuado, de modo que el funcionamiento del mercado interior no se vea perjudicado y que esos instrumentos se utilicen de forma transparente y coherente.

Las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE contenían requisitos prudenciales aplicables a las entidades de crédito y las empresas de inversión y estos requisitos se han incluido en el presente Reglamento ya que guardan una estrecha relación con el funcionamiento de los mercados financieros en lo que respecta a cierto número de activos en poder de las entidades de crédito y las empresas de inversión.

Con posterioridad el RD-Ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, ha venido a realizar las adaptaciones más urgentes del ordenamiento jurídico español a las novedades derivadas de la Directiva 2013/36/UE y del presente Reglamento. No obstante RD-Ley solo realizó una transposición parcial al Derecho español de la Directiva 2013/36/UE por lo que habilitó al Banco de España, en su disposición final quinta, para hacer uso de las opciones que se atribuyen a las autoridades competentes nacionales en el Reglamento (UE) n° 575/2013. Con esta finalidad se dictó la Circular 2/2014, de 31 de enero, del Banco de España (BOE, 5-II-2014) cuyo objeto es establecer, qué opciones van a tener que cumplir inmediatamente, desde la entrada en vigor del nuevo marco regulatorio de la solvencia, los grupos consolidables de entidades de crédito y las entidades de crédito españolas integradas o no en un grupo consolidable, y con qué alcance.

Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 junio 2013, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición). DO L 180 de 29.6.2013.

Obs.: A efectos de la aplicación del Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 junio 2013 (*vid. infra*, p. 950), por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, resulta necesario determinar la identidad del solicitante de protección internacional y de las personas interceptadas con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores de la Unión.

Las impresiones dactilares constituyen un elemento importante para determinar la identidad exacta de dichas personas. Para ello el Reglamento (CE) n° 2725/2000 del Consejo, de 11 diciembre 2000, creó el sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares en aplicación efectiva del Convenio de Dublín. Dicho disposición fue complementada por el Reglamento (CE) n° 407/2002 Consejo, de 28 febrero 2002 que incorpora un Sistema Central cuya misión es gestionar una base central informatizada de datos dactiloscópicos, así como actuar en los medios electrónicos de transmisión entre los Estados miembros y el Sistema Central. Ambos sistemas confirman la denominada “Infraestructura de Comunicación”. El referido mecanismo de identificación de huellas digitales es el

primero de su tipo en el ámbito de la Unión Europea y está operativo desde el 15 enero 2003. Todos los Estados miembros de la UE participan actualmente en el programa, además de otros tres países europeos: Noruega, Islandia y Suiza.

El sistema “Eurodac” permite a los países de la UE ayudar a identificar a los solicitantes de asilo y a las personas interceptadas en relación con el cruce irregular de las fronteras exteriores de la Unión. Comparando sus huellas, los países de la UE pueden comprobar si un solicitante de asilo o un extranjero presente ilegalmente en su territorio ya ha solicitado asilo en otro país de la UE, o si un solicitante de asilo ha entrado irregularmente en el territorio de la Unión. Se compone de una unidad central gestionada por la Comisión Europea, de una base central informatizada de datos dactiloscópicos, y de medios electrónicos de transmisión entre los países de la UE y la base de datos central. Además de las huellas, los datos transmitidos por los países de la UE incluyen lo siguiente: el país de la UE de origen; el sexo de la persona; el lugar y fecha de la solicitud de asilo o la interceptación de la persona; el número de referencia; la fecha de toma de impresiones dactilares; la fecha de transmisión de datos a la unidad central. El mecanismo consiste en lo siguiente: Se toman los datos de toda persona mayor de 14 años y se envían a la unidad central a través de los puntos de acceso nacionales. Si se trata de solicitantes de asilo, los datos se conservan durante diez años, excepto si la persona adquiere la ciudadanía de alguno de los países de la UE, en cuyo caso sus datos se suprimirán inmediatamente. En lo referente a los extranjeros interceptados en relación con el cruce irregular de una frontera exterior, los datos se conservan dos años a partir de la fecha de toma de las huellas. Los datos se borrarán inmediatamente, antes de que dicho período expire, si el extranjero: obtiene un permiso de residencia; abandona del territorio de la Unión; adquiere la ciudadanía de un país de la UE. Para los extranjeros presentes ilegalmente en un país de la UE, Eurodac sólo permite la comparación de sus huellas con las contenidas en la base de datos central para comprobar si la persona no ha solicitado asilo en otro país de la UE. Una vez transmitidas para la comparación, Eurodac deja de conservar estas huellas (*vid.* M. Toussaint, “Eurodac: un système informatisé européen des empreintes digitales des demandeurs d’asile”, *Rev. M.C. et de l’U.E.*, nº 429, 1999, pp. 421–425; J.A. Aus, “Eurodac: A Solution Looking for a Problem”, *European integration online papers*, nº 10, 2006. http://eiop.or.at/eiop/index.php/eiop/article/view/2006_006a/23).

Debido a la trascendencia de estos datos, y a las vinculaciones tan estrechas con el Derecho a la intimidad, este Reglamento hizo mención expresa al sometimiento del sistema Eurodac a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 octubre 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Igualmente, dispone que “los datos dactiloscópicos y demás datos personales únicamente podrán ser procesados en Eurodac a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 15 del Convenio de Dublín”, esto es, para determinar qué Estado miembro es responsable del examen y resolución de una solicitud de asilo.

A partir de lo anterior, estas medidas de protección concretadas en huellas dactilares (datos dactiloscópicos), deben ser obtenidas con las máximas garantías previstas en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, y en el caso de ser el solicitante menor de edad, en la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU. Estos datos son conservados por un plazo de 10 años en los casos de solicitantes de asilo y 2 años para el resto de extranjeros en situación irregular, debiendo ser suprimidos una vez que el interesado adquiera la nacionalidad de un Estado miembro, para ambos casos, y por el acceso a la residencia legal o salida del territorio de los Estados miembros, en el caso de extranjeros en situación irregular. La finalidad del presente Reglamento es ayudar a determinar el Estado miembro responsable, con arreglo al Reglamento (UE) nº 604/2013, en el examen de las solicitudes de protección internacional presentadas en los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. Asimismo, establece las condiciones en que las autoridades designadas de los Estados miembros y la Oficina Europea de Policía (Europol) puedan solicitar la comparación de datos dactiloscópicos con los almacenados en el Sistema Central de Eurodac a efectos de aplicación de la ley. Sin perjuicio del tratamiento por el Estado miembro de origen de los datos destinados a Eurodac en otras bases de datos establecidas en virtud de su Derecho nacional, los datos dactiloscópicos y demás datos personales únicamente podrán ser proce-

sados en Eurodac a los efectos previstos en el presente Reglamento y en el art. 34, ap. 1, del Reglamento (EU) n° 604/2013.

Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 junio 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. DO L 180 de 29.6.2013.

Obs.: El establecimiento de criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, no puede ser alcanzado de manera eficaz aisladamente por los Estados miembros, pudiendo lograrse mejor por la UE que está facultada para adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad configurados en el art. 5 TUE. Con anterioridad, el Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 febrero 2003, estableció los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país; posteriormente la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 abril 2004 (modificada con posterioridad), fijó las normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Dicha Directiva definió las condiciones mínimas que debían cumplir los nacionales de los países no pertenecientes a la UE y los apátridas para obtener el estatuto de refugiado o de persona que necesita una protección subsidiaria, así como el contenido de la protección concedida a los mismos. Dentro de las condiciones para la concesión de una protección internacional debían considerarse todos los hechos pertinentes relativos al país de origen en el momento de adoptar una decisión, incluidas las leyes y normas del país de origen y la forma en que fueran aplicados. Entre ellos figuraban la documentación o las declaraciones del solicitante en las que se especificase si hubiese sido objeto de persecución o daños graves; el hecho de que existiesen indicios serios de un temor fundado de persecución o un riesgo real de sufrir daños graves en aquellos casos en que ya se hubiese perseguido al solicitante, o hubiese sufrido otros daños graves e injustificados; su estatuto individual (su pasado, su edad, su sexo, acciones a los que ha estado o podría estar expuesto/a y que conllevarían persecución y daños graves, etc.); cualquier actividad ejercida por el solicitante desde la salida de su país de origen.

A la vista de los resultados de las evaluaciones realizadas sobre la aplicación de los instrumentos de la primera fase, en la fase actual se ha considerado oportuno confirmar los principios en que se sustentaba el referido Reglamento (CE) n° 343/2003, e introducir, al mismo tiempo, las mejoras necesarias a la luz de la experiencia, en la eficacia del sistema de Dublín y la protección concedida a los solicitantes al amparo de dicho sistema. Dado que el buen funcionamiento del sistema de Dublín es esencial para el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), sus principios y funcionamiento deben revisarse a medida que se crean otros componentes del SECA e instrumentos de solidaridad de la Unión. Con este propósito, el presente Reglamento establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

En cumplimiento del presente Reglamento los Estados miembros deberán examinar toda solicitud de protección internacional presentada por un nacional de un tercer país o un apátrida, ya sea en el territorio de cualquiera de ellos, incluida la frontera, o en las zonas de tránsito. La solicitud será examinada por un solo Estado miembro, que será aquel que los criterios mencionados en el capítulo III del Reglamento designen como responsable. En su defecto será responsable del examen el primer Estado miembro ante el que se haya presentado la solicitud de protección internacional y cuando sea imposible trasladar a un solicitante al Estado miembro que se haya designado en primer lugar como responsable, debido a que hay razones fundadas para temer que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en

las condiciones de acogida de los solicitantes en ese Estado miembro que implican un peligro de trato inhumano o degradante, en el sentido del art. 4 CDFUE, el Estado miembro encargado de la determinación seguirá examinando los criterios fijados en el capítulo III para decidir si otro Estado miembro puede ser designado como responsable. Cuando el traslado no pueda hacerse, con arreglo al presente apartado, al Estado miembro designado sobre la base de los criterios fijados en el capítulo III o al primer Estado miembro en el que se presentó la solicitud, el Estado miembro encargado de la determinación pasará a ser el Estado miembro responsable. En todo caso cualquier Estado miembro conservará la posibilidad de enviar a un solicitante a un tercer país seguro, de conformidad con las normas y garantías establecidas en la Directiva 2013/32/UE (*vid. infra*, p. 955).

Reglamento (UE) n° 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 junio 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. DO L 181 de 29.6.2013.

Obs.: Cuando las víctimas de actos de violencia viajan o se establecen en otro Estado miembro de la UE, deben continuar beneficiándose de las medidas de protección adoptadas contra el autor de los hechos, como la prohibición de contacto o la prohibición de aproximarse. En un espacio común de justicia sin fronteras interiores, las disposiciones que permitan garantizar, de manera rápida y sencilla, el reconocimiento y, en su caso, la ejecución en otro Estado miembro de medidas de protección dictadas en un Estado miembro son indispensables para garantizar que la protección ofrecida a una persona física en un Estado miembro se mantenga y continúe en cualquier otro Estado miembro al que la persona viaje o se desplace. Se trata de garantizar que el ejercicio legítimo por parte de los ciudadanos de la Unión de su derecho a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros en virtud del art. 3, ap. 2, TUE y del art. 21 TFUE, no se traduzcan en una pérdida de esa protección. Para alcanzar el objetivo de la libre circulación de las medidas de protección, es necesario y oportuno que las reglas relativas al reconocimiento y, en su caso, a la ejecución de las medidas de protección se determinen por un instrumento jurídico de la Unión obligatorio y directamente aplicable.

El presente Reglamento se aplica a las medidas de protección dictadas con el objeto de proteger a una persona cuando existan motivos fundados para considerar que su vida, su integridad física o psíquica, su libertad personal, su seguridad o su integridad sexual están en peligro, a efectos por ejemplo de impedir cualquier forma de violencia de género o de violencia en el marco de las relaciones con personas de su entorno próximo, como la violencia física, el acoso, la agresión sexual, el acecho, la intimidación u otras formas de coerción indirecta. Es importante subrayar que el presente Reglamento se aplica a todas las víctimas, con independencia de que se trate o no de víctimas de la violencia de género. Bien entendido que el ámbito de aplicación del presente Reglamento se inserta dentro del ámbito de la cooperación judicial en materia civil en el sentido del art. 81 TFUE. Asimismo el Reglamento afecta únicamente a las medidas de protección adoptadas en materia civil aunque excluye las medidas de protección adoptadas en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Para invocar una resolución de protección en otro país de la UE (Estado miembro de reconocimiento), la persona protegida deberá simplemente presentar un certificado expedido por el país que ha adoptado la resolución (Estado miembro de origen). El Reglamento prevé un certificado normalizado que incluye toda la información necesaria para el reconocimiento y, si fuera menester, la ejecución de la medida de protección. El certificado será expedido desde que se adopte la medida, si las circunstancias presentan un carácter transfronterizo, o previa petición de la persona protegida.

Se contempla un único motivo de denegación del reconocimiento: en caso de que la decisión sea inconciliable con una decisión adoptada por el Estado miembro de reconocimiento. El hecho de que el país no disponga de medidas de protección o que sean distintas, no impide reconocer la decisión. Si fuera necesario, puede adaptarla a una conocida conforme a su propio Derecho.

Si procede, el Estado de reconocimiento debe garantizar que las autoridades competentes ejecuten la medida; no instante, se incluyen disposiciones para salvaguardar los derechos fundamentales: antes de

expedir el certificado, el Estado miembro de origen debe asegurarse de que se han respetado las salvaguardias de los derechos fundamentales de la persona causante del riesgo, como el derecho a un juez imparcial y el derecho de defensa; en caso de suspensión o retirada de la medida por parte del Estado miembro de origen, el Estado miembro de reconocimiento suspende o retira el reconocimiento y la ejecución de la medida a petición de la persona causante del riesgo; el Estado miembro de origen y el Estado miembro de reconocimiento deben notificar a la persona causante del riesgo y a la persona protegida cualquier información sobre la adopción, el reconocimiento, la posible ejecución y las sanciones, la suspensión o la retirada de la medida de protección.

En caso de incumplimiento de una medida de protección, las sanciones penales siguen estando reguladas por el Derecho nacional de cada país de la UE; en tal sentido, el presente Reglamento se aplica solamente a las medidas de protección dictadas en materia civil. Las medidas de protección adoptadas en materia penal están contempladas en la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 diciembre 2011, sobre la orden europea de protección. El concepto de materia civil debe interpretarse de manera autónoma, conforme a los principios del Derecho de la Unión. La naturaleza civil, administrativa o penal de la autoridad que dicte una medida de protección no debe ser determinante para evaluar el carácter civil de una medida de protección. El presente Reglamento trata exclusivamente del reconocimiento de la obligación impuesta mediante una medida de protección y no comprende los procedimientos de aplicación o ejecución de la medida de protección ni tratar de las posibles sanciones que cabría imponer en caso de que en el Estado miembro requerido se infrinja la obligación dictada por la medida de protección. Dichas cuestiones se reservan al Derecho de dicho Estado miembro. No obstante, de conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión y en particular con el principio de reconocimiento mutuo, el Estado miembro debe garantizar que las medidas de protección reconocidas en virtud del presente Reglamento puedan surtir efecto en el Estado miembro requerido.

Reglamento 608/2013 de 12 junio 2013, relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual y por el que se deroga el Reglamento 1383/2003. DO L 181 de 29.6.2013.

Obs.: La comercialización de mercancías que vulneran los derechos de propiedad intelectual causa considerables perjuicios a los titulares y usuarios de estos derechos y a los grupos de productores, así como a aquellos fabricantes y comerciantes respetuosos con las normas legales. Esa comercialización puede suponer asimismo un fraude para los consumidores y, en algunos casos, incluso puede poner en peligro su salud y seguridad. Por esa razón las autoridades de la Unión han considerado pertinente impedir en la medida de lo posible la presencia de tales mercancías en el mercado de la Unión y adoptar medidas para atajar esa comercialización ilegal sin obstaculizar el comercio legítimo. Dicha iniciativa ha abarcado la revisión del Reglamento (CE) n° 1383/2003 poniendo de manifiesto, a la luz de la evolución económica, comercial y jurídica, la necesidad de introducir determinadas mejoras del marco jurídico para reforzar la tutela de los derechos de propiedad intelectual por parte de las autoridades aduaneras y garantizar la adecuada seguridad jurídica. Y se ha estimado oportuno que las autoridades aduaneras deben cuentes con las competencias precisas para vigilar el respeto de los derechos de propiedad intelectual en relación con las mercancías que, de conformidad con la normativa aduanera de la Unión, estén sujetas a vigilancia aduanera o control aduanero, y para llevar a cabo controles adecuados de dichas mercancías con el fin de evitar actos que infrinjan la normativa en materia de derechos de propiedad intelectual. La vigilancia del respeto de los derechos de propiedad intelectual en frontera, siempre que las mercancías estén, o debieran estar, bajo vigilancia aduanera o control aduanero, es una forma rápida y eficaz de brindar protección jurídica al titular de esos derechos, así como a los usuarios y grupos de productores. En el supuesto de que las autoridades aduaneras suspendan el levante de las mercancías o las retengan en la frontera solo se requiere un procedimiento, mientras que para las mercancías detectadas en el mercado, que ya se han desagregado y suministrado a los minoristas, es preciso iniciar varios procedimientos para obtener el mismo nivel de protección.

Se establece, sin embargo, una excepción en relación con las mercancías despachadas a libre práctica con arreglo al régimen de destino especial, ya que estas se mantienen bajo vigilancia aduanera pese a haberse despachado a libre práctica. Además, el presente Reglamento no se aplica a las mercancías transportadas por los viajeros en sus equipajes personales siempre que estas se destinen exclusivamente a su uso personal y no haya indicios de que vayan a ser introducidas en el tráfico comercial.

El presente Reglamento determina las condiciones y procedimientos de intervención de las autoridades aduaneras en relación con mercancías sospechosas de vulnerar un derecho de propiedad intelectual que estén, o debieran estar, bajo vigilancia aduanera o sujetas a control aduanero dentro del territorio aduanero de la Unión, de conformidad con el Reglamento (CEE) n° 2913/92 del Consejo, de 12 octubre 1992, por el que se aprueba el Código aduanero comunitario, y en particular mercancías en las siguientes situaciones: a) cuando sean declaradas para su despacho a libre práctica, exportación o reexportación; b) cuando se introduzcan en el territorio aduanero de la Unión, o lo abandonen; c) cuando estén incluidas en un régimen de suspensión o en zona franca o depósito franco.

Esta nueva normativa se encuadra en el plan estratégico europeo global para luchar contra la falsificación y la piratería, fijando su objetivo no sólo en la intervención de las mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de Propiedad Industrial e Intelectual, sino también en la implantación de medidas a adoptar, atajando la comercialización de las mismas sin obstaculizar el comercio legal. Además, con este nuevo Reglamento, se pretende introducir mejoras en el marco jurídico a fin intentar impedir la entrada en la EU, de productos falsificados, no solo por el fraude que supone con el consiguiente deterioro económico del país donde se lleva a cabo, sino por el riesgo para la salud y la seguridad que este tipo de mercancías fabricadas ilegalmente pueden conllevar. Para ello adapta la normativa a las nuevas prácticas, productos y procedimientos utilizados en la actualidad por los infractores que vulneran derechos prioritarios, y concretamente el reglamento contempla la vigilancia aduanera de: Marcas, nombres comerciales, diseños industriales, patentes, modelos de utilidad, derechos de autor o derechos afines, indicaciones geográficas, certificados complementarios de protección para medicamentos, certificados complementarios de protección para productos fitosanitarios, obtenciones vegetales, topografías de productos semiconductores, dispositivos, productos o componentes para la elusión de cualquier tecnología, dispositivo o componente de protección de derechos de autor y moldes o matrices para la fabricación de mercancías infractoras. Quedan excluidas, las mercancías no comerciales contenidas en el equipaje personal de los viajeros, siempre que no se destinen a uso comercial, y las importaciones paralelas, así como las sobreproducciones no autorizadas.

La vigilancia de estos derechos, se realiza por las autoridades aduaneras de los Estados miembros, quienes intercambiarán información con la OMC, y autoridades administrativas de los estados miembros. Asimismo, el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1352/2013 de la Comisión Europea, contempla el procedimiento formal para que los titulares de los derechos puedan solicitar el control de mercancías, y la tutela de los derechos por parte de las autoridades aduaneras (*vid. infra*, p. 955). Entre las medidas novedosas, cabe destacar un procedimiento simplificado específico en relación a los pequeños envíos de mercancías falsificadas o piratas, adquiridas en su mayoría vía internet, y que permite destruir el material incautado sin orden judicial, y sin que el solicitante del material incautado tenga que manifestar su consentimiento expreso en cada caso. En suma, el Reglamento refuerza el respeto, y la tutela de los derechos de Propiedad Industrial e Intelectual, garantizando una apropiada seguridad jurídica, en el ámbito del comercio comunitario, tanto a titulares de derechos, como a fabricantes y comerciantes respetuosos con la normativa legal.

Reglamento (UE) n° 610/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 junio 2013, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen, los Reglamentos del

Consejo (CE) n° 1683/95 y (CE) n° 539/2001 y los Reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo (CE) n° 767/2008 y (CE) n° 810/2009. DO L 182 de 29.6.2013)

Obs: Las fronteras exteriores sólo pueden cruzarse en los pasos fronterizos y durante los horarios de apertura establecidos. Al cruzar una frontera exterior, los ciudadanos de la Unión Europea (UE) y personas que puedan ampararse en el derecho a la libre circulación dentro de la UE (tales como los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión) serán objeto de una comprobación mínima. Este control mínimo se realiza para establecer su identidad en base a sus documentos de viaje y consiste en un simple y rápido examen de la validez de los documentos de viaje y de la existencia de indicios de falsificación.

No obstante, los nacionales de países no pertenecientes a la Unión son sometidos a un control más detallado, que implica la comprobación de las condiciones de entrada, incluida la verificación en el Sistema de Información de Visados (VIS), así como, en su caso, de los documentos que les autorizan a residir, y ejercer una actividad profesional. Para una estancia no superior a tres meses dentro de un período de seis meses, los nacionales de países no pertenecientes a la Unión deben estar en posesión de un documento de viaje, estar en posesión de un visado, cuando sea necesario y justificar el objeto de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes. Ello implica no estar incluidos en el Sistema de Información Schengen (SIS) a efectos de no admisión y no estar considerados como una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública y las relaciones internacionales de los países de la UE. Cuando dichas condiciones no sean cumplimentadas podrá denegarse la entrada en el territorio, excepto en caso de disposiciones especiales (*v.gr.*, por razones humanitarias).

A la entrada y a la salida de los nacionales de países no pertenecientes a la Unión, se inserta sistemáticamente un sello en su documento de viaje. Cuando el documento de viaje no lleve el sello de entrada, cabrá suponer que su titular no cumple o ya no cumple las condiciones de estancia. No obstante, el nacional del país no perteneciente a la Unión podrá aportar la prueba, por cualquier medio creíble de haber cumplido las condiciones relativas a la estancia de corta duración (*v.gr.*, un billete o los justificantes de su presencia fuera del territorio de los países de la Unión).

El control fronterizo corresponde a la “la policía de fronteras”, que debe respetar plenamente la dignidad humana en el ejercicio de sus funciones y no puede ejercer sobre las personas discriminación alguna basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las convicciones, una minusvalía, la edad o la orientación sexual. A este efecto los países de la Unión deben disponer del personal y los medios adecuados y suficientes para garantizar un nivel elevado y uniforme de control en sus fronteras exteriores. Deben velar por que la policía de fronteras esté integrada por profesionales especializados y formados. Los países de la Unión deben prestarse asistencia mutua para que el control fronterizo se aplique eficazmente y la coordinación operativa a cabo a través de la Agencia europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los países de la Unión (FRONTEX).

Después de varios años de aplicación práctica del sistema descrito, regulado en el Reglamento (CE) n° 562/2006, se ha planteado la necesidad de algunas modificaciones, basadas en la experiencia práctica de los Estados miembros y de la Comisión al aplicar las disposiciones de dicho Reglamento, en los resultados de las evaluaciones Schengen, y en los informes y solicitudes presentados por los Estados miembros, así como en los progresos del Derecho primario y secundario de la Unión, junto a la necesidad de una mayor clarificación y una planificación más eficiente en ámbitos técnicos sensibles. A ello debe añadirse que como, consecuencia de la STJ 3 octubre 2006, as. C-241/05: *Nicolae Bot contra Préfet du Val-de-Marne*, se ha necesitado modificar las normas relativas al cálculo de la duración autorizada de las estancias de corta duración en la Unión. El hecho de disponer de unas normas claras, simples y armonizadas en todos los actos jurídicos que tratan este asunto puede redundar en beneficio tanto de los viajeros como de las autoridades competentes en materia de fronteras y visados. En definitiva era menester, modificar en no sólo el Reglamento (CE) n° 562/2006 y el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, sino también el Reglamento (CE) n° 1683/95 del Consejo, de 29 mayo 1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado, el Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo, de 15 marzo 2001, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales

están exentos de esa obligación, el Reglamento (CE) n° 767/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS) y el Reglamento (CE) n° 810/2009.

Dado que el objetivo del presente Reglamento, consiste en efectuar modificaciones técnicas a las normas existentes del Reglamento (CE) n° 562/2006, el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, así como a los Reglamentos (CE) n° 1683/95, (CE) n° 539/2001, (CE) n° 767/2008 y (CE) n° 810/2009 puede solamente alcanzarse a escala de la Unión, ésta puede adoptar medidas con arreglo al principio de subsidiariedad establecido en el art. 5 TUE. De acuerdo con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Reglamento de Ejecución (UE) n° 1352/2013 de la Comisión de 4 diciembre 2013 por el que se establecen los formularios previstos en el Reglamento (UE) no 608/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual. DO L 341 de 18.12.2013.

Obs.: Como se ha apuntado el Reglamento (UE) n° 608/2013 determina las condiciones y procedimientos de intervención de las autoridades aduaneras en relación con mercancías sospechosas de vulnerar un derecho de propiedad intelectual que estén, o debieran estar, bajo vigilancia aduanera o sujetas a control aduanero de conformidad con el Reglamento (CEE) n° 2913/92 del Consejo. De acuerdo con el presente Reglamento, la solicitud por la que se pide a las autoridades aduaneras intervengan sobre mercancías sospechosas de vulnerar un derecho de propiedad intelectual (solicitud) contemplada en el art. 6 del Reglamento (UE) n° 608/2013 (*vid. supra*, p. 952) deberá efectuarse utilizando el formulario establecido en el anexo I del presente Reglamento. La petición de ampliación del plazo durante el cual las autoridades aduaneras deben intervenir (petición de ampliación del plazo) contemplada en el art. 12 del Reglamento (UE) n° 608/2013 deberá efectuarse utilizando el formulario establecido en el anexo II del presente Reglamento. Por último, los formularios establecidos en los anexos I y II se cumplimentarán de conformidad con las notas establecidas en el anexo III.

DIRECTIVAS

Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 junio 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. DO L 180 de 29.6.2013.

Obs.: Para garantizar una evaluación global y eficiente de las necesidades de protección internacional de los solicitantes en el sentido de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, el marco de la Unión sobre procedimientos para conceder y retirar la protección internacional debe basarse en el concepto de un procedimiento único de asilo. El objetivo principal de la presente Directiva es desarrollar nuevas normas para los procedimientos en los Estados

miembros para conceder o retirar la protección internacional con vistas al establecimiento de un procedimiento común de asilo en la Unión.

Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido).
DO L 180 de 29.6.2013.

Obs.: Dentro de las medidas adoptadas en la UE en 2013 respecto de la acogida de los solicitantes de protección internacional se ha considerado oportuno introducir una serie de modificaciones sustanciales en la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros y, en aras de una mayor claridad, proceder a la refundición de dicha Directiva si bien a la luz de los resultados de las evaluaciones realizadas sobre la aplicación de los instrumentos de la primera fase, se confirman los principios en que se sustenta esta última disposición para garantizar una mejora de las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional (denominados en lo sucesivo “los solicitantes”).

Para garantizar la igualdad de trato de los solicitantes en toda la Unión, la presente Directiva deberá aplicarse en todas las fases y tipos de procedimientos de solicitud de protección internacional, en todos los lugares e instalaciones en los que se alojen los solicitantes y a todo el período en que se les permita permanecer en el territorio de los Estados miembros como solicitantes.

La acogida de personas con necesidades particulares de acogida debe ser una prioridad de las autoridades nacionales para garantizar que dicha acogida responda específicamente a sus necesidades particulares de acogida. Por otro lado, el internamiento de solicitantes debe regirse por el principio de que nadie puede ser internado por el único motivo de solicitar protección internacional, y especialmente, de conformidad con las obligaciones jurídicas de carácter internacional de los Estados miembros y con el art. 31 Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados de 28 julio 1951. Los solicitantes solo podrán ser internados en circunstancias excepcionales claramente definidas y establecidas en la presente Directiva, de acuerdo con el principio de necesidad y proporcionalidad en lo que se refiere tanto a la forma como a la finalidad de dicho internamiento. Cuando el solicitante esté internado debe disfrutar efectivamente de las garantías procesales pertinentes, tales como las vías de recurso ante las autoridades judiciales nacionales. La acogida de personas con necesidades particulares de acogida debe ser una prioridad de las autoridades nacionales para garantizar que dicha acogida responda específicamente a sus necesidades particulares de acogida.

El internamiento de solicitantes debe regirse por el principio de que nadie puede ser internado por el único motivo de solicitar protección internacional, y especialmente, de conformidad con las obligaciones jurídicas de carácter internacional de los Estados miembros y con el art. 31 Convención de Ginebra de 1951. Los solicitantes solo podrán ser internados en circunstancias excepcionales claramente definidas y establecidas en la presente Directiva, de acuerdo con el principio de necesidad y proporcionalidad en lo que se refiere tanto a la forma como a la finalidad de dicho internamiento. Cuando el solicitante esté internado debe disfrutar efectivamente de las garantías procesales pertinentes, tales como las vías de recurso ante las autoridades judiciales nacionales. En lo que respecta a los procedimientos administrativos relativos a los motivos de internamiento, el concepto de “debida diligencia” requiere al menos que los Estados miembros adopten medidas concretas y significativas para garantizar que el tiempo necesario para verificar los motivos de internamiento sea lo más breve posible, y que existan perspectivas reales de que esa verificación pueda realizarse con éxito con la mayor brevedad posible. El internamiento no debe exceder del tiempo razonablemente necesario para cumplimentar los procedimientos correspondientes.

Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 junio 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y

las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE. DO L 176 de 27.6.2013.

Obs.: La 2006/48/CE definió los riesgos contraídos por las entidades de crédito en el ejercicio de sus actividades fijando las condiciones de acceso a la actividad de dichas entidades a su ejercicio, al tiempo que incluyó disposiciones relativas a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, a las relaciones con terceros países y a los principios e instrumentos técnicos de supervisión prudencial. Al igual que la Directiva 2006/49/CE sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito, dicha Directiva se refería a los riesgos contraídos por las entidades de crédito a causa de sus actividades y, al tiempos, fijaba normas sobre el acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, así como la supervisión prudencial de estas entidades.

Durante muchos años la Directiva 2006/48/CE constituyó un instrumento importante para la consecución del mercado interior bajo el doble aspecto de la libertad de establecimiento y de la libertad de prestación de servicios en el sector de las entidades de crédito. Quedaban excluidas de su ámbito de aplicación los bancos centrales de los Estados miembros y las oficinas de cheques postales, así como otros organismos consustanciales a algunos Estados miembros. Las condiciones esenciales de autorización relativas a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio era las siguientes: existencia de fondos propios diferenciados; existencia de un capital inicial de al menos 5 millones de euros; existencia de al menos dos personas (con la experiencia y la honorabilidad adecuadas para ejercer esta función) que determinen efectivamente la orientación de la actividad de la entidad de crédito; comunicación a las autoridades competentes de la identidad de los accionistas o socios, directos o indirectos, personas físicas o jurídicas que posean una participación cualificada y el importe de dicha participación.

Además, de acuerdo con la Directiva toda entidad de crédito que deseara establecer una sucursal en otro Estado miembro lo debía notificar al Estado miembro de origen e incluir en la notificación el nombre del Estado miembro en cuyo territorio preveía establecerse, un programa de actividades, la dirección en el Estado miembro de acogida en la que podían solicitársele documentos, así como el nombre de los directivos responsables de la sucursal. Dentro de un plazo de tres meses, el Estado miembro de origen debía comunicar estas informaciones al Estado miembro de acogida, salvo que existiesen motivos para dudar de la capacidad de la estructura administrativa o de la situación financiera de la entidad crediticia. Caso de negarse a transmitir la información, el Estado miembro de origen debía motivar su decisión en un plazo de tres meses a partir de la recepción de toda la información. Este rechazo era susceptible de ser objeto de una acción judicial en el Estado miembro de origen. Bien entendido que el ejercicio de la libertad de prestación de servicios en el territorio de otro Estado miembro estaba sujeto a la notificación al Estado miembro de origen que debía comunicar a continuación la notificación al Estado miembro de acogida.

Tanto la Directiva 2006/48/CE, como la Directiva 2006/49/CE han sido modificadas sustancialmente en varias ocasiones y por razones de claridad y a fin de garantizar una aplicación coherente de dichas disposiciones, se consideró preciso reunir las nuevas disposiciones en nuevos actos legislativos que sean aplicables tanto a las entidades de crédito como a las empresas de inversión. En este contexto la presente Directiva contiene, entre otras cosas, las disposiciones que regulan la autorización de la actividad, la adquisición de participaciones cualificadas, el ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios, las facultades de las autoridades de supervisión de los Estados miembros de origen y de acogida a este respecto, y las disposiciones que rigen el capital inicial y la revisión supervisora de las entidades de crédito y las empresas de inversión. El objeto y finalidad principales de la presente Directiva consisten en coordinar las disposiciones nacionales relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y las empresas de inversión, sus mecanismos de gobierno y su marco de supervisión. Conviene leer la presente Directiva en relación con el Reglamento (UE) n° 575/2013 (*vid. supra*); juntos deben constituir el marco jurídico que rijan las actividades bancarias, el marco de supervisión y las normas prudenciales aplicables a las entidades de crédito y las empresas de inversión. Los requisitos prudenciales generales establecidos en el Reglamento (UE) n° 575/2013 se complementan con las medidas individuales que decidan las autoridades competentes a raíz de la revisión supervisora permanente que llevan a cabo de las entidades de crédito y las empresas de inversión. La presente Directiva fija, entre otras cosas, la gama

de estas medidas de supervisión y las autoridades competentes han de estar en condiciones de decidir cuáles deben imponerse. Respecto a las medidas individuales de este tipo en materia de liquidez, las autoridades competentes deben tener en cuenta, entre otras cosas, los principios establecidos en las directrices del Comité de Supervisores Bancarios Europeos, de 27 de octubre de 2010, sobre la asignación de costes y beneficios de la liquidez.

Directiva 2013/48/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 octubre 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. DO L nº 294 de 6.11.2013.

Obs.: La aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal presupone que los Estados miembros confían en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros. El grado de reconocimiento mutuo depende en gran medida de una serie de factores, entre los que se incluyen los mecanismos de protección de los derechos de los sospechosos o acusados y la definición de normas mínimas comunes necesarias para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo. Aunque los Estados miembros son partes en el CEDH y en el Pacto, la experiencia ha puesto de manifiesto que, por sí sola, esa circunstancia no siempre aporta el grado de confianza suficiente en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros. El reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal solo puede funcionar eficazmente en un clima de confianza, en el que no solamente las autoridades judiciales, sino también todos los participantes en el proceso penal consideren las decisiones de las autoridades judiciales de otros Estados miembros equivalentes a las de su propio Estado, lo que implica no solo confianza en lo adecuado de las normas de los otros Estados miembros, sino también en que dichas normas se aplican correctamente. El refuerzo de la confianza mutua exige normas detalladas para la protección de las garantías y los derechos procesales derivados de la Carta, del CEDH y del Pacto. También requiere, a través de la presente Directiva y de otras medidas, un mayor desarrollo dentro de la Unión de las normas mínimas establecidas en la Carta y en el CEDH.

La presente Directiva debe aplicarse teniendo en cuenta las disposiciones de la Directiva 2012/13/UE, que exige que todo sospechoso o acusado reciba con prontitud información sobre el derecho a tener acceso a un abogado (asistencia de letrado), y que todo sospechoso o acusado que sea detenido o privado de libertad reciba con prontitud una declaración de derechos por escrito, que contenga información sobre el derecho a la asistencia de letrado.

En la presente Directiva se entiende por “letrado” cualquier persona que, con arreglo al Derecho nacional, esté cualificada y facultada, también mediante su acreditación por parte de un órgano autorizado, para prestar asesoramiento y asistencia jurídicos a sospechosos o acusados. En algunos Estados miembros una autoridad distinta de un tribunal con competencia en materia penal puede ser competente para imponer sanciones que no sean la privación de libertad cuando se trata de infracciones relativamente leves. Así puede suceder, por ejemplo, con las infracciones de tráfico que se cometen en gran número y de las que puede quedar constancia mediante un control de tráfico. En tales situaciones, no sería razonable exigir que la autoridad competente garantice todos los derechos que ampara la presente Directiva. Por lo tanto, en los casos en que la normativa de un Estado miembro contemple que esas autoridades impongan una sanción con respecto a infracciones leves, y exista o bien el derecho de recurso, o bien, de no ejercerse este, la posibilidad de que el expediente se remita a un tribunal competente en materia penal, la presente Directiva se aplica únicamente al proceso incoado ante ese tribunal a raíz de dicho recurso o remisión. En algunos Estados miembros se consideran infracciones penales ciertas infracciones leves, en particular infracciones leves de tráfico, infracciones leves de ordenanzas municipales generales e infracciones leves del orden público. En tales situaciones, no sería razonable exigir que las autoridades competentes garanticen todos los derechos que ampara la presente Directiva. Así pues, en

los casos en que con arreglo a la normativa de un Estado miembro no puedan imponerse sanciones que conlleven privación de libertad para infracciones leves, la presente Directiva se aplica únicamente a los procesos incoados ante tribunales competentes en materia penal. El ámbito de aplicación de la presente Directiva en relación con ciertas infracciones leves no debe ser óbice para que los Estados miembros respeten las obligaciones que hayan contraído en virtud del CEDH a fin de garantizar el derecho a un proceso imparcial, lo que incluye la obtención de asistencia letrada. Los Estados miembros deben asegurarse de que los sospechosos o acusados tengan derecho a la asistencia de letrado sin demora injustificada, de conformidad con la presente Directiva. En cualquier caso, debe concederse a los sospechosos o acusados asistencia de letrado durante el proceso penal ante un tribunal, siempre que no hayan renunciado a ese derecho. A efectos de la presente Directiva, el interrogatorio no incluye los interrogatorios preliminares que efectúen la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad con el propósito de identificar a la persona de que se trate, comprobar la posesión de armas u otras cuestiones de seguridad similares, o determinar si debe abrirse una investigación, por ejemplo en el trascurso de un control de carreteras, o con motivo de controles aleatorios rutinarios cuando no se haya identificado aún al sospechoso o acusado. En caso de que una persona que no sea sospechoso ni acusado, *v.gr.*, un testigo, se convierta en sospechoso o acusado, dicha persona debe gozar de protección contra la autoinculpación y tener derecho a guardar silencio, según lo confirma la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por tanto, la presente Directiva hace referencia expresa a la situación concreta en que esa persona se convierte en sospechoso o acusado, en el curso del interrogatorio por parte de la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad en el contexto de un proceso penal. En caso de que, en el curso de tal interrogatorio, una persona que no sea sospechoso ni acusado se convierta en sospechoso o acusado, se ha de suspender de inmediato todo interrogatorio. No obstante, el interrogatorio puede proseguir si se ha informado a la persona de que se trate de que es sospechosa o que está acusada y si puede ejercer plenamente los derechos que se otorgan en la presente Directiva. Los sospechosos o acusados deben tener derecho a reunirse en privado con el letrado que les represente. Los Estados miembros pueden adoptar disposiciones relativas a la duración y frecuencia de las reuniones entre un sospechoso o acusado y su letrado, atendiendo a las circunstancias de cada proceso, en particular a la complejidad del caso y las fases procesales de que se trate. Los Estados miembros también pueden adoptar disposiciones prácticas para garantizar la seguridad y la protección, en especial del letrado y del sospechoso o acusado, en el lugar en que se celebre la reunión. Esas disposiciones prácticas no deben ir en detrimento del ejercicio efectivo ni del contenido esencial del derecho del sospechoso o acusado a reunirse con el letrado. Los sospechosos o acusados deben tener derecho a comunicarse con el letrado que los represente. Esta comunicación puede tener lugar en cualquier momento del proceso, inclusive antes de ejercer el derecho a reunirse con el letrado. Los Estados miembros pueden adoptar disposiciones prácticas sobre la duración, la frecuencia y los medios de dicha comunicación, incluido el uso de la videoconferencia y otras tecnologías de la comunicación con el fin de que pueda tener lugar tal comunicación, siempre que dichas disposiciones prácticas no vayan en detrimento del ejercicio efectivo ni del contenido esencial del derecho de esas personas a comunicarse con sus letrados. Respecto de ciertas infracciones leves, la presente Directiva no debe impedir que los Estados miembros dispongan que el derecho del sospechoso o acusado a la asistencia de un letrado se ejerza por vía telefónica. No obstante, debe restringirse este modo limitado de ese derecho a aquellos casos en los que ni la policía ni otras fuerzas o cuerpos de seguridad vayan a interrogar al sospechoso o acusado. Los Estados miembros deberán velar por que el sospechoso o acusado tenga derecho a que el letrado esté presente y participe efectivamente cuando lo interroge la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades de instrucción o judiciales, así como durante la vista. Esa participación debe ser ejercida de manera acorde con aquellos procedimientos de la normativa nacional que regulen la participación de un letrado en los interrogatorios de la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades de instrucción o judiciales, así como durante las vistas, siempre que esos procedimientos no vayan en detrimento del ejercicio efectivo ni del contenido esencial de los derechos correspondientes.

Durante el interrogatorio del sospechoso o acusado por parte de la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades de instrucción o judiciales, o en el curso de la vista, el letrado puede, entre

otras cosas y ateniéndose a las reglas del procedimiento, formular preguntas, pedir aclaraciones y efectuar declaraciones de los que se debe dejar constancia de conformidad con la normativa nacional. El sospechoso o acusado tiene derecho a la presencia del letrado durante los actos de investigación o de obtención de pruebas, en la medida en que así se disponga en la normativa nacional pertinente y en la medida en que se exija o se permita la presencia del sospechoso o acusado. Dichos actos deben incluir al menos las ruedas de reconocimiento, en las que un sospechoso o acusado figura entre otras personas con el fin de poder ser identificado por una víctima o un testigo; los careos, en los que se confronta a un sospechoso o acusado con uno o más testigos o víctimas cuando hay desacuerdo entre ellos respecto de hechos o cuestiones importantes; y las reconstrucciones de los hechos, en presencia de un sospechoso o acusado, con el fin de comprender mejor la forma y las circunstancias en las que se cometió un delito y estar en condiciones de hacer preguntas concretas al sospechoso o acusado. Los Estados miembros pueden adoptar disposiciones prácticas relativas a la presencia del letrado durante los actos de investigación u otros actos de obtención de pruebas. Dichas disposiciones prácticas no deben ir en detrimento del ejercicio efectivo ni el contenido esencial de los derechos correspondientes. Cuando el letrado esté presente durante un acto de investigación o de obtención de pruebas, se ha de dejar constancia de este extremo, de acuerdo con el procedimiento específico que prevea para ello la normativa del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros deben procurar que se disponga de información general, por ejemplo en un sitio de internet o por medio de un folleto disponible en las comisarías, con el fin de facilitar a los sospechosos o acusados un letrado. Sin embargo, no es necesario que los Estados miembros tomen medidas de modo activo para garantizar que un sospechoso o acusado que no esté privado de libertad sea asistido por un letrado, en caso de que la persona de que se trate no se lo procure por sí misma. El sospechoso o acusado debe tener la posibilidad de ponerse en contacto, consultar y ser asistido libremente por dicho letrado. En los casos en que un sospechoso o acusado sea privado de libertad, los Estados miembros han de adoptar las disposiciones necesarias para garantizar que la persona de que se trate esté en condiciones de ejercer efectivamente su derecho a ser asistido por un letrado, incluso organizando la asistencia de letrado cuando la persona no tenga uno, a menos que haya renunciado a ese derecho. Dichas disposiciones podrían suponer, entre otras cosas, que las autoridades competentes tramiten la asistencia de un letrado a partir de una lista de letrados disponibles de la que el sospechoso o acusado podría elegir a uno. Si procede, dichas disposiciones podrían incluir las relativas a la asistencia jurídica gratuita. Las condiciones en las que se encuentran los sospechosos y acusados privados de libertad deben respetar plenamente, cuando proceda, las normas establecidas en el CEDH y en la Carta, así como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuando se preste asistencia en virtud de la presente Directiva a un sospechoso o acusado que se encuentre privado de libertad, el letrado debe tener la posibilidad de interpelar a las autoridades competentes sobre las condiciones en las que dicha persona está privada de libertad.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

DISPOSICIONES GENERALES

Real Decreto 270/2013, de 19 de abril, sobre el certificado del seguro o la garantía financiera de la responsabilidad civil en el transporte de pasajeros por mar en caso de accidente. BOE, 9-V-2013.

Obs.: La política común de transportes exige adoptar las medidas necesarias para incrementar la seguridad del transporte marítimo que incluyan normas en materia de responsabilidad por daños causados a los pasajeros considerándose importante garantizar un nivel de indemnización adecuado a los pasajeros que se vean envueltos en accidentes ocurridos en el mar. Esta ha sido la función del Reglamento 392/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 abril 2009, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente, que estableció el régimen comunitario de responsabilidad y el seguro aplicables al transporte de pasajeros por mar. De conformidad con el régimen de responsabilidad establecido por el Reglamento el caso de daños causados por accidentes de navegación, la víctima podrá beneficiarse de un régimen de responsabilidad de pleno derecho, pero tendrá que demostrar la culpa del transportista para poder percibir una indemnización por daño de tipo hotelero.

Este régimen se determina en virtud de lo establecido en el Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar de 1974, que fue modificado por su Protocolo de 2002, aprobado el 1 noviembre 2002 bajo los auspicios de la Organización Marítima Internacional (OMI), y de acuerdo con la reserva y las directrices para la aplicación del Convenio de Atenas aprobadas por el Comité Jurídico de la OMI el 19 octubre 2006, que se especifican en el anexo II del mencionado Reglamento, teniendo estas últimas carácter vinculante. Los regímenes de seguro exigidos por el Convenio de Atenas deben tener en cuenta la capacidad financiera de los propietarios de los buques y de las sociedades de seguros. De esta suerte, los propietarios de los buques deben poder gestionar su régimen de seguros de manera económicamente razonable, y, en particular, por lo que respecta a las compañías navieras pequeñas que operan a escala nacional, se debe tener en cuenta el carácter estacional de su actividad. Por lo tanto, a la hora de establecer los regímenes de seguro en virtud del referido Reglamento deben tenerse en cuenta las diferentes clases de buques. Pero, en todo caso, se obliga al transportista al abono de un anticipo en caso de muerte o lesiones de un pasajero, siempre y cuando dicho anticipo no suponga un reconocimiento de responsabilidad.

Con la finalidad de que los buques afectados puedan disponer del correspondiente certificado de seguro o garantía financiera para poder navegar o entrar o salir de un puerto español con destino a puertos extranjeros, se ha regulado, la expedición del certificado mencionado. En tal sentido el presente RD regula la expedición y control del certificado acreditativo del seguro o garantía financiera distinta del seguro que cubra la responsabilidad civil de los transportistas por mar en caso de muerte o lesiones de los pasajeros derivadas de un accidente, a los que se refiere el art. 3 Reglamento 392/2009. Asimismo, este RD tiene por objeto establecer las medidas para hacer efectiva la obligación de cobertura de la responsabilidad civil establecida en el reglamento europeo. Dentro de la obligación de cobertura de la responsabilidad civil del transportista de pasajeros por mar en caso de accidente, regulada en el art. 2 se dispone que “Queda prohibida la entrada en puerto o la salida de puerto a todo buque extranjero a los que les sea de aplicación el Reglamento europeo, si no lleva a bordo un certificado del seguro o de otra garantía financiera en vigor y expedido de conformidad con el citado Reglamento, y que cubra hasta el límite de responsabilidad que le corresponda de acuerdo con lo estipulado en dicho Reglamento”.

Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE, 29-VI-2013.

Obs.: Entre las novedades que introduce la presente disposición se encuentra que toda la actividad internacional del Consejo General del Poder Judicial habrá de ser coordinada con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Ciertamente, las atribuciones constitucionales y legales del Consejo General del Poder Judicial pueden, en determinadas circunstancias, tener una proyección internacional, del mismo modo que no cabe ignorar la creciente importancia de la cooperación internacional en todos los ámbitos. Pero ello debe siempre realizarse dentro del marco del art. 97 CE, que encomienda al Gobierno la dirección de la política exterior. En este contexto se modifica el art. 32 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con el objetivo de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional y dar cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 mayo 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo. Además, se modifica el art. 57 para recoger un régimen de protección reforzada en el caso de expulsión de beneficiarios de protección internacional que gocen del régimen de residentes de larga duración. De esta suerte, también se da cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 mayo 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo.

De conformidad con la **Disposición final segunda:**

Uno. Se introducen un nuevo apartado 3 bis y una nueva letra e) en el ap. 5 del art. 32 con la redacción siguiente:

“3 bis. Los extranjeros a quienes España u otro Estado miembro de la Unión Europea hubiesen reconocido protección internacional y que se encuentren en España, podrán solicitar por sí mismos y obtener una autorización de residencia de larga duración en España en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

No se reconocerá la condición de residente de larga duración en España al beneficiario de protección internacional cuyo estatuto hubiese sido revocado, cesado, finalizado, o cuya renovación hubiese sido denegada, de acuerdo con las normas de la Unión Europea aplicables, y en las condiciones que se establezcan reglamentariamente”.

“e) cuando, obtenida la autorización por la persona a quien otro Estado miembro reconoció protección internacional, las autoridades de dicho Estado hubieran resuelto el cese o la revocación de la citada protección”.

Dos. Se introduce un nuevo ap. 11 en el art. 57, con la siguiente redacción:

“11. Cuando, de acuerdo con la normativa vigente, España decida expulsar a un residente de larga duración que sea beneficiario de protección

internacional reconocida por otro Estado miembro de la Unión Europea, las autoridades españolas competentes en materia de extranjería solicitarán a las autoridades competentes de dicho Estado miembro información sobre si dicha condición de beneficiario de protección internacional continúa vigente. Dicha solicitud deberá ser respondida en el plazo de un mes, entendiéndose, en caso contrario, que la protección internacional sigue vigente.

Si el residente de larga duración continúa siendo beneficiario de protección internacional, será expulsado a dicho Estado miembro.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores será de aplicación para las solicitudes cursadas por autoridades de otros Estados miembros de la Unión Europea respecto a los extranjeros a los que España hubiera concedido la condición de beneficiario de protección internacional.

De conformidad con sus obligaciones internacionales, y de acuerdo con las normas de la Unión Europea, España podrá expulsar al residente de larga duración a un país distinto al Estado miembro de la Unión Europea que concedió la protección internacional si existen motivos razonables para considerar que constituye un peligro para la seguridad de España o si, habiendo sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad, constituye un peligro para España. En todo caso, cuando la protección internacional

hubiera sido reconocida por las autoridades españolas, la expulsión sólo podrá efectuarse previa tramitación del procedimiento de revocación previsto en la normativa vigente en España en materia de protección internacional”.

Tres. Los preceptos incluidos en el apartado Uno de esta disposición final no tienen naturaleza orgánica.

Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea. BOE, 5-VII-2013; corr. err. 17-X-2013.

Preámbulo

Los cambios experimentados por el mercado de transporte terrestre de viajeros y mercancías, tanto en el ámbito nacional como en el de la Unión Europea, han aconsejado llevar a cabo una revisión completa del contenido de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante LOTT), originalmente aprobado en el año 1987.

Los criterios seguidos en esta revisión han venido marcados por la conveniencia de mantener el máximo rigor en las condiciones de acceso al mercado de transporte, en la línea marcada por la reglamentación de la Unión Europea, y, paralelamente, por la de dotar de la mayor capacidad de autogestión a las empresas que intervienen en dicho mercado.

A tal efecto, se incorporan al texto de la LOTT las nuevas exigencias introducidas por el Reglamento nº (CE) 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 octubre 2009, por el que se establecen normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera y por el que se deroga la Directiva 96/26/CE del Consejo, en relación con el cumplimiento de los requisitos de establecimiento, competencia profesional, capacidad financiera y honorabilidad de las empresas.

En materia de transporte internacional, se ha optado, básicamente, por remitir a las reglas contenidas en los Reglamentos (CE) nº 1072/2009 y (CE) nº 1073/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, ambos de 21 octubre 2009, por los que, respectivamente, se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera y al mercado internacional de los servicios de

autocares y autobuses, así como a las que, en su caso, resulten de aplicación de los convenios internacionales suscritos por España.

Cabe destacar alguna modificación especialmente significativa en relación con determinadas formas de transporte. Así, se adapta el régimen de gestión de los transportes públicos regulares de viajeros de uso general por carretera y ferrocarril a las reglas contenidas en el Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 octubre 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1170/70 del Consejo. Se articulan y armonizan, además, las reglas específicas propias de este régimen con la legislación general sobre contratos del sector público, reforzando el carácter contractual de la relación entre el gestor del servicio y la Administración titular de éste.

Art. 1º. *Modificación de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.* La Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres queda modificada en los siguientes términos:

[...]

Diecinueve. El artículo 43 queda redactado en los siguientes términos:

1. El otorgamiento de la autorización de transporte público estará condicionado a que la empresa solicitante acredite, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Tener nacionalidad española o la de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o, en caso contrario, contar con las autorizaciones

exigidas por la legislación reguladora del régimen general de extranjería para la realización de la actividad profesional de transportista en nombre propio.

b) Cuando no se trate de una persona física, tener personalidad jurídica propia e independiente de la de aquellas personas que, en su caso, la integren.

En ningún supuesto podrán otorgarse autorizaciones de forma conjunta a más de una persona ni a comunidades de bienes. Tampoco se otorgarán autorizaciones a personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Tratándose de personas jurídicas, la realización de transporte público debe formar parte de su objeto social de forma expresa.

c) Contar con un domicilio situado en España en el que se conserven, a disposición de los Servicios de Inspección del Transporte Terrestre, los documentos relativos a su gestión y funcionamiento que reglamentariamente se determinen.

d) Disponer de uno o más vehículos matriculados en España conforme a lo que en cada caso

resulte exigible de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, atendiendo a razones de interés general, los cuales deberán cumplir las condiciones que, en su caso, se establezcan, teniendo en cuenta principios de proporcionalidad y no discriminación.

e) Disponer de dirección y firma electrónica, así como del equipo informático necesario para documentar a distancia el contrato y otras formalidades mercantiles con sus clientes.

f) Cumplir las obligaciones de carácter fiscal, laboral y social exigidas por la legislación vigente.

g) Cumplir, en su caso, aquellas otras condiciones específicas necesarias para la adecuada prestación de los servicios que reglamentariamente se establezcan, atendiendo a principios de proporcionalidad y no discriminación, en relación con la clase de transporte de que se trate en cada caso.

[...]

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. BOE, 28-IX-2013.

Obs.: Esta Ley tiene como objetivo apoyar al emprendedor y la actividad empresarial en el territorio español, tanto en los momentos iniciales al comenzar la actividad, como en su posterior desarrollo, crecimiento e internacionalización y, a tal efecto, introduce una serie de importantes novedades en los distintos ámbitos que intervienen en la creación y puesta en marcha de nuevos proyectos empresariales. El concepto de emprendedor se define de forma amplia, como aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que van a desarrollar o están desarrollando una actividad económica productiva. Así, se pretende que las medidas de la Ley puedan beneficiar a todas las empresas, con independencia de su tamaño y de la etapa del ciclo empresarial en la que se encuentren. Ello sin perjuicio de que determinadas disposiciones de la Ley acoten el ámbito de algunas medidas a ciertos emprendedores, fundamentalmente en función de su tamaño o del estadio en el que se encuentren. Dentro de sus objetivos figuran, de un lado, apoyar la actividad económica y al emprendedor, a la sazón, toda persona física o jurídica que desarrolle una actividad económica empresarial o profesional en los términos en ella fijados, favoreciendo su desarrollo, crecimiento e internacionalización y, de otro lado, fomentar la “cultura emprendedora” y un entorno favorable a la actividad económica en todas las fases.

A nuestros fines interesa detenerse en el Título V (“Internacionalización de la economía española”), que se compone de dos secciones.

i) La Sección 1ª (“Fomento de la internacionalización”) pretende reforzar el marco institucional de fomento a la internacionalización, así como algunos de los principales instrumentos financieros de apoyo a la misma. Comprende cuatro Capítulos. El Capítulo I (“Estrategia de fomento de la internacionalización”) introduce un proceso transparente de definición conjunta entre el sector público y privado de una estrategia española de internacionalización, que se plasmará en el Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Española, con una periodicidad definida y dirigido por el Ministerio de Eco-

nomía y Competitividad; por su parte, el Capítulo II (“Instrumentos y Organismos Comerciales y de Apoyo a la Empresa”) se dirige al fortalecimiento del Servicio Exterior del Estado y de los organismos de apoyo a la internacionalización, potenciando, por un lado, la actuación de la Red Exterior y Territorial del Ministerio de Economía y Competitividad, compuesta por las Oficinas Económicas y Comerciales de España en el Exterior integradas en las Misiones Diplomáticas o las Representaciones Permanentes, y las Direcciones Territoriales y Provinciales de Economía y Comercio y reforzando, por otro lado, el papel de ICEX España Exportación e Inversiones como organismo de impulso de la internacionalización y competitividad de las empresas españolas en todas sus fases del proceso de internacionalización; a continuación, el Capítulo III (“Instrumentos y Organismos de Apoyo Financiero”)– afronta la dificultad de acceso al crédito de las empresas españolas. Para ello, se sistematizan los organismos financieros de la acción del Gobierno en materia de internacionalización de la economía española y las empresas (el Instituto de Crédito Oficial, la Compañía Española de Financiación del Desarrollo y la Compañía Española de Seguro de Crédito a la Exportación, S.A.), así como los instrumentos de apoyo financiero, lo que requiere el refuerzo de los instrumentos disponibles por los distintos actores del sector público en el ámbito de la internacionalización, en especial aquellos en manos del Instituto de Crédito Oficial (ICO), la Compañía Española de Financiación del Desarrollo COFIDES, S.A. (COFIDES), el Fondo para la Internacionalización de la Empresa (FIEM) y la Compañía Española de Seguro de Crédito a la Exportación, S.A. (CESCE); con carácter complementario, se refuerzan algunos de estos instrumentos de apoyo financiero (el Fondo para Inversiones en el Exterior, FIEX; el Fondo para la Internacionalización de la Empresa, FIEM; y el Convenio de Ajuste Recíproco de Intereses), mediante la incorporación de diferentes modificaciones dirigidas a mejorar su gestión, eliminar determinadas restricciones y ampliar su ámbito de actuación; por último, en el Capítulo IV (“Otros Instrumentos y Organismos de Apoyo a la Internacionalización”) se desarrollan los mecanismos necesarios para fomentar que las empresas españolas tengan un mayor acceso a los proyectos abiertos a concurso por las instituciones financieras internacionales en otros países.

ii) La Sección 2ª, relativa a la “Movilidad internacional” regula determinados supuestos en los que, por razones de interés económico, se facilita y agiliza la concesión de visados y autorizaciones de residencia, al objeto de atraer inversión y talento a España. La medida se dirige a los inversores, emprendedores, trabajadores que efectúen movimientos intraempresariales, profesionales altamente cualificados e investigadores, así como a los cónyuges e hijos mayores, a través de un procedimiento ágil y rápido ante una única autoridad, y por un plazo variable en función de los distintos casos contemplados. Estas autorizaciones de residencia tendrán validez en todo el territorio nacional.

Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. BOE, 1–XI–2013.

La LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su disposición final tercera, habilitaba al Gobierno a dictar las disposiciones que resultaran necesarias para la aplicación y desarrollo de dicha reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero. Dicha habilitación se ha hecho efectiva a través de la aprobación, publicación y entrada en vigor del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extran-

jeros en España y su integración social, tras su reforma por la LO 2/2009.

La LO 2/2009 introdujo en el ordenamiento jurídico español la figura del residente de larga duración, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

Dicha Directiva ha sido reformada por la Directiva 2011/51/UE, de 11 de mayo, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, relativa al estatuto de los nacionales de terceros

países residentes de larga duración, con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional.

El presente real decreto se dirige a completar, vía reglamentaria, la transposición de la referida Directiva, con objeto de desarrollar el contenido de la Disposición final segunda de la LO 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (“Boletín Oficial del Estado” de 29 junio 2013).

Ello implica la necesidad de proceder a la adaptación reglamentaria de la modificación citada, por afectar al contenido del Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, aprobado por el RD 557/2011, y para completar, en el ámbito de extranjería e inmigración, la transposición que ha de realizarse del contenido de la Directiva en su totalidad a derecho interno, sin perjuicio de lo que se disponga en la normativa española reguladora del derecho de asilo y protección subsidiaria.

El presente real decreto ha sido sometido al trámite de consulta del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes y ha sido informado favorablemente por la Comisión Interministerial de Extranjería.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Ministro del Interior, de la Ministra de Empleo y Seguridad Social y del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 31 octubre 2013,

Dispongo:

Artículo único. *Modificación del Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril.* El Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril, queda modificado en los siguientes términos:

Uno. El art. 152 queda redactado del siguiente modo:

“Art. 152. *Requisitos.* Tendrán derecho a obtener una autorización de residencia de larga duración-UE los extranjeros que reúnan los siguientes requisitos:

a) Haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años.

La continuidad no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de diez meses dentro del periodo de permanencia de cinco años exigible, salvo que las correspondientes salidas se hubieran efectuado de manera irregular.

En caso de ausencias por motivos laborales, la continuación de la residencia no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de un año dentro de los cinco años requeridos.

Se computarán, a los efectos previstos en los párrafos anteriores, los periodos de permanencia en situación de estancia por estudios, movilidad de alumnos o prácticas no laborales, en el 50% de la duración total de los mismos, siempre que en el momento de la solicitud de la autorización de residencia de larga duración-UE, el extranjero se encuentre en situación de residencia en España.

Igualmente, tendrán derecho a obtener dicha autorización los extranjeros que acrediten haber residido de forma continuada en la Unión Europea, en calidad de titulares de una Tarjeta azul-UE, siempre que en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud dicha residencia se haya producido en territorio español. En este caso, la continuidad de la residencia como titular de una Tarjeta azul-UE no quedará afectada por ausencias de la Unión Europea de hasta doce meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de dieciocho meses dentro de los cinco años de residencia requeridos.

A aquellos extranjeros a los que se les hubiera reconocido la condición de beneficiario de protección internacional en España, se les computará asimismo el 50% del periodo transcurrido desde la fecha de presentación de la solicitud de protección internacional en España, sobre cuya base se hubiere concedido la misma, hasta la fecha en la que se hubiere concedido la autorización de residencia y trabajo recogida en la normativa reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Si dicho periodo excediere de 18 meses, se computará la totalidad del mismo.

b) Contar con recursos fijos y regulares suficientes para su manutención y, en su caso, la de su familia. Los términos y las cuantías para valorar el cumplimiento de este requisito serán los previstos en materia de reagrupación familiar. Los recursos podrán provenir de medios propios o de la realización de actividades laborales o profesionales.

c) Contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España”.

Dos. Se añade un nuevo ap. 6 en el art. 153 que queda redactado del siguiente modo:

“6. Cuando la Delegación o Subdelegación de Gobierno conceda una autorización de residencia de larga duración–UE a un extranjero al que se hubiera concedido en España la condición de beneficiario de protección internacional, se anotará en el epígrafe ‘observaciones’ de la tarjeta la mención siguiente: ‘Residente de larga duración–UE, protección internacional concedida por España con fecha...’”.

La Dirección General de la Policía atenderá en el plazo de 1 mes la petición de información sobre la vigencia de la condición de beneficiario de protección internacional que les formule otro Estado Miembro de la Unión Europea que, con posterioridad, expida al extranjero otra autorización de residencia de larga duración–UE.

Cuando de conformidad con los instrumentos internacionales y demás normativa aplicable, la responsabilidad de la protección internacional de un residente de larga duración–UE haya sido transferida a otro Estado miembro de la Unión Europea, la Comisaría de Policía correspondiente modificará en consecuencia la observación en el plazo de tres meses desde la transferencia.

En el caso de que España expida como segundo Estado miembro una autorización de residente de larga duración–UE a un extranjero que disponga del estatuto de residente de larga duración–UE concedido en otro Estado miembro, y conste en el apartado “observaciones” que se trata de un beneficiario de protección internacional concedida por dicho Estado miembro, la Dirección General de la Policía procederá a anotar la misma observación en su tarjeta, previa solicitud de información sobre su vigencia al otro Estado Miembro. Cuando la protección internacional

haya sido retirada por decisión firme en ese Estado miembro, España no anotará dicha observación.

Cuando de conformidad con los instrumentos internacionales y demás normativa aplicable, se produzca la transferencia de responsabilidad de la protección internacional a España de un extranjero con estatuto de residente de larga duración–UE concedido en otro Estado miembro, la Dirección General de la Policía pedirá al otro Estado miembro la modificación de la anotación reflejada en el apartado “observaciones”.

Lo previsto en el párrafo anterior será igualmente de aplicación en el caso de que se conceda en España protección internacional a un residente de larga duración–UE cuyo estatuto haya sido concedido en otro Estado miembro.

La Comisaría de Policía correspondiente procederá a anotar la observación correspondiente en el plazo de tres meses desde la petición que se formule desde otro Estado miembro que hubiera concedido la protección internacional, o al que se le hubiera transferido dicha protección internacional, respecto al residente de larga duración–UE con estatuto concedido en España”.

Tres. Se añade una nueva letra e) en el apartado 1 del art. 166, que queda redactada del siguiente modo:

“e) Cuando, obtenida la autorización por la persona a quien otro Estado miembro reconoció protección internacional, las autoridades de dicho Estado hubieran resuelto el cese, finalización, denegación de la renovación o la revocación de la citada protección”.

Disposición adicional única. *Coste económico.* Las medidas previstas en este real decreto serán atendidas con las dotaciones presupuestarias ordinarias existentes y no podrán generar incremento ni de dotaciones, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal al servicio del sector público.

Disposición final primera. *Incorporación de derecho de la Unión Europea.* Mediante este real decreto se incorpora al derecho español la Directiva 2011/51/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 mayo 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.* El presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, BOE, 27-XII-2013.

Obs.: La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles ha venido a establecer un régimen general de esta institución en España, con el propósito de favorecer su desarrollo como instrumento complementario de la Administración de Justicia. La formación del mediador constituye un requisito fundamental del mismo, ligado a la eficacia con la que ha de desempeñar su labor y que, además de la Ley, ampara la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Esta norma europea establece la obligación de los Estados miembros de fomentar “la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente”.

Este Real Decreto parte de una concepción abierta de la formación, acorde a los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que rigen la actuación de los mediadores. Por ello no se establecen requisitos estrictos o cerrados respecto a la configuración de esa formación, los cuales con carácter general han de estar relacionados con la titulación del mediador, su experiencia profesional y el ámbito en que preste sus servicios. De éstas dependerá la formación que haya de recibir un mediador para contar con la preparación necesaria.

El objeto de esta disposición es desarrollar las disposiciones de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en relación con la formación y el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores, así como la publicidad de los mediadores y de las instituciones de mediación, y el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos (art. 1). Sus normas son de aplicación a los mediadores y las instituciones de mediación que desarrollen su actividad profesional al amparo de lo dispuesto en la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (art. 2). La duración mínima de la formación específica del mediador será de 100 horas de docencia efectiva, aunque, será válida la formación recibida ante instituciones extranjeras siempre que las mismas estuvieran debidamente acreditadas en sus respectivos países y, en su caso, se tendrá en cuenta para completar la duración mínima exigida (art. 5).

Las instituciones de mediación que tengan entre sus fines el impulso de la mediación regulada en la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles podrán inscribirse en la sección tercera del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, con independencia de su carácter público o privado, español o extranjero, incluidas las de carácter internacional (art. 20). Las instituciones de mediación extranjeras que se inscriban en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación habrán de indicar, además, si se encuentran inscritas en el Registro de otros países (art. 21.2º).

Real Decreto 1011/2013, de 20 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa. Real Decreto 1011/2013, de 20 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa. BOE, 28-XII-2013.

Obs.: Este Real Decreto, en virtud del art. 318 del texto refundido de la Ley de Contratos de Sector Público, establece la desconcentración de las competencias contractuales del Ministro y Secretario de Estado de Defensa, en los órganos responsables de la dirección y control de la gestión económica y financiera, tanto en las estructuras centrales del Ministerio como en las Fuerzas Armadas. Asimismo, este Real Decreto establece las directrices para aplicar el mismo criterio en la delegación de competen-

cias que posteriormente se apruebe, de forma que se deleguen en los organismos que al menos tengan una dependencia funcional de los órganos desconcentrados. Será de aplicación a los contratos efectuados al amparo del RD 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación de material militar en el extranjero, así como los acuerdos técnicos celebrados con otros Gobiernos u organismos internacionales, entre los que se encuentran incluidos los Memorandos de Entendimiento (MOU,s) (art. 1.e)

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Ley 3/2013, de 28 de mayo, de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León. <i>BOE</i> , 17-VI-2013.

.....

Obs.: *Vid. supra*, A. Fernández Pérez, “Inflexiones en la competencia exclusiva del Estado en materia migratoria y de extranjería”, pp. 609-643.

CONVENIOS INTERNACIONALES

MULTILATERALES

Tratado sobre el derecho de patentes, Reglamento del tratado sobre el derecho de patentes, y Declaraciones concertadas por la Conferencia Diplomática relativas al Tratado y al Reglamento, hechos en Ginebra el 1 junio 2000. BOE, 9-X-2013.

ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO SOBRE EL DERECHO DE PATENTES DE 1 JUNIO 2000

1. El 6 noviembre 2013 entró en vigor el Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT) en España. Este tratado se aplica tanto a las solicitudes nacionales de patente que se encuentren en trámite en la fecha de entrada en vigor, como a patentes ya concedidas y con efectos en España. Asimismo, y como consecuencia de la entrada en vigor del PLT, se han actualizado los folletos de validaciones de patentes europeas que están accesibles en el siguiente enlace: http://www.oepm.es/es/invenciones/patente_europeas/Validacion/. Dicho Tratado y su Reglamento son de aplicación tanto a las solicitudes nacionales y regionales de patentes de invención nacionales y patentes de adición que se encuentren en trámite en la fecha de entrada en vigor como a patentes de invención nacional y regional y patente de adiciones ya concedidas y con efectos en España. El Tratado consta de 27 artículos y va acompañado de un Reglamento de ejecución, integrado, a su vez, por 21 Reglas, unas declaraciones concertadas por la Conferencia Diplomática en cuyo seno fue aprobado y unos formularios internacionales tipo.

2. Como es bien sabido, la patente consiste en el derecho otorgado a un inventor por un Estado o por una oficina regional que actúa en nombre de varios Estados, que permite que el inventor impida que terceros exploten por medios comerciales su invención durante un plazo limitado. Es el procedimiento más generalizado que existe para proteger los derechos de los inventores. La invención debe ser un producto o un proceso que proporcione una forma innovadora de realizar algo o que brinde una solución técnica nueva a un problema. La cobertura de la protección conferida ha sido hasta tiempos recientes extraordinariamente compleja, debido en parte a la insuficiencia de las disposiciones contenidas en el Convenio de la Unión de París. Existían, además muchos problemas en presencia pues gran parte de los países en desarrollo y algunos países desarrollados excluían los productos farmacéuticos de la protección por patentes, con fundamento en sus políticas públicas y otros excluían los productos agrícolas, los alimentos y ciertas invenciones biológicas.

En el sector de las patentes ocupa un lugar descolante el Tratado de Washington de cooperación en materia de patentes de 1970, modificado en 1979 y en 1984 (PCT). El Tratado, en el que participan casi un centenar de Estados, si bien no unifica el régimen de concesión, sí crea un sistema de colaboración que abarca procedimientos unificados de solicitud internacional y de búsqueda internacional, así como de examen preliminar internacional de la novedad de las invenciones. Ofrece un servicio común para realizar búsquedas internacionales con la finalidad de descubrir el estado de la técnica pertinente para solicitudes de patente. Como en la actualidad todas las patentes del mundo son documentos nacionales otorgados conforme a normas y procedimientos nacionales, el Tratado permite que los titulares de patentes se ahorren parte del proceso, si quieren buscar protección a escala internacional, permitiendo el examen preliminar de la solicitud; dicho en otros términos, permite investigar la protección por patente para las distintas invenciones simultáneamente en un gran número de países mediante la presentación de

solicitudes de patente “internacionales”. Este proceso resulta de gran utilidad para los titulares de patentes porque establece la prioridad de una solicitud a escala internacional; de esta suerte una solicitud de patente se convierte en una especie de espacio “reclamado” antes de solicitarla a escala nacional y también porque confiere a los solicitantes un lapso de tiempo precioso para evaluar el potencial del mercado de su patente en los diferentes países, y volver a pensar su estrategia antes de continuar con el registro nacional (L. Horwitz, “The Patent Co-operation Treaty”, *JWTL*, vol. 5, 1971, pp. 61–71; E.L. Flanagan, “The Patent Cooperation Treaty: Effects on Domestic and Foreign Patent Practice”, *Int'l Lawyer*, vol. 13, 1979, pp. 141–153; W.S. Wolfeld, “International Patent Cooperation. The New Step”, *Cornell Int'l L. J.*, vol.16, 1983, pp. 229–268). Pueden presentar tales solicitudes los nacionales o residentes de un Estado contratante y pueden presentarse generalmente ante la oficina nacional de patentes del Estado contratante de nacionalidad o de domicilio del solicitante o, a elección del solicitante, ante la Oficina Internacional de la OMPI en Ginebra. Si la nacionalidad o el domicilio del solicitante corresponde a un Estado contratante que es parte en el Convenio sobre la Patente Europea, en el Protocolo de Harare sobre patentes y dibujos y modelos industriales o en el Convenio sobre la Patente Euroasiática, la solicitud internacional puede presentarse también en la Oficina Europea de Patentes, en la Oficina de la Organización Regional Africana de la Propiedad Industrial (ARIPO) o en la Oficina Euroasiática de Patentes (EAPO), respectivamente. La solicitud internacional se somete luego a lo que se llama “búsqueda internacional”, que se lleva a cabo por una de las principales Oficinas nacionales de patentes.

3. La práctica generada por este complejo entramado convencional cuenta con un marco institucional no menos complejo en cuya cúspide figura la OMPI, uno de cuyos cometidos es la puesta en práctica del régimen convencional unionista. Aunque los Convenios de París y de Berna siguen siendo la piedra angular del sistema convencional de esta institución, los convenios suscritos en años posteriores han ampliado y profundizado el alcance de la protección incorporando los cambios tecnológicos y nuevas esferas de interés. Dos ejemplos recientes a este respecto son el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (WCT) (*vid.* T.C. Vinje, “The New WIPO Copyright Treaty: A Happy Result in Geneva”, *European Intellectual Property Review*, vol. 19, 1997, pp. 230–236; R. Antequera Parilli, “El nuevo Tratado de la OMPI sobre derecho de autor”, *Actas de Derecho industrial*, t. XVIII, 1997, pp. 47–72) y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT) que contienen reglas básicas que adaptan la protección internacional del derecho de autor y los derechos conexos al nuevo entorno de Internet, instrumentos que han entrado en vigor en 2002 y que suponen una importante actualización, desde el punto de vista de la incidencia de las nuevas tecnologías, del Convenio de Berna sobre los derechos de autor y del Convenio de Roma de 1961 (P. de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 3ª ed., Madrid, 2002, pp. 218–222; C. Vattier Fuenzalida, “Los tratados de la OMPI sobre derechos de autor y sobre intérpretes o ejecutantes y fonogramas de 1996”, *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, vol. I, Madrid, 2001, pp. 2217–2215). Asimismo, con la finalidad de dar una respuesta a las previsiones que establecen los tratados internacionales que regulan este sector y de regular las Uniones que se crean a través de ellos, la OMPI ha elaborado una Ley tipo para los países en desarrollo sobre invenciones y preparado varias guías jurídicas como la Guía de Licencias para los países en desarrollo y la guía al Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas

4. Dentro de las actividades de la OMPI se encuentra también la unificación de las legislaciones en materia de patentes toda vez que las normas y principios establecidos en las legislaciones nacionales y regionales sobre patentes ofrecen importantes discrepancias y en ocasiones comportan formalidades innecesarias. Ello acarrea problemas a los solicitantes que desean obtener protección en varios países, a los titulares de patentes que tratan de mantener y hacer valer sus derechos, y a terceros que desean adoptar ciertas medidas, como obtener licencias o conseguir que se revoque una patente, además de ser un obstáculo para la cooperación de las oficinas de patente de todo el mundo. Por eso uno de los objetivos prioritarios de la OMPI ha sido el desarrollo de la cooperación interestatal en el ámbito de las patentes con el fin de asegurar una protección adecuada, que ha cristalizado en la redacción de un Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT) y de su Reglamento sobre formalidades y sus procedimientos en materia de patentes, adoptado el 1 junio 2000 en el marco de una Conferencia Diplomática, cuya finalidad es

armonizar las formalidades nacionales en materia de patentes en todo el mundo. El PLT pretende racionalizar y armonizar los requisitos formales establecidos por las oficinas nacionales o regionales de patentes para la presentación de solicitudes de patentes nacionales o regionales, el mantenimiento de las patentes, así como ciertos requisitos adicionales relativos a las patentes o a las solicitudes de patente, por ejemplo, las comunicaciones, las representaciones o el registro de cambios relativos a las patentes y a las solicitudes de patente. Existe una vinculación estrecha entre este instrumento y el PCT y su Reglamento con el fin de evitar que se creen distintas normas nacionales sobre las formalidades de patentes en relación con las solicitudes nacionales e internacionales.

5. El objetivo fundamental del PLT es el facilitar los trámites administrativos y procedimentales a los solicitantes de patentes, se comprende que el Tratado esté imbuido de un espíritu marcadamente garantista que se evidencia, v.gr., en su art. 11, donde se establece la obligación para las Oficinas de prorrogar los plazos, o en su art. 12, que prevé el restablecimiento de derechos. Bien entendido que este instrumento no crea ninguna Unión y carece, por tanto, de personalidad jurídica propia; como paliativo instituye una Asamblea que se constituye en máximo órgano de gobierno y cuyas competencias se detallan en el art. 17, que se inicia con la declaración general de que la Asamblea “tratará todas las cuestiones relativas al mantenimiento, desarrollo y aplicación del Tratado”.

En particular, el Tratado contiene disposiciones sobre los siguientes aspectos.

i) Uniformiza los requisitos relativos a la obtención de la fecha de presentación para reducir el riesgo de que los solicitantes pierdan inadvertidamente esa fecha, que reviste vital importancia a lo largo de todo el procedimiento de patentamiento. El PLT exige a las oficinas de las Partes Contratantes que atribuyan una fecha de presentación a las solicitudes cuando se cumplan tres sencillos requisitos de forma: en primer lugar, una indicación en el sentido de que los elementos recibidos por la oficina son una solicitud de patente de invención; en segundo lugar, indicaciones que permitan a la oficina identificar al solicitante o comunicarse con él (no obstante, las Partes Contratantes podrán exigir ambas indicaciones); en tercer lugar, una parte en la que se describa la invención. No podrá exigirse ningún elemento adicional para conceder la fecha de presentación. En particular, las Partes Contratantes no podrán supeditar la atribución de la fecha de presentación a que se tramiten una o varias reivindicaciones o al pago de una tasa. Como ya hemos visto, esas obligaciones no son requisitos máximos sino absolutos, de manera que las Partes Contratantes no podrán conceder la fecha de presentación si no se han cumplido todos ellos.

ii) Incorpora un conjunto de requisitos formales aplicables a las solicitudes nacionales y regionales por la vía de incorporar al PLT los requisitos relacionados con la forma y el contenido de las solicitudes internacionales presentadas en virtud del PLT, incluido el contenido del formulario de solicitud del PLT y el uso de ese formulario acompañado de la indicación de que la solicitud debe tramitarse como solicitud nacional. Así se eliminan o se reducen las diferencias de procedimiento entre los sistemas nacionales, regionales e internacionales de patentes.

iii) Establece Formularios Internacionales Tipo, que deberán ser aceptados por las oficinas de todas las Partes Contratantes.

iv) Simplifica una serie de procedimientos ante las oficinas de patentes, lo que contribuye a reducir los gastos de los solicitantes y de las oficinas. Entre dichos procedimientos se encuentran las excepciones a la representación obligatoria, las restricciones relativas a la obligación sistemática de presentación de pruebas, la obligación de que las oficinas acepten las comunicaciones únicas que comprendan más de una solicitud o patente en determinados casos (v.gr., un único poder) o la restricción relativa a la obligación de presentar la copia y la traducción de la solicitud anterior.

v) Prevé procedimientos para evitar la pérdida accidental de derechos sustantivos en caso de incumplimiento de los requisitos formales o de los plazos. Cabe citar entre ellos la obligación de las oficinas de notificar al solicitante o a otros interesados las prórrogas de los plazos, la continuación de la tramitación, el restablecimiento de los derechos y las restricciones en materia de revocación o de anulación de la patente por defectos de forma, cuando la oficina no los hubiera comunicado en la fase de solicitud.

vi) Por último, facilita la presentación de la solicitud por medios electrónicos, al tiempo que se garantiza la coexistencia de las comunicaciones por dichos medios y en papel. El PLT prevé la posibilidad de

que las Partes Contratantes excluyan las comunicaciones en papel y recurran únicamente a las comunicaciones electrónicas a partir del 2 junio 2005. Sin embargo, incluso después de esa fecha, deberán aceptar las comunicaciones en papel en lo que respecta a atribuir la fecha de presentación y al cumplimiento de plazos. En ese sentido, en las Declaraciones concertadas se establece que los países industrializados seguirán prestando apoyo a los países en desarrollo y a los países en transición para que éstos utilicen la presentación de la solicitud por medios electrónicos.

6. A los efectos de mejor comprensión de este instrumento debe tenerse en cuenta la Instrucción de la Oficina Española de Patentes y Marcas aplicativa del Tratado sobre el Derecho de Patentes y del Reglamento del Tratado sobre Derecho de Patentes, de 15 octubre 2013 (*vid.* http://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Noticias/2013/2013_11_06_Instruccion_PLT_15_10_13.pdf).

El PLT establece ciertos requisitos mínimos para la obtención de una fecha de presentación, requisitos formales internacionales, formularios uniformizados y procedimientos simplificados. Sin embargo, no armoniza desde un punto de vista sustantivo o de fondo las diferentes legislaciones internacionales en materia de patentes. No en vano se trata de un tratado de alcance limitado toda vez que su objetivo no es otro que el armonizar los requisitos formales en materia de Derecho de patentes. Las partes contratantes son libres de establecer cualesquiera requisitos de derecho sustantivo, posibilidad expresamente prevista en el art. 2, si bien, esta regla encuentra su excepción en el art. 15, precepto que incorpora por referencia las disposiciones de derecho sustantivo previstas en el Convenio de la Unión de París, esto es, los arts. 2 a 5 *quater*, 11 y 12. Bien entendido que las normas del PLT tienen el carácter de mínimos que han de ser respetados. Esto significa que cualquier Estado miembro puede incluir en su legislación normas más favorables que las previstas en el Tratado, posibilidad expresamente reconocida en el párrafo 1º del art. 2, que señala que las partes tienen libertad para introducir requisitos que, desde el punto de vista de los solicitantes y titulares, sean más favorables que los previstos en el Tratado y en el Reglamento.

7. Pese a estas limitaciones, al margen de la política española en tenor a la Patente Única Europea y del desfavorable fallo del TJUE, no cabe duda que tras la vigor del PLT, España ampliará su ámbito de armonización en la materia con los países de su entorno más próximo en lo que respecta a los aspectos formales de las patentes, lo cual, además de reducir cargas administrativas, acercarnos a las prácticas seguidas en otros ordenamientos jurídicos y establecer un mecanismo más flexible de solicitudes de patentes, permitirá evitar perjuicios a los solicitantes de títulos nacionales.

Previsiblemente se producirán cambios relevantes en la tramitación de patentes y modelos de utilidad españoles, especialmente en lo referido a la obtención de una fecha de presentación, la reivindicación de prioridad y la representación obligatoria para los no residentes en un Estado miembro de la UE. El PLT racionaliza, armoniza y simplifica los requisitos formales que establecen las Oficinas nacionales de los Estados y las oficinas regionales, tipo Oficina Europea de Patentes para la presentación y tramitación de solicitudes de patentes, el mantenimiento de las mismas, así como otros requisitos como por ejemplo la presentación electrónica, la representación ante las oficinas de patentes, etc.. Se simplifican, cabe insistir en ello, los requisitos formales para la obtención de fecha de presentación: en lo concerniente a la obtención de una fecha de presentación, podrá presentarse una solicitud sin reivindicaciones, en cualquier idioma e, incluso, se podrá presentar por referencia a una solicitud anterior. Cuando proceda, deberá aportarse una traducción al castellano de la solicitud en un plazo no inferior a 2 meses desde notificación de la Oficina Española de Patentes y Marcas. Las copias certificadas de los documentos de prioridad podrán aportarse dentro de un plazo no inferior a 16 meses contados desde la fecha de prioridad más antigua, siendo necesario aportar una traducción al castellano únicamente cuando la validez de la reivindicación de prioridad sea pertinente para determinar si la invención en cuestión es patentable. Asimismo, será posible corregir y adicionar reivindicaciones de prioridad de una solicitud si se presenta una petición a tal efecto dentro de un plazo no inferior a 16 meses a partir de la fecha de presentación más antigua de las solicitudes anteriores respecto de las cuales se reivindique prioridad y la prioridad está válidamente reivindicada. También será posible restaurar el derecho de prioridad si se presenta una petición

a tal efecto dentro de un plazo no inferior a 2 meses a partir de la fecha en que haya expirado el período de prioridad declarando los motivos del incumplimiento del período de prioridad y la Oficina Española de Patentes y Marcas considera que el incumplimiento ocurrió a pesar de la diligencia debida exigida por las circunstancias o que el error no fue intencionado. Los cesionarios de una solicitud, solicitantes, titulares u otras personas interesadas no residentes en un Estado miembro de la Comunidad Europea podrán actuar ante la OEPM en relación con la presentación de una solicitud a los fines de la fecha de presentación, el simple pago de una tasa y la presentación de una copia de una solicitud anteriormente presentada. **J.C.F.R.**

Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 noviembre 2001. BOE, 4-X-2013.

Obs.: La regulación internacional de las garantías reales sobre los elementos de equipos móvil (aeronaues, material ferroviario, bienes aeroespaciales, buques etc.), plantea en la actualidad serios problemas. Ello es debido a varios motivos: a) el hecho de que este tipo de bienes se encuentre en constante desplazamiento de Estado a Estado o, incluso, tal y como sucede con los bienes aeroespaciales, ni siquiera estén situados sobre la superficie terrestre, impide recurrir a la clásica regla *lex rei sitae*; n) las dificultades para dotar de eficacia a este tipo de garantías fuera del Estado en que se encuentran inscritas, como consecuencia de la inexistencia de registros internacionales que superen la eficacia meramente local de los registros nacionales actuales; c) la existencia de un elevado nivel de incertidumbre en la actualidad sobre el tratamiento concursal que debe recibir este tipo de garantías en el contexto transnacional.

Dentro de las actividades del Unidroit ha destacado la elaboración de una reglamentación uniforme relativa a las garantías internacionales que gravan los equipos móviles de alto valor que se desplazan de un país a otro en el curso normal de los negocios (aviones, trenes, satélites); dicha actividad se inició con un estudio de Derecho comparado, titulado “la reglamentación internacional sobre algunos aspectos de las garantías que gravan el material susceptible de ser desplazado de un Estado a otro”, creándose un grupo de trabajo en Roma, en 1992. Los trabajos concluyeron con el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, calificado como uno de los resultados más importantes de todos los tiempos en la codificación del Derecho de los negocios internacionales, y el Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico adoptados el 16 noviembre 2001, en la Conferencia diplomática celebrada en Ciudad del Cabo (*vid.* R. Goode, “Par delà les frontières de la terre et de l’espace: l’avant-projet de Convention d’Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d’équipement mobiles”, *Rev. dr. unif.*, vol. 3, 1998, pp. 52–74; *id.*, “Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d’équipement mobiles et Protocole y relatif portant sur les questions spécifiques aux matériels d’équipement aéronautiques: commentaire officiel”, *Rev. dr. unif.*, vol. 7, 2002, pp. 353–693). El propósito esencial del Convenio es facilitar la constitución y los efectos de un nuevo tipo de garantía en equipos móviles, definida de modo que abarque no sólo los derechos garantizados clásicos, sino también lo que suele reconocerse de forma creciente como su equivalente funcional, esto es, los derechos del arrendador en el contrato de arrendamiento financiero. La eficacia de las garantías internacionales estará condicionada a su inscripción en un registro internacional previsto conforme a la Convención. En consecuencia, la garantía real creada por estos instrumentos tiene una amplitud similar a la establecida en el art. 9 del *Uniform Commercial Code* de los EE UU, puesto que incluye, además de las garantías reales propiamente dichas, las reservas de dominio y los arrendamientos financieros.

La incorporación de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, no así a sus Protocolos ha de incentivar la inversión y financiación de la adquisición y uso de bienes de gran valor o particular importancia económica, de momento limitada a bienes de equipo aeronáuticos, bienes de equipo espacial y material rodante ferroviario (art. 2.3º Convenio), de particular interés en estos momentos ante la anunciada apertura a la competencia de los mercados nacionales

de transporte ferroviario de viajeros en la UE. Como ha puesto de relieve E. Torralba Mendiola “El Convenio establece reglas de competencia judicial internacional (arts. 42 a 45), pero, en virtud de las Declaraciones efectuadas por la UE en el momento del depósito de su instrumento de adhesión, en el ámbito de la UE, con excepción de Dinamarca, cuando se trata de adoptar medidas cautelares es de aplicación el 31 del Reglamento 44/2001, en virtud del cual son competentes los tribunales del Estado donde se sigue el procedimiento principal y los del Estado de situación de los bienes sobre los que la medida deba ser ejecutada. Siendo así, la referencia del artículo 43 a la competencia del tribunal escogido por las partes (distinto del que conoce del litigio principal o del lugar de ejecución de la medida) para adoptar medidas cautelares de las comprendidas en el artículo 13 del Convenio, no se extiende a los tribunales de los Estados miembros de la UE y, en consecuencia, no puede ser ejercida por un tribunal español. Por otra parte, el art. 42 establece con carácter general que “[...] los tribunales de un Estado contratante elegidos por las partes en una transacción tienen jurisdicción respecto a una reclamación presentada con arreglo al presente Convenio, independientemente de que la jurisdicción elegida tenga o no relación con las partes o con la transacción. Esa jurisdicción será exclusiva, salvo que las partes hayan acordado lo contrario [...]”. Este precepto no puede referirse más que a procedimientos declarativos y no a los de ejecución, ya que esta última es siempre territorial, pero tiene como consecuencia, al menos en la UE, que si el tribunal elegido adopta alguna medida cautelar sobre un bien gravado situado en otro Estado miembro, tal medida deberá ser reconocida en el resto de los Estados, salvo que concurra alguno de los motivos de denegación distintos de los derivados de la competencia (entre ellos que se hubiera adoptado *inaudita parte*)” (cf. “El Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil”. <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9633a40e-f18f-48cb-96fd-9c316eb54b43>).

Declaraciones de aceptación

Declaración de aceptación por España de la adhesión de Ucrania al Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 mayo 1971, de 9 enero 2013. *BOE*, 21-I-2013.

Declaración de aceptación por España de la adhesión de la Federación de Rusia al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980, de 16 enero 2013. *BOE*, 25-I-2013 y corr. err. 19-II-2013.

Declaración de aceptación por España de la adhesión del Reino de Marruecos al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 marzo 1970, de 27 febrero 2013. *BOE*, 11-III-2013.

Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Montenegro al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 marzo 1970, de 16 enero 2012. *BOE*, 10-V-2013.

Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Colombia al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 marzo 1970, de 3 julio 2013. *BOE*, 12-VII-2013.

Declaración de aceptación por España de la adhesión de la Antigua República Yugoslava de Macedonia al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 marzo 1970, de 3 julio 2013. *BOE*, 15-VII-2013.

Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Guinea al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980, de 8 julio 2013. *BOE*, 19-VII-2013, corr. err. *BOE* 24-IX-2013.

BILATERALES**ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL**

Convenio entre el Reino de España y la República de Kazajstán relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Astaná el 17 junio 2011. BOE 10-IV-2013.

.....

EXTRADICIÓN

Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Kazajstán, hecho en Madrid el 21 noviembre 2012. BOE, 16-VII-2013.

.....

INMIGRACIÓN

Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho *ad referendum* en Rabat el 6 marzo 2007. BOE, 22-III-2013.

.....

**LIBRE EJERCICIO DE ACTIVIDADES REMUNERADAS PARA FAMILIARES DEPENDIENTES DEL PERSONAL
DIPLOMÁTICO, CONSULAR, ADMINISTRATIVO Y TÉCNICO DE MISIONES DIPLOMÁTICAS Y OFICINAS
CONSULARES**

Acuerdo entre el Reino de España y la República de Mali sobre el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, hecho en Bamako el 22 noviembre 2010. BOE, 14-VIII-2013.

.....

JURISPRUDENCIA

Dirección de José Carlos Fernández Rozas

Colaboran en la presente sección

Juan José Álvarez Rubio
Rafael Arenas García
Pedro A. De Miguel Asensio
María Jesús Elvira Benayas
Ángel Espiniella Menéndez
Fernando Esteban de la Rosa

Josep M. Fontanellas Morell
Federico F. Garau Sobrino
Pilar Jiménez Blanco
Nuria Marchal Escalona
Cristian Oró Martínez
Paula Paradela Areán

José Ignacio Paredes Pérez

ACTOS

LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS

2013/1.– Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 410/2013 de 13 junio 2013. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller. RJ\2013\4628.

Documentos extranjeros de carácter público.– Efectos procesales.– Documentos aportados mediante fotocopia impugnados por la parte demandada.– Necesidad de legalización o apostilla.– Títulos nobiliarios: reclamación de mejor derecho.– Necesidad de acreditar la legitimación mediante los documentos que prueben la relación familiar con el último titular.

Normas aplicadas: Art. 323 LEC; art. 1 Convenio de la Haya suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, de 5 octubre 1961.

[...]

La apostilla consiste en un diligencia o sello redactada conforme a un modelo estándar y oficial que debe llevar las menciones establecidas en el Convenio que se añade, ya sea en el propio documento público, ya sea en una prolongación del mismo, por la autoridad competente designada por el Estado del país de origen y que tiene por objeto certificar ante el territorio de otro Estado contratante los siguientes extremos: la autenticidad de la firma; la calidad en que la autoridad pública, funcionario o notario del país de origen ha actuado; y en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento lleve.

Los demás documentos no incluidos en el art. 1 del tratado (y los ya señalados, si proceden de países no signatarios del Convenio de La Haya) deberán cumplir con el requisito de la legalización. Todos ellos, en fin, tienen que cumplir los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España a que se refieren los arts. 317 y 318 LEC, disponiendo este último que los documentos públicos tendrán la fuerza probatoria establecida en el art. 319 si se aportaren al proceso en original o por copia o certificación fehaciente, ya sean presentados éstos en soporte papel o mediante documento electrónico, o si, habiendo sido aportados por copia simple, en soporte papel o imagen digitalizada, conforme a lo previsto en el art. 267, no se hubiere impugnado su autenticidad.

En el caso presente, los documentos que estaban llamados a acreditar la legitimación de la demandante aparecían autorizados en el extranjero sin contar con la “apostilla” exigida, se aportaron mediante fotocopia y fueron impugnados por la parte demandada, por lo que ha de entenderse que carecen de valor probatorio, por lo que en definitiva el motivo ha de ser estimado. [...]

ALIMENTOS

RECLAMACIÓN DE ALIMENTOS POR EL ABOGADO DEL ESTADO EN FAVOR DE MENORES EXTRANJEROS

2013/2.– Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, Sentencia nº 264/2013, de 26 junio 2013. Ponente: Ilma. Sra. D^a. María Paloma Fernández Reguera. JUR\2013\318660.

Alimentos familiares.– Reclamación de alimentos en favor de dos hijas comunes.– Madre reclamante residente en Suecia.– Deudor alimenticio residente en España.– Tribunal español competente para la fijación de la cuantía de los alimentos.– Aplicando de la legislación sueca.

Normas aplicadas: Convenio de Nueva York de 20 junio 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero; Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

Es objeto de reclamación una cantidad dineraria en concepto de alimentos de las dos hijas comunes habidas entre la madre reclamante, residentes en Suecia, y el padre, residente en España. La suma que se reclama alcanza a los tres años anteriores a la demanda, formulada al amparo del Convenio de Nueva York de 20 junio 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero en cuanto al Derecho internacional, y la legislación sueca en cuanto a la normativa sustantiva, ya que conforme al Convenio Tratado internacional, Convenio de La Haya de 2 octubre 1973, ratificado por España el 16 mayo 1986, la norma aplicable a este tipo de reclamaciones alimenticias es la del lugar de residencia de las menores acreedoras. La demanda pues se ha formulado a través de la Autoridad intermediaria prevista en los convenios, que es el Ministerio de Justicia Español. [...]

Acierta el apelante en rechazar la aplicación de los baremos indicativos de la legislación sueca, pues no se trata de baremos vinculantes (...). No obstante, ya la sentencia apelada redujo la cantidad reclamada, sin seguir dichas tablas. También es cierto que el Tribunal español es competente para la fijación de la cuantía de los alimentos, aunque aplicando la legislación sueca. Ahora bien, de esta legislación, lo mismo que del Cc español, establece la posibilidad de reducir la cuantía hasta un mínimo vital que ha de ser satisfecho mancomunadamente por ambos progenitores en proporción a sus capacidades económicas. Así lo expresa el art. 1.1 y 1(sic) .in fine del Código de padres sueco: “los padres responderán de la manutención del hijo según lo que sea razonable tomando en consideración las necesidades del hijo y la capacidad económica de los padres en conjunto, además los padres participarán de manera recíproca en los gastos de manutención del hijo según la capacidad de cada uno”. [...]

2013/3.– Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Tercera, Sentencia nº 450/2013, de 13 septiembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Moyano García. JUR\2014\71050.

Alimentos.– Reclamación deducida a través del Estado Sueco.– Reclamación de cantidad por el Abogado del Estado frente al padre alimentante, residente en España, en favor de su hija menor, residente en Suecia.– Convivencia con la madre seis meses al año.– Acción respaldada por las normas del Convenio de Nueva York de 20 junio 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero.– Determinación de la cuantía por el Juez español en base a la normativa del Estado sueco.– Aplicación del Derecho sueco.

Normas aplicadas: Art. 9.7º Cc; art. 281.2º LEC; Convenio de Nueva York de 20 junio 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero.

[...]

Nos encontramos ante una reclamación de alimentos por parte de la madre de una menor, formulada contra el padre de dicha menor al amparo del Convenio de Nueva York de 20 junio 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, y deducida pues a través del Estado de Suecia y de la Autoridad intermediaria en España, que es el Ministerio de Justicia del Gobierno del Estado español, en que reside el padre demandado. No se discute la relación de filiación ni por tanto la obligación legal de pagar alimentos por parte del demandado –que no se ha personado en el proceso si bien compareció por sí mismo para rendir interrogatorio de parte y aportó fotografías admitidas como prueba documental de oficio–. Tampoco se discute la aplicación de la legislación sueca para la determinación de la deuda, si bien la sentencia ahora apelada considera que el Derecho sueco no ha sido probado adecuadamente por parte de la Autoridad intermediaria que formula la demanda. El demandado, al ser interrogado, alegó que mantenía a su hija compartiendo los gastos de alimentación en los periodos en que convive con la madre de la misma, lo que sucede durante seis meses al año cuando la madre viaja a

España, al parecer durante los meses fríos del año, así como también cuando él mismo viaja a Suecia los meses de verano. [...]

Respecto a la prueba del Derecho sueco, que ciertamente corresponde a la parte actora, art. 281.2º LEC/2000, sin perjuicio de que el Tribunal español pueda averiguar por sí mismo el contenido de dicho ordenamiento, el demandante sí ha aportado traducción fehaciente del Código de padres sueco, que es la norma sustantiva aplicable. Dicha norma prevé la obligación de pago establecida por una sentencia, que puede condenar al pago retroactivo de alimentos hasta tres años antes de la demanda, art. 8 del citado Código, que no sigue en este punto la regla de irretroactividad del art. 148 Cc español. Es por ello que la reclamación de alimentos de octubre 2008, siendo la demanda octubre 2011, es congruente con la norma sueca mencionada, y no existe ningún problema de conocimiento ni de prueba de dicho precepto.

Cuestión distinta es la fijación de la cuantía de los alimentos, pues no se ha acreditado la baremación de la legislación sueca, directrices de la Dirección General del Bienestar Social, que la demanda toma como referencia para cuantificar la deuda. En este caso procede determinar el débito conforme a la capacidad de las partes y las necesidades del menor, por aplicación tanto del ordenamiento sueco como de las reglas del español, art. 142 ss Cc, que serían aplicables en defecto de prueba del ordenamiento extranjero, y en defecto de acreditación de las capacidades de las partes y de las necesidades del niño corresponderá fijar el mínimo vital, según expresamos en la sentencia del rollo 901– 2009: “Es preciso delimitar para resolver el recurso la legislación sustantiva aplicable a la controversia. En principio es el Derecho sueco, a falta de ley nacional común, como lugar de residencia habitual del menor para el que se reclaman alimentos, art. 9.7º Cc español. Dicha legislación está constituida por el Código matrimonial de Suecia (“Aktenskapsbalken”) cuyo art. 6, Sección 1 nos dice: “Los cónyuges, cada uno según su capacidad, contribuir al mantenimiento necesario para satisfacer sus necesidades comunes y personales”, y por el Código de Niños y de Padres, que desarrolla la norma anterior en su Capítulo 7, art. 1, en iguales términos, concluyendo la deuda de alimentos a los dieciocho años, salvo que el hijo continúe escolarizado, en cuyo caso se prolonga hasta los veintiún años. Normas aplicables igualmente a los hijos no matrimoniales. La legislación sueca no difiere por demás, salvo en la extensión de los alimentos de hijos mayores de edad, de la legislación española, art. 142 ss Cc. Ahora bien, en el Derecho sueco existe también una baremación de los alimentos en función de la edad, establecida por normas administrativas –Dirección General del Bienestar Social–, que no han sido aportadas al procedimiento... El Tribunal español es competente para la fijación de la cuantía de los alimentos, aunque aplicando la legislación sueca. Ahora bien, de esta legislación, lo mismo que del Cc español –art. 142 ss y art. 1534 ss– no se desprende en absoluto la posibilidad de aludir la obligación de alimentos por la precariedad laboral del progenitor. Se puede reducir la cuantía hasta un mínimo vital que ha de ser satisfecho mancomunadamente por ambos progenitores en proporción a sus capacidades económicas. [...]

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

2013/4.– Audiencia Provincial de Cantabria, Sección Segunda, Auto nº 114/2013 de 8 octubre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Bruno Arias Berrioategortua. JUR/2013/350297.

Alimentos.– Competencia judicial internacional.– RB III.– Foros voluntarios y subsidiarios.– Inaplicación.– Incompetencia de los tribunales españoles.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (RB III); art. 22.3º LOPJ.

[...] Se interpone recurso contra el auto que declaró la incompetencia territorial del juzgado de origen para resolver la demanda de modificación de la obligación de alimentos impuesta al demandante en favor del hijo común, aún menor de edad, por la sentencia de separación matrimonial dictada el 29

noviembre 2004 por el mismo órgano jurisdiccional. El actor reside en Santander, mientras que la demandada y el hijo de ambos lo hacen en la República Checa. [...]

El Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, conocido como Bruselas III, contiene normas sobre competencia judicial internacional en su capítulo II. La lectura de la norma revela con claridad suficiente que escalonadamente se contienen en el mismo unos foros legales principales (art. 3), otros voluntarios (arts. 4 y 5, determinados por el acuerdo de los litigantes o por la sumisión del demandado) y otros subsidiarios (arts. 6 y 7, para el supuesto de que ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los artículos anteriores).

En el caso presente no resultan de aplicación los fueros voluntarios ni los subsidiarios, sino los establecidos con carácter principal por el art. 3 del Reglamento [...]

De acuerdo con los foros determinados en los apartados a y b, según la cual la competencia corresponde al órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado o el acreedor tenga su residencia habitual. Residiendo D^a Karina y el hijo beneficiario de la obligación de alimentos en la república checa, es claro que la competencia corresponde a los tribunales de aquél país, no advirtiéndose error alguno en la decisión recurrida de declararse de oficio incompetente (art. 10 del Reglamento, de la verificación de la competencia).

Las previsiones contenidas en los aps. d) y e) tampoco permiten atribuir la competencia a los tribunales españoles. Porque ni la demanda de modificación de la pensión de alimentos es accesorio de ninguna acción relativa al estado de las personas o relativa a la responsabilidad parental; Ni concurre la excepción de que la competencia se base únicamente en la nacionalidad de una de las partes ya que la competencia de los tribunales españoles para el enjuiciamiento de esa modificación de alimentos, de conformidad con el art. 22.3º LOPJ, en materia de alimentos, en defecto de los supuestos de sumisión o residencia española del demandado, se atribuye “cuando el acreedor de los mismos (de los alimentos) tenga su residencia habitual en territorio español” [...]

LEY APLICABLE

2013/5.– Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, Sentencia nº 570/2013, de 26 noviembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Silvia Puigbo Rabinad. JUR\2014\18073.

Alimentos entre parientes.– Ley aplicable.– Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007: aplicación de carácter universal.– Aplicación de la Ley española.– Menor nacido en España de padres colombianos nacidos en Colombia.– Sistema plurilegislativo: aplicación del Derecho foral aragonés.

Normas aplicadas: Art. 3 Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias; arts. 16 y 17.1º c) Cc.

[...]

Una vez acreditada la presencia de, al menos, un elemento internacional en la relación jurídica examinada, este Tribunal considera necesario puntualizar que, de conformidad con reiterada jurisprudencia dicha circunstancia, aún por sí sola, resulta suficiente para que la situación deba ser regulada por el Derecho internacional privado español, habida cuenta que el supuesto ha quedado conectado con un país extranjero y toda vez que ello genera un conflicto de leyes. Este es el motivo por el cual ha de rechazarse la aplicación directa del Derecho privado interno, sin el previo recurso a la norma de conflicto, que será la que lleve a cabo la localización de la pretensión en un Estado determinado, cuyo Derecho resolverá el litigio planteado, facilitando la concreta solución sustantiva al supuesto litigioso.

En este orden de consideraciones, la Sala cree conveniente recordar que, conforme a lo previsto en el art. 12.6º Cc, todos los tribunales y autoridades españolas están obligados a aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español, independientemente de que las partes invoquen su aplicación, sin que en ningún caso sea posible prescindir de las mismas para, en su defecto, aplicar el Derecho foral aragonés, tal y como ha hecho en el presente procedimiento el Juzgador de instancia. (la imperatividad de la norma de conflicto es defendida en la actualidad por la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de forma unánime: SAP Málaga 3 marzo 2006, SAP Guipúzcoa 29 junio 2009, entre otras).

En atención a lo expuesto, este Tribunal se encuentra facultado para aplicar de oficio las normas de conflicto correspondientes a la categoría jurídica en la que se encuadran las pretensiones de la parte recurrente, que tratándose de una demanda alimentos serán las que a continuación indicaremos.

Después de examinar los antecedentes del caso concreto, cabe dictaminar que en la actualidad las obligaciones alimentarias se rigen por las normas de conflicto previstas en el Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, que se viene aplicando en nuestro país desde el 18 junio 2011, dado que tanto la demanda como la sentencia apelada son de fecha posterior.

Este Protocolo es de carácter universal, aplicable a las obligaciones alimenticias que derivan de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo las obligaciones alimenticias a favor de un niño con independencia de la situación conyugal de sus padres (arts. 1 y 2 del citado cuerpo legal).

Así, según el art. 3: “Las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, salvo que este Protocolo disponga otra cosa”. Siguiendo este planteamiento, la norma de conflicto que regulará el presente litigio será la que nos remite a la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos, o lo que es lo mismo, a la ley española, ya que es en España donde reside habitualmente el menor.

Pero, al remitir la norma de conflicto convencional a la ley española, de nuevo, surge el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo, que el anterior Convenio resolvía en su art. 16. Este precepto incorporaba una cláusula de remisión indirecta, en virtud de la cual, cuando deba tomarse en consideración la ley de un Estado que, en materia de obligaciones alimenticias, tenga dos o más sistemas jurídicos de aplicación territorial o personal, se aplicará el sistema designado por las normas en vigor en dicho Estado o, en su defecto, el sistema con el cual los interesados estuvieran más estrechamente vinculados. De seguir lo indicado en el precepto de referencia, deberíamos acudir al art. 16 Cc que constituye nuestra norma de solución de conflictos de leyes de Derecho interregional.

No podemos olvidar que el Derecho interregional español, fundamentalmente, utiliza la conexión de la vecindad civil, criterio tradicional de sujeción a un determinado ordenamiento civil, lo que ocasiona importantes inconvenientes cuando nos encontramos con personas de nacionalidad extranjera, en tanto que sólo los españoles pueden ostentar alguna vecindad civil, así como en aquellos supuestos en los que resulte imposible o muy difícil determinar la vecindad civil del sujeto, cuestión ésta que se plantea muy frecuentemente respecto de los españoles no originarios (Sentencia 208/2012 de esta Audiencia Provincial de Zaragoza Sección nº 2, de 20 de abril)

Sin embargo, para el caso que nos ocupa descubrimos que el menor Emiliano nació el ... de 2006 en Zaragoza de padres colombianos nacidos en Colombia. De acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación colombiana hay que concluir que los hijos de colombianos nacidos en el extranjero no adquieren automáticamente por el solo hecho del nacimiento la nacionalidad colombiana, la cual sólo puede adquirirse por un acto posterior. Se da pues la situación de apátrida originaria en la cual la atribución de la nacionalidad española iure soli se impone, art. 17.1º.c) Cc, de forma que, “son españoles de origen los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad”. Y así consta en la anotación al margen de la certificación literal de nacimiento del hijo menor citado. [...]

ARBITRAJE

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

2013/6.— Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 46/2013, de 25 marzo de 2013. Ponente: Ilma. Sra. María Eugenia Alegret Burgues.RJ/2013/5392.

Ludo arbitral pronunciado en el extranjero.— Exequátur.— Competencia del Tribunal Superior de Justicia.— Documentación acreditativa; traducción.— Convenio arbitral: sometimiento a las leyes de California.— Cláusula abusiva: improcedencia.— Inaplicación de las normas rectoras de las condiciones generales de la contratación.— Traducción.— Principio favorable a la ejecución del laudo arbitral.— Exequátur: si.

Normas aplicadas: Arts. II, III y V.2º a) y b) Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 junio 1958; art. 8 LA (versión de la Ley 20/2011, de 20 de mayo).

[...]

La causa de invalidez parece residenciarla la parte oponente en su extenso y disperso escrito de alegaciones en que el convenio se halla inserto en un contrato de adhesión ante el cual nada pudo negociar y haberse encargado la administración del arbitraje a una institución de la que forma parte integrante la sociedad instante y que representa los intereses de los productores de cine norteamericanos.

Estima la demandada que ello atenta contra el orden público y que deben aplicarse las normas contenidas en la LCGC 7/1998 de 13 de abril.

Conforme al art. V.1º CNY: “Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) que el acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia.”

Las partes se sometieron en el convenio a la ley del Estado de California y desde luego nada ha probado la parte demandada sobre que entre dos empresarios de un mismo sector como son las empresas litigantes el sometimiento de las controversias a arbitraje sea nulo conforme a las leyes de dicho Estado cuando la cláusula se halle inserta en un contrato de adhesión. [...]

La aplicación del tratado de NY resulta preferente también en esta materia de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 LCGC a cuyo tenor, y después de indicar que la LCGC debe aplicarse también a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español (tampoco consta acreditado en nuestro caso al haber indicado en el texto del escrito de oposición que la contratación se produce en realidad en Santa Mónica) y tenga en éste su residencia habitual, añade sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales.

Es por ello que no puede aplicarse al caso la LCGC española.

De cualquier forma, aunque así no fuese, y nos hallásemos, como claramente parece, ante contratos concluidos bajo condiciones generales y mediante prestación del consentimiento por adhesión, ello no comportaría automáticamente la nulidad de la cláusula arbitral puesto que la regulación de las cláusulas nulas por abusivas referidas a consumidores (entre las que se encuentran el sometimiento a arbitrajes diferentes a los de consumo ex art. 8.2º LCGC en relación con el art. 8,b) y 90 del Texto refundido de LGDCU de 2007) no pueden ser aplicadas sin más, a las relaciones entre empresarios, como es el caso, ni en consecuencia pueden integrar el orden público nacional (ATSJC 17 noviembre 2011).

Para obtener en Derecho interno –no aplicable como se ha dicho en el presente caso– por tal motivo la nulidad de una condición general habría que combatir o bien las circunstancias de incorporación conforme a los arts. 5 y 7 LCGC, efectivamente aplicables a todo adherente y que tienden a asegurar el conocimiento por parte de éste de la condición general, o bien impugnar el contenido acudiendo a las normas generales de la nulidad contractual según las reglas jurídicas de las obligaciones y contratos (art. 9.2º LA/2003 y art. 7, 1255, 1256, 1258, 1261 y concordantes del Cc), para lo cual debería demostrarse efectivamente la posición de dominio del predisponente y el grave desequilibrio producido en beneficio de éste entre las obligaciones y deberes de las partes.

Cabe recordar cómo el Tribunal Supremo en un asunto similar (ATS 31 mayo 2005) declaró que: [...]

En el sistema español y en el marco de un arbitraje internacional, el orden público es entendido por la mejor doctrina tanto en sentido procesal como material como una garantía de mínimos identificada con los principios del Derecho internacional imperativo y con los valores esenciales de nuestra Constitución. [...]

El árbitro dio a la instada la oportunidad de participar en la designación del árbitro según el Reglamento de la IFTA y de oponerse a las pretensiones de la otra parte; no consta que el árbitro diese o pretendiese dar un tratamiento no igualitario a los litigantes. Wide Pictures SL, permaneció en el proceso en situación de rebeldía intencionada con el fin de oponerse a la ejecución del laudo en España, tal y como advirtió, acabado el trámite de alegaciones, en su única comunicación al árbitro. Tal conducta no se aviene con el principio de buena fe que debe presidir las relaciones contractuales ni por tanto puede ampararse a quien, so pretexto de vulneración del orden público procesal, se opone a lo convenido cuando el laudo le ha resultado adverso. [...]

Recuerda el mismo Auto que siendo cierto que existen casos en los que la institución arbitral está directamente vinculada con los abogados de las partes o con ellas mismas y se impone el arbitraje a empresarios de otros sectores en un paquete de asesoramiento legal, arbitraje y ejecución de la resolución a favor del predisponente, no consta suficientemente acreditado que sea éste uno de estos casos, por lo que el argumento debe decaer.

[SIERRA–AFFINITY, LLC / WIDE PICTURES, S.L.]

2013/7.– Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 45/2013, de 14 noviembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Pasquau Liaño. JUR/2014\80574.

Ludo arbitral pronunciado en el extranjero.– Exequátur.– Duda razonable sobre la existencia de un convenio arbitral o sumisión a arbitraje: improcedencia.– Indefensión: existencia de un plazo breve para contestar a la demanda o para presentar la demanda reconvenzional: improcedencia.– Exequátur: si.

Normas aplicadas: Art. V.1ª b) Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 junio 1958.

[...]

En la notificación a UCS de la demanda arbitral interpuesta por Stemat B.V. no se incluyó la documentación que se adjuntaba con la demanda. Por ello con fecha 12 septiembre 2012, la demandada UCS puso por comunicación de 12 de septiembre esa circunstancia en conocimiento del Tribunal Arbitral y solicitó una prórroga. La demandante, en esa misma fecha, se opuso a la prórroga solicitada y aportó el correo electrónico que había remitido el 24 de agosto tanto al Tribunal arbitral como a UCS, en el que se adjuntaba un pdf con todos los documentos (punto 15 del laudo arbitral). Finalmente, y pese a la oposición de la demandante, el Tribunal arbitral concedió una prórroga de hasta el día 1 octubre 2012 para contestar la demanda.

De estas circunstancias la demandada UCS pretende inferir la existencia de una indefensión, por verse constreñida a preparar y formalizar su contestación a esa demanda en un plazo “excesivamente breve”, particularmente comparado con el plazo de cuatro semanas que se otorgó a la demandante para contestar la contrademanda o demanda reconventional.

La excepción no es atendible. La demandada tuvo el plazo fijado en la normativa procesal del Tribunal de Arbitraje de los Países Bajos o en la Orden procesal nº 1 de 19 julio 2012 (punto 12 del laudo arbitral) cuya extensión no ha sido discutida por la demandada, a cuyo plazo se añadió, para mayor garantía (pese a la invocación de la demandante de haber remitido con antelación la documentación adjunta a la demanda por correo electrónico) una prórroga, que como tal de ninguna manera puede causar indefensión, particularmente porque ni se protestó la extensión de la prórroga concedida, ni se ha acreditado que el volumen y complejidad de la documentación supuestamente no recibida en la notificación inicial exigiera un plazo mayor de dieciocho días para su análisis (desde el 12 de septiembre hasta el 1 de octubre). [...]

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA QUE FIGURA EN UN CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL FABRICANTE Y EL ADQUIRENTE INICIAL DE UN BIEN

Cristian ORÓ MARTÍNEZ *

El Tribunal de Justicia (en adelante, TJ) examina en este asunto la posibilidad de que una cláusula de elección de foro pueda producir efectos respecto de quienes no fueron parte en el contrato en el que dicha cláusula está incluida, pero que posteriormente –por medio de sucesivos contratos de compraventa que conforman una “cadena de contratos”– adquirieron los bienes objeto del contrato en cuestión. El litigio surgió a raíz de unas obras de renovación de un complejo inmobiliario situado en Francia que fueron encargadas por la sociedad francesa SNC Doumer, domiciliada en París. Esta sociedad hizo instalar un sistema de climatización equipado con compresores que habían sido fabricados por la sociedad Refcomp SpA, domiciliada en Italia, y que posteriormente fueron comprados y montados por Climaveneta Spa, también domiciliada en Italia. Las condiciones generales del contrato de compraventa celebrado entre estas dos sociedades italianas contenían la cláusula que dio lugar a la cuestión prejudicial: una cláusula en virtud de la cual las partes acordaban someterse a un órgano jurisdiccional italiano. Posteriormente, los equipos de climatización fueron importados y distribuidos en Francia por la sociedad francesa Liebert (en cuyos derechos se subrogó posteriormente la sociedad Emerson Network Power, también domiciliada en Francia), que los suministró al comprador final, Doumer. El contrato de distribución entre Climaveneta y Liebert/Emerson contenía una cláusula compromisoria que también incidió en el debate procesal ante los órganos jurisdiccionales franceses.

Tras producirse unas averías en los equipos de climatización, la aseguradora de Doumer demandó conjuntamente a Refcomp, Climaveneta y Emerson ante el *tribunal de grande instance* de París. Las dos sociedades italianas impugnaron la competencia judicial internacional de dicho órgano jurisdiccional: Refcomp en base al acuerdo de sumisión a un tribunal italiano contenido en su contrato con Climaveneta; y Climaveneta, por su parte, en base a la cláusula compromisoria incluida en su contrato con Liebert/Emerson. En primera instancia ambas excepciones fueron desestimadas. Sin embargo, en segunda instancia la alegación de Climaveneta relativa a la cláusula compromisoria fue acogida por la *cour d'appel* de París, que en cambio confirmó la desestimación de la excepción planteada por Refcomp en

* Senior Research Fellow. Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law.

base al acuerdo de elección de foro. Refcomp acudió a la *Cour de cassation* para tratar de obtener un pronunciamiento favorable a la eficacia del acuerdo de elección de foro como fundamento de la falta de competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales franceses. Al tener dudas sobre el tratamiento que debía dar a dicho acuerdo de conformidad con el art. 23 RB I, la *Cour de cassation* solicitó que el TJ se pronunciase sobre si una cláusula atributiva de competencia que ha sido pactada entre el fabricante de un bien y el primer comprador produce efectos frente a un subadquirente del bien.

La interpretación del art. 23 RB I llevada a cabo por el TJ para dar respuesta a dicha cuestión descansa en buena medida en los hechos del supuesto concreto, caracterizado por la existencia de una sucesión de contratos de transmisión de la propiedad celebrados entre operadores económicos establecidos en diferentes Estados miembros. La relevancia de esta cadena de contratos deriva de la eficacia que el Derecho francés otorga a las cláusulas de sumisión a un tribunal o a arbitraje contenidas en contratos que se inserten en una de estas cadenas: la posibilidad de invocarlas se transmite de forma automática a los subadquirentes del bien, por ser accesorias del derecho a ejercitar una acción, que es, a su vez, accesorio del derecho sustantivo transmitido. La aplicabilidad de este principio no planteaba problemas en relación con la cláusula compromisoria (por lo que fue acogida la alegación de Climaveneta en virtud de la cual los tribunales franceses carecían de competencia judicial internacional como consecuencia de la cláusula de arbitraje contenida en su contrato con Liebert/Emerson), pero suscitaba dudas en cuanto a la cláusula de elección de foro, por la eventual incidencia del RB I.

El TJ respondió a la cuestión en términos materiales (buscando una solución en la interpretación directa del RB I), y no en términos conflictuales (esto es, tomando en consideración la solución prevista en el Derecho nacional aplicable al contrato que contenía la cláusula de elección de foro). Mientras que el TJ no entró a examinar a fondo esta disyuntiva, el Abogado General sí examinó en sus conclusiones (aps. 31–38) si, a la hora de admitir o descartar la posible eficacia de la cláusula respecto de personas distintas de las que inicialmente acordaron la elección de un determinado órgano jurisdiccional, resultaba más oportuno formular una norma material de interpretación o bien tomar en consideración la respuesta prevista en el Derecho aplicable al contrato. La conclusión del Abogado General fue que la creación de una norma material garantiza un mejor funcionamiento de las reglas de competencia del RB I y evita perder la uniformidad de las soluciones y crear una geometría variable.

El TJ, siguiendo este enfoque material, centra el análisis de la cuestión en el concepto de “acuerdo” a efectos del art. 23 RB I, puesto que ninguno de los requisitos de forma o de fondo expresamente regulados por esta disposición permite responder a la cuestión de la transmisibilidad de la cláusula de elección de foro a terceros respecto del acuerdo inicial (ap. 25). De ahí que el TJ recurra a su propia jurisprudencia relativa al concepto de “acuerdo”, recordando la necesidad de que el juez interno examine si una determinada cláusula ha sido, efectivamente, objeto de un consentimiento manifestado de manera clara y precisa por ambas partes, puesto que la realidad de dicho consentimiento es uno de los objetivos del art. 23 RB I (aps. 27–28). A partir de estas consideraciones, el TJ efectúa un salto lógico en su razonamiento, puesto que sin solución de continuidad pasa a ocuparse del fondo del asunto afirmando que “[d]e lo antedicho se desprende que la cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato sólo puede, en principio, producir efectos entre las partes que prestaron su acuerdo a la celebración de ese contrato. Para que la cláusula pueda invocarse frente a un tercero, es necesario, en principio, que éste haya prestado su consentimiento a ese efecto” (ap. 29). Aun siendo cierta la importancia fundamental de constatar el consentimiento de las partes para que pueda hablarse de “acuerdo”, de ello no se desprenden necesariamente límites a la transmisibilidad de la cláusula. De la jurisprudencia citada por el TJ, relativa a la importancia del respeto de los requisitos de forma como garantes de la existencia de consentimiento para la válida formación del acuerdo, no se desprende ninguna limitación directa a la posterior proyección de los efectos del acuerdo respecto de terceros que vengan a subrogarse, total o parcialmente, en los derechos y obligaciones de las partes del contrato inicial [*Vid.* C. Oró Martínez, “El alcance subjetivo de los acuerdos de elección de foro: el caso (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 1ª) de 7 febrero 2013, asunto C–543/10: Refcomp SpA c. Axa Corporate Solutions Assurance SA y otros)”, *La Ley: UE*, nº 5, 2013, pp. 22–31; REDI–2013–17–Pr y nota de C. Oró Martínez].

Para dar respuesta a la concreta pregunta planteada, el TJ se ve llevado a intentar reconciliar la solución que va a dar al caso *Refcomp* con su propia jurisprudencia relativa a los supuestos en que ha reconocido que el art. 23 RB I no impide que las cláusulas de elección de foro produzcan efectos más allá de las partes que las acordaron inicialmente: ya sea de modo abstracto (caso *Powell Duffryn*) o bien en función de lo que disponga el Derecho interno (doctrina *Tilly Russ/Coreck*). En *Powell Duffryn*, el TJ había establecido que una cláusula de elección de foro inserta en los estatutos de una sociedad produce efectos respecto de un accionista que suscriba dichos estatutos. En *Refcomp*, el TJ subraya que dicha construcción se basó en el carácter contractual de la relación que se establece tanto entre el accionista y la sociedad, como entre los propios accionistas, y recuerda que según dispuso en el asunto *Handte*, la relación entre el fabricante de un bien y el subadquirente no tiene carácter contractual. De ahí deduce que tampoco cabe considerar que en un supuesto como el examinado el subadquirente y el fabricante hayan acordado un tribunal a efectos del art. 23 RB I (aps. 31–33). Así pues, el TJ basa su razonamiento en la posibilidad de que exista un acuerdo entre las dos partes citadas, cuando lo procedente sería establecer no si existe un acuerdo entre estas partes, sino entre las partes del contrato original, y a partir de ahí, si tal acuerdo puede extender su eficacia respecto de terceros (en este caso, el subadquirente).

Por su parte, *Tilly Russ/Coreck* constituye la línea jurisprudencial relativa a la eficacia de las cláusulas de elección de foro incluidas en un conocimiento de embarque. Dichas cláusulas pueden ser invocadas frente a un tercero (el tenedor del conocimiento), distinto de las partes iniciales del acuerdo (el cargador y el porteador), en la medida en que en virtud del Derecho nacional aplicable el tenedor del conocimiento se haya subrogado en los derechos y obligaciones del cargador. Si se da esta última circunstancia, no será necesario verificar que el tenedor haya dado su consentimiento a la cláusula. En cambio, si el Derecho nacional aplicable dispone que no existe tal subrogación por parte del tenedor en los derechos y obligaciones del cargador, el juez deberá verificar la existencia de consentimiento por parte del tenedor. Por lo tanto, la doctrina *Tilly Russ/Coreck* no constituye una regla abstracta de transmisión de las cláusulas de elección de foro, sino vinculada a la solución prevista por el Derecho nacional aplicable: es la normativa rectora del contrato la que determina la posición que pasa a ocupar el tercero respecto de las obligaciones y derechos de las partes iniciales, y en particular, la que establece si se produce una subrogación o no. Sin embargo, en *Refcomp* el TJ obvia este matiz y decide crear una norma material absoluta, desligada de lo que disponga el Derecho nacional aplicable al caso. Así las cosas, la norma material en cuestión dispone que “una cláusula atributiva de competencia pactada en el contrato celebrado entre el fabricante de un bien y el adquirente de éste no puede ser invocada frente al tercero subadquirente que, al término de una sucesión de contratos de transmisión de propiedad celebrados entre partes establecidas en distintos Estados miembros, ha adquirido ese bien y quiere interponer una acción de responsabilidad contra el fabricante, salvo si consta que ese tercero prestó su consentimiento efectivo en relación con esa cláusula en las condiciones mencionadas en [el art. 23 RB I]” (ap. 41).

Esta regla material supone un cambio respecto de la doctrina que se derivaba de la jurisprudencia anterior, a pesar de que el TJ no lo reconoce expresamente. Resulta curioso que en *Refcomp* se justifique la solución material en términos de previsibilidad (ap. 39), puesto que despoja al demandado de las previsiones que hubiera podido tener en cuanto al lugar donde podía verse demandado: al limitar el alcance de la cláusula de elección de foro, el fabricante se ve arrastrado a un tribunal ante el que no podía prever verse demandado, puesto que *a priori* contaba con que los litigios derivados de la venta de su producto se verían circunscritos al tribunal italiano designado en el contrato de compraventa, viéndose en cambio finalmente demandado en Francia. La solución material no es necesariamente negativa; lo preocupante es, no obstante, el hecho de que el TJ cambie de criterio en relación con su jurisprudencia anterior, sin explicitar las razones de dicho cambio. Detrás de ello se intuye una voluntad de ir eliminando la relevancia que el recurso a las normas de DIPr había venido teniendo en el ámbito de la competencia judicial internacional; algo que, constituye una tendencia innegable en relación con el art. 5.1º.b) RB I. La previsión de soluciones materiales sin duda alguna facilita la determinación y utilización de los foros de competencia –y de ahí que soluciones como las del art. 5.1º.b) sean positivas–. Sin embargo, su elaboración pretoriana plantea problemas de previsibilidad y de seguridad jurídica, máxime cuando el TJ es quien se desvía de su propia doctrina, como sucede en *Refcomp*. Similares problemas de previsibilidad y

seguridad jurídica se producen también en relación con el hecho de que la respuesta del TJ sea marcadamente casuística. En efecto, en el fallo mismo de la sentencia se explicita que la doctrina se proyecta sobre las cláusulas insertadas en contratos que formen parte de una cadena de contratos de transmisión de propiedad. Viene con ello a crearse una nueva categoría de supuestos en los que existe jurisprudencia relativa a la posibilidad de extender o no la eficacia subjetiva de las cláusulas de elección de foro, hasta ahora prevista en materia de seguros (con diferenciación basada en si la extensión favorece o no al beneficiario del contrato de seguro), en materia societaria y en materia de conocimientos de embarque. Este acercamiento casuístico no resulta seguramente la opción preferible para establecer un régimen comprensible en relación con el art. 23 RB I, especialmente considerando que la coherencia de estas distintas líneas jurisprudenciales entre sí es más que discutible.

2013/8.– Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 7 febrero 2013. Asunto C-543/10. Ponente: M. Berger.

Cooperación judicial en materia civil.– Competencia judicial en materia civil y mercantil.– Reglamento (CE) n° 44/2001.– Interpretación del art. 23.– Cláusula atributiva de competencia que figura en un contrato celebrado entre el fabricante y el adquirente inicial de un bien.– Contrato que forma parte de una cadena de contratos de transmisión de la propiedad.– Oponibilidad de esta cláusula frente al subadquirente del bien.

Normas aplicadas: Art. 23 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

24. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente trata de saber, en esencia, si el art. 23 del Reglamento debe interpretarse el sentido de que una cláusula atributiva de competencia pactada en el contrato celebrado entre el fabricante de un bien y el comprador de éste puede invocarse frente al subadquirente tercero que, al final de una cadena de contratos de transmisión de propiedad celebrados entre partes establecidas en distintos Estados miembros, ha adquirido ese bien y quiere interponer una acción de responsabilidad contra el fabricante. [...]

34. Ciertamente, el Tribunal de Justicia también ha admitido, en materia de contratos de transporte marítimo, que una cláusula atributiva de competencia incluida en un conocimiento de embarque puede ser invocada frente un tercero a ese contrato siempre que haya sido reconocida su validez por el cargador y el porteador y que, en virtud del Derecho nacional aplicable, el tenedor del conocimiento, al adquirirlo, se haya subrogado en los derechos y obligaciones del cargador (véanse SS 19 junio 1984, Tilly Russ, 71/83, ap. 24; Castelletti, ap. 41, y de 9 noviembre 2000, Coreck, C-387/98, aps. 23 a 27). En ese caso, no es necesario que el órgano jurisdiccional remitente compruebe si ese tercero prestó su consentimiento a la cláusula.

35. Sin embargo, el alcance de esta jurisprudencia debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza muy particular del conocimiento que, como explicó el Abogado General en el ap. 54 de sus conclusiones, es un instrumento del comercio internacional destinado a regir una relación que implica al menos a tres personas, a saber, el transportista marítimo, el que expide las mercancías o cargador y el destinatario de las mercancías. En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que concuerdan en este tema, el conocimiento constituye un título negociable que permite a su titular ceder las mercancías, mientras están en camino, a un adquirente que se convierte en titular de todos los derechos y obligaciones del cargador con respecto al transportista.

36. Como consecuencia de esa relación de sustitución entre el tenedor del conocimiento y el cargador, el Tribunal de Justicia consideró que, en virtud de la adquisición del conocimiento, el tenedor está vinculado por la prórroga de competencia (véase, en este sentido, la sentencia Tilly Russ, ap. 25). En sentido inverso, cuando el Derecho nacional aplicable no prevé esa relación de sustitución, el órgano

jurisdiccional competente debe comprobar la realidad del consentimiento de ese tercero a la cláusula atributiva de competencia (sentencia Coreck, ap. 26).

37. Sin embargo, en una cadena de contratos de transmisión de la propiedad, la relación de sucesión entre el adquirente inicial y el subadquirente no puede reconducirse a la transmisión de un contrato único, sino al conjunto de derechos y obligaciones que se prevén. En ese supuesto, las obligaciones contractuales de las partes pueden variar de un contrato a otro, de modo que los derechos contractuales que el subadquirente puede invocar frente a su vendedor inmediato no son necesariamente los mismos que los asumidos por el fabricante en sus relaciones con el primer comprador (sentencia Handte, ap. 17).

38. Por otra parte, en cuanto a los efectos de la cesión del conocimiento a un tercero, no existe una concordancia de los ordenamientos jurídicos nacionales, en los que parece que las relaciones entre fabricante y subadquirente reciben un trato distinto en los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia Handte, ap. 20).

39. En tales circunstancias, remitir al Derecho nacional, como han sugerido Refcomp y los Gobiernos alemán y español, la apreciación de la oponibilidad al subadquirente de la cláusula atributiva de competencia incluida en el contrato inicial entre el fabricante y el primer adquirente generaría soluciones divergentes entre los Estados miembros, lo que podría menoscabar el objetivo de unificación de las normas de competencia judicial que establece el Reglamento, como se desprende del segundo considerando de éste. Tal remisión al Derecho nacional ocasionaría también incertidumbres incompatibles con la preocupación por garantizar la previsibilidad en materia de competencia judicial, que es uno de los objetivos del Reglamento, como recuerda su décimo primer considerando.

40. Por consiguiente, es preciso volver a la norma general, recordada en el ap. 21 de la presente sentencia, según la cual el concepto de “acuerdo atributivo de competencia” debe interpretarse como un concepto autónomo y dar plena aplicación al principio de autonomía de la voluntad, sobre el que se basa el art. 23, ap. 1, del Reglamento.

41. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión que el art. 23 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que una cláusula atributiva de competencia pactada en el contrato celebrado entre el fabricante de un bien y el adquirente de éste no puede ser invocada frente al tercero subadquirente que, al término de una sucesión de contratos de transmisión de propiedad celebrados entre partes establecidas en distintos Estados miembros, ha adquirido ese bien y quiere interponer una acción de responsabilidad contra el fabricante, salvo si consta que ese tercero prestó su consentimiento efectivo en relación con esa cláusula en las condiciones mencionadas en dicho artículo.

[REFCOMP SPA Y AXA CORPORATE SOLUTIONS ASSURANCE SA, AXA FRANCE IARD,
EMERSON NETWORK, CLIMAVENETA SPA]

CONCEPTOS DE “MATERIA CONTRACTUAL” Y DE “CONTRATO CELEBRADO POR EL CONSUMIDOR” EN EL REGLAMENTO BRUSELAS I

Fernando ESTEBAN DE LA ROSA *

1. Por su especial complejidad, la materia cambiaria es quizás una de las más esquivas para su tratamiento por parte del Derecho internacional privado. La inexistencia de una regulación cambiaria propiamente europea, la coexistencia en su lugar, de sistemas estatales cambiarios que responden a los diferentes modelos que se han ido gestando, y la posibilidad de descubrir particularismos incluso dentro

* Profesor titular de DIPr (acreditado a Catedrático), de la Universidad de Granada.

de sistemas que responden a un mismo modelo no facilitan el tratamiento uniforme de las cuestiones de competencia judicial internacional que surgen en ese ámbito. El carácter abstracto que en ocasiones puede quedar atribuido a una obligación cambiaria respecto de la obligación subyacente, el rigor formal que suele acompañar, por necesidad, para determinar el válido surgimiento de la obligación, la calificación no siempre de tipo contractual que corresponde en algunos sistemas estatales a las obligaciones cambiarias sin causa, la posibilidad de reconocer cierto dualismo en el tratamiento de estas obligaciones, mediante la distinción entre relaciones *inter-partes* y relaciones entre terceros respecto de un mismo título cambiario, la posibilidad también, a pesar del rigorismo formal, de conceder validez a un título incompleto que puede ser completado en un momento posterior a la emisión, incluso por un tercero, o igualmente la existencia de reglas materiales especiales para la determinación del lugar de pago respecto de los documentos cambiarios, con problemas de calificación alternativa para estos casos son, todos ellos, aspectos que pueden influir sobre las soluciones de competencia judicial internacional.

2. A diferencia del Convenio de Roma de 19 junio 1980, que excluye esta materia de su ámbito de aplicación, el Convenio de Bruselas de 1968 no consideró la problemática especial de la materia cambiaria, ni para incluirla o excluirla del alcance de alguno de sus foros, ni tampoco para establecer reglas especiales. Las reclamaciones judiciales relativas a letras de cambio, cheques y pagarés han venido encontrando acomodo en los foros generales del domicilio del demandado y de la sumisión, expresa y tácita. Más allá de este dibujo, las indefiniciones del sistema hasta ahora solo han podido ser colmadas a través de propuestas doctrinales, como las muy fundamentadas que realizó en su momento el profesor S. Sánchez Lorenzo (*Derecho aplicable al cheque en el comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 261–264).

3. El interés de la decisión comentada radica en que se trata de la primera ocasión en la que el TJ se pronuncia sobre la aplicación de los foros de competencia internacional con que cuenta el RB I a obligaciones de tipo cambiario. Vid. F. Esteban de la Rosa, “Las obligaciones derivadas de pagarés ante el sistema europeo de competencia judicial internacional: propuestas de solución alternativa frente a los excesos de la interpretación autónoma”, *La Ley: UE*, nº 5, 2013, pp. 32–44; REDI 2013–18–Pr y nota de C.M. García Mirete). El Tribunal responde a dos cuestiones prejudiciales que incluyen tres problemas diferentes: la posibilidad de invocar el foro de protección de los consumidores del art. 15 del RB I por parte del avalista que prestó garantía personal del cumplimiento del pagaré; la posibilidad de incluir la obligación del avalista en el ámbito de la materia contractual a que se refiere el art. 5.1º del RB I y, por tanto, de utilizar este foro para exigir el cumplimiento de una obligación cambiaria; y el modo que ha de seguirse para determinar el lugar de pago cuando éste no ha sido pactado expresamente en el título valor, habiendo sido completada esta mención con posterioridad a su emisión.

4. En su fundamentación, el TJ mantiene una línea continuista que resulta coherente con la abundante jurisprudencia previa recaída. La interpretación autónoma de los conceptos empleados por el RB I, la interpretación estricta del foro especial para los contratos de consumo como regla que supone una excepción al foro general del domicilio del demandado, la necesidad de descubrir un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra como determinante de la inclusión en la materia contractual, o la determinación del lugar de pago a través del acuerdo entre las partes, son criterios que no comportan novedad. De los tres pronunciamientos que contiene la sentencia objeto de este comentario destaca el relativo a la caracterización como materia contractual de la obligación cambiaria que sirve de base a la demanda. Respecto del resto de los problemas planteados creemos que se ha perdido una buena oportunidad para establecer un equilibrio adecuado entre la necesidad de aplicar de manera uniforme los foros de competencia internacional del RB I, y conceder un tratamiento satisfactorio, también en el ámbito de la competencia internacional, a la caracterización especial de las obligaciones cambiarias. Pero veamos porqué adelantamos esta opinión a la vista de los hechos y cuestiones planteadas.

5. El 28 abril 2004, la sociedad Feichter – CZ s.r.o. (en lo sucesivo, “sociedad Feichter”), con domicilio en Brno (República Checa), emitió, también en Brno, un pagaré en blanco a favor de Česká spořitelna, sociedad con domicilio social en Praga (República Checa). El pagaré, firmado en nombre de

la sociedad Feichter por su gerente, el Sr. Feichter, fue emitido para garantizar obligaciones asumidas por dicha sociedad en virtud de un contrato de crédito en cuenta corriente celebrado entre la mencionada sociedad y Česká spořitelna en la misma fecha. El Sr. Feichter, con domicilio en Austria, además firmó como persona física el pagaré en el anverso, con la mención “por aval”. Los detalles relativos al importe pagadero a la fecha de vencimiento y al lugar de pago del pagaré fueron completados por Česká spořitelna con arreglo a un acuerdo relativo a la adición de los datos que faltaban, concluido en la misma fecha. El pagaré así completado contenía una promesa incondicional de la sociedad Feichter de pagar, el 27 mayo 2008, en Praga, la cantidad de 5.000.000 de CZK a la orden de Česká spořitelna. En la fecha de vencimiento, el pagaré se presentó en el lugar del pago, es decir, Praga, pero su pago no fue atendido. En esta situación Česká spořitelna entabló una acción ante el Městský soud v Praze (Tribunal municipal de Praga) dirigida a obtener del Sr. Feichter el pago del importe de 5.000.000 de CZK resultante de la suscripción del pagaré, más un interés anual del 6 % sobre dicha cantidad, a partir del 28 junio 2008 y hasta el momento del pago, así como una comisión de 16.666 CZK por el pagaré. En dicho procedimiento, el Sr. Feichter opuso la excepción de incompetencia del Městský soud v Praze, aduciendo su residencia en Austria. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si su competencia debe determinarse según las normas en materia de contratos celebrados por los consumidores. A este respecto, suscita la cuestión de si se cumplen los requisitos del art. 15, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001 y en particular si el derecho que se deriva del pagaré controvertido en el litigio principal, que el tenedor invoca frente al avalista, puede calificarse de contractual en el sentido de dicho artículo. En caso afirmativo, los órganos jurisdiccionales austriacos serían competentes para conocer del litigio principal, dado que, según el art. 16, ap. 2, del mencionado Reglamento, la acción entablada contra un consumidor sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliado el consumidor. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta asimismo si es posible, en el presente caso, determinar la competencia conforme al art. 5.1º letra a) Reglamento nº 44/2001. A este respecto, suscita, por una parte, la cuestión de si los derechos derivados del pagaré controvertido en el asunto principal pueden calificarse de derechos contractuales en el sentido del art. 5.1º letra a) Reglamento nº 44/2001, pese a que, según el Derecho checo, el pagaré es un título valor de carácter abstracto que no es de naturaleza contractual, aun cuando materialice el contenido de un contrato. Por otra parte, dicho órgano jurisdiccional se pregunta si, en el presente caso, se trata de una obligación libremente aceptada, dado que el concreto lugar del pago no se determinó ni en el pagaré ni en el acuerdo relativo a la adición de los datos que faltaban. En efecto, aunque este último acuerdo otorgaba a Česká spořitelna el derecho a inscribir en el pagaré los elementos que faltaban respecto al lugar del pago, no preveía criterios que permitieran determinar que se trataba precisamente de la ciudad de Praga. El órgano jurisdiccional remitente subraya que no puede descartarse que la inclusión del lugar del pago en el pagaré condujera a la infracción del mencionado acuerdo o que dicho acuerdo fuera nulo debido a su vaguedad, en cuyo caso sería difícil estimar que la obligación de que se trata fue libremente aceptada.

6. En lo que se refiere a la primera cuestión planteada, el razonamiento del TJ resulta en apariencia impecable pues la vinculación de la actuación del gestor que avala el pagaré con su actividad profesional ha de impedir considerar que estemos en presencia de un contrato completamente desvinculado respecto de todo tipo de actividad o finalidad profesional. No obstante, es posible observar que la argumentación empleada pasa completamente por alto un elemento jurídico propiamente cambiario, como es el carácter abstracto de la obligación que sirve de base a la demanda. Aunque este elemento es manejado tanto por la Abogado General como por el TJ, en ninguna ocasión es considerada su relevancia en el ámbito de la competencia judicial internacional. La fundamentación que ofrece el TJ, que consiste en revisar si en la relación subyacente se cumplen o no los requisitos que determinan la aplicabilidad del foro especial de los contratos celebrados por los consumidores, resulta incompatible con la esencia de la obligación abstracta, provocando una inopinada *causalización* o *descambiarización* de la obligación. Aunque no existe un Derecho europeo de las obligaciones cambiarias, es un lugar común en los sistemas cambiarios de los países europeos, sobre todo de los que responden al modelo germánico, que las obligaciones cambiarias pueden tener esta caracterización abstracta, lo que comporta que quede ostensiblemente limitada la posibilidad de invocar, respecto del ejercicio de una acción, excepciones basadas en las

relaciones personales entre las partes. No es difícil afirmar que ello ocurre cuando la existencia de una relación de consumo entre dos partes del título cambiario puede ser esgrimida para prevalecer el consumidor del foro de competencia judicial internacional especial. Las consideraciones en las que entra el TJ que están relacionadas con la verificación del carácter profesional de la actividad o finalidad, sea de profesional o de consumo, habrían de dejar de poder ser invocadas en presencia de una obligación cambiaria abstracta. Dicha invocación ha de quedar expedita, en cambio, cuando el régimen de la obligación cambiaria permite tomar en consideración las circunstancias presentes en la relación subyacente. La oportunidad o no de este análisis, habría de venir dada a través de una calificación *lege causae*, operación que no resulta extraña a la operativa general para determinar la competencia judicial internacional, que como se sabe exige también el recurso a normas de Derecho internacional privado para la determinación del lugar de ejecución del contrato en el foro del art. 5.1º RB I. Se trata de una operación que, con muy buen criterio, ha sido también propuesta desde la doctrina española para la determinación de la inclusión en la materia contractual de las obligaciones asumidas por terceros que no forman parte de la relación contractual originaria (R. Arenas García, “La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 393–415, esp. pp. 409–410).

7. El pronunciamiento de mayor interés es el atinente a la consideración de la obligación cambiaria abstracta como incluida en el ámbito de la materia contractual a que se refiere el foro del art. 5 punto 1 del RB I. A esta conclusión el TJ llega a través de la argumentación habitual: interpretación autónoma y existencia de un compromiso libremente asumido por las partes. En la argumentación que lleva a cabo el TJ en los aps. 48, 49 y 50, no se destila el mejor análisis jurídico. Esto es fácil de observar tanto en la mezcla, difícil de justificar desde el Derecho cambiario, que se hace entre el tratamiento de la obligación cambiaria y la obligación subyacente (ap. 49), como en la extraña consideración que le merece al TJ el hecho de encontrarse en presencia de un título en blanco (ap. 50) y su repercusión sobre la inclusión de la obligación en cuestión en el ámbito de la materia contractual. Sin lugar a dudas, en ausencia de un foro especial para la materia cambiaria en el RB I el foro especial en el que de forma más idónea pueden quedar incluidas esta clase de obligaciones es el de la materia contractual, y el lugar de pago, como lugar de cumplimiento de la obligación, será en la mayoría de las ocasiones un foro que revele la proximidad exigida para atribuir competencia judicial internacional a los tribunales de ese país. Con todo, en la argumentación del TJ se echa en falta una fundamentación de corte distinto, que podría haber puesto de relieve la diversidad de calificaciones que reciben los diferentes tipos de obligaciones cambiarias en los diferentes Estados miembros, tanto de tipo contractual como de naturaleza extracontractual, llevando a cabo un análisis de Derecho comparado sobre la cuestión, en el modo que se ha solía hacer con anterioridad. Este análisis habría quedado justificado a la vista de que no existe un Derecho cambiario propiamente europeo. El informe Giuliano Lagarde explicativo del convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales bien que se hizo eco de estas dificultades de calificación (OJ C 282 31.10.1980, pp 0001–0050).

8. Sea como fuere, una vez situados en esta calificación contractual, los reproches mencionados deben dejar paso a la enumeración de las ventajas de la calificación contractual hallada; en primer lugar, el TJ proporciona a las partes un foro adicional, respecto del foro del domicilio del demandado, que resulta especialmente idóneo para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de letras de cambio, pagarés y cheques, pues el destino natural de estos instrumentos no es otro que ser pagados en un lugar determinado; en segundo lugar, a través de la interpretación autónoma alcanzada se hace posible evitar la necesidad de una calificación *ex lege causae* que podría poner en serio riesgo la pretensión de aplicar de manera uniforme las disposiciones del RB I en los diferentes Estados miembros de la UE. La calificación material contractual que ha sido alcanzada por el TJ tiene la ventaja de que servirá para garantizar la aplicación uniforme del RB I respecto de las obligaciones cambiarias, cualquiera que sea la legislación aplicable a la obligación cambiaria, y cualquiera que sea la calificación que estas obligaciones reciban en cada Estado Miembro; en tercer lugar, resulta de especial interés que esta calificación contractual haya sido alcanzada respecto de una obligación cambiaria que puede llegar a ser exigida por un

tercero en su condición de tenedor del pagaré, lo que abre el camino para la consideración como materia contractual de las obligaciones cambiarias abstractas exigidas entre terceros que no tienen una relación directa entre sí, lo que contribuye a disipar dudas respecto de la consideración como materia contractual de las situaciones de compromisos que no han sido asumidos directamente entre las partes. Queda no obstante por ver si la calificación contractual que ha sido alcanzada en esta ocasión servirá para todas las obligaciones cambiarias, incluidas las derivadas del enriquecimiento injusto en aquellos casos en el que el tenedor del título ha perdido las acciones de regreso propiamente cambiario. Esta decisión puede ser el fundamento a favor de esta interpretación.

9. La particularidad del caso planteado ante el TJ en lo que se refiere al lugar de cumplimiento de la obligación cambiaria radica en que el pagaré, cuando fue emitido, no contenía la indicación del lugar en que debía ser pagado, y dicha indicación, al igual que otras menciones, fue incluida con posterioridad, sin que se sepa, dice el TJ en el ap. 50 de la decisión, si se hizo contraviniendo o no un acuerdo extracambiario. En esta situación, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si para determinar ese lugar debe tomar únicamente en consideración los elementos que figuran en el pagaré o también los elementos contenidos en el acuerdo relativo a la adición de los datos que faltaban. La argumentación que dedica el TJ a esta cuestión comienza de un modo muy previsible y a la vez muy correcto. Como expresa el ap. 54 de la decisión, “el lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación se determina con arreglo a la ley por la que se rige dicha obligación según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del litigio”. A partir de aquí el discurso del TJ se hace más difícil de seguir, pues el silogismo queda roto. En la primera el TJ invoca la importancia que los ordenamientos jurídicos nacionales otorgan generalmente a la voluntad de las partes en materia de contratos, e indica que cuando la ley aplicable permite a las partes contratantes designar el lugar de cumplimiento de una obligación, el acuerdo sobre el lugar de cumplimiento de la obligación basta para anclar en el mismo lugar la competencia judicial internacional (ap. 55). En la segunda, se afirma que “habida cuenta de que el lugar de cumplimiento de la obligación controvertida en el litigio principal se indica expresamente en el pagaré, el órgano jurisdiccional remitente está obligado, en la medida en que el Derecho aplicable permite esa elección del lugar de cumplimiento de la obligación, a tener en cuenta dicho lugar para determinar el órgano jurisdiccional competente con arreglo al art. 5, punto 1 letra a) del Reglamento” (ap. 57). El lector habrá apreciado que la fundamentación utilizada no solo produce que el silogismo quede roto, sino que además queda incontestada la cuestión planteada por el juez remitente. El TJ pretende aplicar, si se nos permite con calzador, la doctrina establecida por el TJ relativa a la determinación pactada del lugar de cumplimiento de la obligación al caso de las obligaciones cambiarias. Si esta operación resulta ya difícil respecto de los títulos cambiarios que contienen desde su inicio todas sus menciones, resulta más ardua aún si cabe cuando el título ha sido completado con posterioridad a su emisión. Cuando alguien libra un pagaré, lo cumplimenta y lo entrega al tenedor habiendo fijado en él el lugar de pago, ya con dificultad podrá entenderse que la indicación del lugar de pago ha sido pactada entre las partes. Con todo, cabría llegar a imaginar que la emisión del pagaré con determinadas menciones, entre ellas la relativa al lugar de pago, habría sido pactada, lógicamente solo entre el librador y el primer tenedor del pagaré, al determinar la emisión del pagaré el cumplimiento de otra prestación por la otra parte. Sin embargo, si el título ha sido emitido como incompleto, y falta la indicación del lugar de pago, considerar que el lugar indicado en el pagaré, que se ha completado con posterioridad a su emisión, quizás por el tercer tenedor, es el producto del pacto entre las partes, es tentar demasiado a la imaginación.

10. De nuevo vuelve el TJ a forzar en demasía la interpretación ganada a través de otras decisiones referidas a la materia contractual. Un enfoque alternativo, más atento a la consideración cambiaria de la obligación, sería bien distinto. La indicación del lugar de pago que se encuentra en el título puede depender del acuerdo a que hayan llegado las partes en el momento de la emisión, pero la eficacia como lugar de pago de un lugar indicado con posterioridad a la emisión del título no depende tanto de dicho acuerdo como de lo que pueda ser decidido por el Derecho aplicable a la obligación cambiaria concreta del deudor. Respecto de esta cuestión, cada sistema cambiario decide en qué casos el completamiento del pagaré resulta o no oponible al deudor. Si el Derecho aplicable a esta cuestión es el checo, el art. 10

de la Ley nº 191/1950 dispone que “cuando un pagaré, incompleto en el momento de su emisión, se hubiese completado contrariamente a los acuerdos celebrados, el incumplimiento de estos acuerdos no podrá alegarse contra el tenedor, a menos que éste haya adquirido la letra de mala fe o con culpa grave”.

11. A la vista de los resultados inadecuados que produce estirar de este modo las interpretaciones autónomas alcanzadas por el TJ respecto de otras cuestiones, al efecto de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, creemos que habría sido más satisfactorio continuar la senda que inicia el TJ en su ap. 54, sometiendo la determinación de dicho lugar a lo dispuesto por la ley aplicable a los efectos de la obligación cambiaria. El hecho de que en muchos Estados miembros de la UE estén vinculados por la unificación ginebrina en materia de letras de cambio, cheques y pagarés, y que existan normas de conflicto en dicha unificación, habría de facilitar la aplicación uniforme del RB I.

12. La primera incursión que ha realizado el TJ al interpretar los foros de competencia judicial internacional disponibles para las obligaciones cambiarias revela luces y sombras. Luz en cuanto a la consideración de esta clase de obligaciones como incluidas en la materia contractual, con las numerosas ventajas mencionadas. Pero también sombras, pues respecto de las cuestiones analizadas en primer y tercer lugar, la utilización de la interpretación autónoma arroja resultados inadecuados para la caracterización cambiaria de las obligaciones en presencia. Pese a sus buenos resultados, la interpretación autónoma tampoco es una panacea, pues en ocasiones, tal y como ocurre en las situaciones del Derecho cambiario que han sido descritas, forzar en demasía llega a producir resultados inadecuados. Ello se ve con claridad a la vista de la incompatibilidad entre la esencia de una obligación cambiaria abstracta con la posibilidad de invocar la relación de consumo subyacente, e igualmente cuando se intenta considerar que el lugar indicado en un pagaré incompleto en el momento de la emisión representa el pacto al que han llegado las partes. En nuestra opinión, el mejor tratamiento para estas situaciones pasaría por concederles una calificación *lege causae*, como solución que se muestra más respetuosa con la caracterización propia de las obligaciones cambiarias.

2013/9.– Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 14 marzo 2013. Asunto C-419/11. Ponente: M. Ilešič.

Reglamento (CE) nº 44/2001.– Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: Arts. 5.1º letra a), y 15, ap. 1.– Conceptos de “materia contractual” y de “contrato celebrado por el consumidor”.– Pagaré.– Aval.– Garantía de un contrato de crédito.

Normas aplicadas: Arts. 5.1º letra a), y 15, ap. 1, del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

24. *Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 15, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001 es aplicable a efectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional mediante la cual el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro. [...]*

35. *Pues bien, es preciso estimar que, en circunstancias como las del litigio principal, no se cumple el requisito de la existencia de un consumidor en el sentido del art. 15, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001.*

36. *En efecto, consta que el avalista en el litigio principal se ofreció como garante de obligaciones de la sociedad de la que es gestor y en la cual posee una participación mayoritaria.*

37. Por tanto, aunque la obligación del avalista tenga un carácter abstracto y, en consecuencia, sea independiente de la obligación del emisor de la que es garante, lo cierto es que, tal como señaló la Abogado General en el punto 33 de sus conclusiones, el aval de una persona física otorgado en el marco de un pagaré emitido para garantizar las obligaciones de una sociedad mercantil no puede considerarse otorgado fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional si esa persona física tiene estrechos vínculos con dicha sociedad, como su gestión o una participación mayoritaria en ella.

38. En cualquier caso, la mera circunstancia de que el avalista sea una persona física no basta para determinar su condición de consumidor en el sentido del art. 15, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001.

39. En estas circunstancias, no es necesario examinar si se cumplen los otros dos requisitos para la aplicación de dicho artículo.

40. De las anteriores consideraciones se desprende que procede responder a la primera cuestión que el art. 15, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que tiene estrechos vínculos profesionales con una sociedad, como su gestión o una participación mayoritaria en ella, no puede considerarse consumidor en el sentido de dicha disposición cuando avale un pagaré emitido para garantizar las obligaciones asumidas por esta sociedad en virtud de un contrato relativo a la concesión de un crédito. Por consiguiente, esta disposición no es aplicable a afectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional mediante la cual el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro.

Sobre la segunda cuestión

41. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 5.1º letra a) Reglamento nº 44/2001 es aplicable a afectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional mediante la cual el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro. [...]

51. De ello se sigue que la relación jurídica entre el tenedor y el avalista de un pagaré, incompleto en el momento de su emisión y completado posteriormente, está comprendida en el concepto de “materia contractual”, en el sentido del art. 5.1º letra a) Reglamento nº 44/2001.

52. En segundo lugar, procede aclarar el sentido del concepto de “lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda” a efectos de dicha disposición.

53. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en particular, si, para determinar ese lugar, debe tomar únicamente en consideración los elementos que figuran en el pagaré o también los elementos contenidos en el acuerdo relativo a la adición de los datos que faltaban.

54. Cabe recordar, por un lado, que el concepto de “obligación” contenido en el art. 5.1º letra a) Reglamento nº 44/2001, se remite a la obligación que deriva del contrato y cuyo incumplimiento se hubiere alegado para justificar la acción judicial (véanse por analogía, en particular, las SS 6 octubre 1976, De Bloos, 14/76, ap. 13; 15 enero 1987, Shenavai, 266/85, ap. 9, y 19 febrero 2002, Besix, C-256/00, ap. 44) y, por otra parte, que el lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación se determina con arreglo a la ley por la que se rige dicha obligación según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del litigio (véanse por analogía, en particular, SS 6 octubre 1976, Industrie Tessili Italiana Como, 12/76, ap. 13; de 28 septiembre 1999, GIE Groupe Concorde y otros, C-440/97, ap. 32, y Besix, aps. 33 y 36).

55. Por lo demás, habida cuenta de la importancia que los ordenamientos jurídicos nacionales otorgan generalmente a la voluntad de las partes en materia de contratos, cuando la ley aplicable permite a las partes contratantes, con sujeción a los requisitos por ella establecidos, designar el lugar de cumplimiento de una obligación, el acuerdo sobre el lugar de cumplimiento de la obligación basta para anclar en el mismo lugar la competencia judicial en el sentido del art. 5.1º letra a) Reglamento nº 44/2001

(véase, por analogía, S 17 enero 1980, Zelger, 56/79, ap. 5; S 20 febrero 1997, MSG, C-106/95, ap. 30, y GIE Groupe concorde y otros, ap. 28).

56. No obstante, procede señalar que, aunque las partes tienen libertad para acordar un lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales, ello no les permite fijar, con la única finalidad de determinar un fuero competente, un lugar de cumplimiento que no tenga ningún vínculo efectivo con la realidad de la relación contractual y en el que no pudieran cumplirse las obligaciones derivadas de dicha relación con arreglo a sus términos (véase, en este sentido, la sentencia MSG, ap. 31).

57. En el presente caso, habida cuenta de que el lugar de cumplimiento de la obligación controvertida en el litigio principal se indica expresamente en el pagaré, el órgano jurisdiccional remitente está obligado, en la medida en que el Derecho aplicable permite esa elección del lugar de cumplimiento de la obligación, a tener en cuenta dicho lugar para determinar el órgano jurisdiccional competente con arreglo al art. 5.1º letra a) Reglamento nº 44/2001.

58. En estas circunstancias, procede responder a la segunda cuestión que el art. 5.1º letra a) Reglamento nº 44/2001 es aplicable a afectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional mediante la cual el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro.

[ČESKÁ SPOŘITELNA, A.S. Y GERALD FEICHTER]

DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL EN CASO DE PARTICIPACIÓN TRANSFRONTERIZA DE VARIAS PERSONAS EN UN MISMO ACTO ILÍCITO

2013/10.— Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 16 mayo 2013. Asunto C-228/11. Ponente: M. Safjan.

Cooperación judicial en materia civil.— Competencias especiales en materia delictual o cuasidelictual.— Participación transfronteriza de varias personas en un mismo acto ilícito.— Posibilidad de determinar la competencia territorial en función del lugar del acto realizado por otro autor del daño distinto del demandado (“*wechselseitige Handlungsortzurechnung*”).

Normas aplicadas: Art. 5.3º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

19. Mediante su cuestión, el tribunal remitente pretende sustancialmente que se dilucide si el art. 5.3º Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que permite determinar, en virtud del lugar del hecho generador imputado a uno de los presuntos autores de un daño, que no es parte en el litigio, una competencia jurisdiccional frente a otro presunto autor de dicho daño que no actuó en el ámbito competencial del órgano jurisdiccional que conoce. [...]

29. A este respecto, debe señalarse que la cuestión planteada no se refiere a la identificación del lugar donde se ha producido el daño, sino, como puso de manifiesto el Abogado General en el punto 40 de sus conclusiones, a la interpretación del concepto de “lugar en el que se ha producido el hecho causante” en una situación en la que la persona jurídica demandada ante el tribunal remitente no lo es por un hecho que realizara en el ámbito competencial de ese órgano jurisdiccional, sino por el supuestamente realizado por otro.

30. Pues bien, en unas circunstancias como las descritas en la resolución de remisión, en las que sólo se demanda a uno de los varios presuntos autores de un daño alegado ante un órgano jurisdiccional en cuyo ámbito competencial no actuó, falla por principio el criterio de conexión basado en la actuación del demandado.

31. En estas circunstancias, para poder reconocerse competente a tenor del art. 5.3º Reglamento nº 44/2001, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto tendría que determinar por qué se debería considerar, no obstante, que el hecho causante tuvo lugar en su ámbito competencial. Pues bien, ello exigiría, ya en la fase de examen de la competencia, una apreciación análoga a la que se debe efectuar para examinar el fondo del litigio.

32. En efecto, se plantearía en concreto la cuestión de en qué circunstancias, ante una pluralidad de autores, cabe imputar las actuaciones de uno de ellos a los demás para poder demandar a éstos ante el órgano jurisdiccional en cuyo ámbito competencial tuvieron lugar esas actuaciones. Pues bien, al no existir un concepto común a los ordenamientos jurídicos nacionales y de la UE que permita tal imputación, el órgano jurisdiccional que conoce se inspiraría probablemente en su Derecho nacional.

33. Esto se pone de relieve por el hecho de que el criterio de conexión alternativo al del lugar del hecho generador realizado por otro que el tribunal remitente baraja a tal efecto se inspira en una norma del Derecho alemán en materia de responsabilidad civil, a saber, el art. 830 del Código civil.

34. Pues bien, el uso de conceptos jurídicos nacionales en el marco del Reglamento nº 44/2001 generaría soluciones divergentes entre los Estados miembros, lo que podría menoscabar el objetivo de unificación de las normas de competencia judicial que establece dicho Reglamento, como se desprende del segundo considerando de éste (véase, por analogía, S 7 febrero 2013, Refcomp, C-543/10, ap. 39).

35. Por otra parte, una solución que consistiese en supeditar la identificación del punto de conexión a criterios de apreciación procedentes del Derecho material nacional sería contraria al objetivo de seguridad jurídica dado que, en función del Derecho aplicable, la actuación de una persona en un Estado miembro distinto al del órgano jurisdiccional que conoce podría ser calificada o no como hecho causante para atribuir la competencia en virtud del art. 5.3º Reglamento nº 44/2001. En efecto, esta solución no permitiría al demandado prever razonablemente el órgano jurisdiccional ante el que podría ser demandado.

36. Además, dado que supondría que, basándose en el hecho causante, se pudiera demandar al presunto autor de un daño ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro en cuyo ámbito competencial no actuó, esa misma solución iría más allá de los supuestos explícitamente contemplados en dicho Reglamento y, en consecuencia, infringiría su sistemática y sus objetivos.

37. Una vez precisado esto, procede recordar que el hecho de que el órgano jurisdiccional en cuyo ámbito competencial no actuó personalmente el presunto autor se vea imposibilitado para determinar su competencia con arreglo al lugar en que se ha producido el hecho causante no menoscaba en modo alguno la aplicabilidad de las reglas de competencia, tanto generales como especiales, establecidas por el Reglamento nº 44/2001, en particular, la de su art. 5, punto 1.

38. No obstante, siempre se puede demandar al autor de un hecho dañoso, en virtud del art. 5.3º de dicho Reglamento, ante el órgano jurisdiccional en cuyo ámbito competencial hubiese actuado, o en su defecto, de conformidad con la regla general, ante el órgano jurisdiccional del lugar de su domicilio.

39. Por otra parte, como puso de manifiesto el Abogado General en el punto 53 de sus conclusiones, la atribución de una competencia jurisdiccional para conocer de los litigios frente a personas que no actuaron en el ámbito competencial del órgano jurisdiccional que conoce sigue siendo posible en virtud del art. 6.1º Reglamento nº 44/2001, pues se cumplen los requisitos establecidos en dicha disposición, en particular la existencia de conexión.

40. De todo lo anterior se desprende que, en unas circunstancias como las del litigio principal, en las que sólo se demanda a uno de los varios presuntos autores de un daño alegado ante un órgano jurisdiccional en cuyo ámbito competencial no actuó, la interpretación autónoma del art. 5.3º Reglamento nº 44/2001, de conformidad con sus objetivos y su sistema, se opone a que el hecho causante se considere producido en el ámbito competencial de dicho órgano jurisdiccional.

41. En consecuencia, procede responder a la cuestión planteada que el art. 5.3º Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que no permite determinar, en virtud del lugar del hecho generador imputado a uno de los presuntos autores de un daño, que no es parte en el litigio, una com-

petencia jurisdiccional frente a otro presunto autor de dicho daño que no actuó en el ámbito competencial del órgano jurisdiccional que conoce.

[MELZER Y MF GLOBAL UK LTD]

Obs.: REDI-2013-20-Pr y nota de J. Maseda Rodríguez.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DEMANDAS POR COMPETENCIA DESLEAL. EL RETORNO DEL IMPERIALISMO JURISDICCIONAL

Rafael ARENAS GARCÍA *

1. La expropiación en el año 2012 por las autoridades argentinas de las acciones de la sociedad YPF, SA de las que era titular la sociedad española Repsol, S.A. ha originado un conflicto con variadas manifestaciones. Las sanciones adoptadas por el Estado español, probablemente de una forma precipitada (*vid.* R. Bermejo García y R. Garciandía Garmendia, “La expropiación de YPF (Repsol) a la luz del Derecho internacional”, *REEI*, 2012, nº 24, p. 28) no fueron más que el comienzo de una compleja batalla legal entre Repsol por una parte y el Estado argentino, YPF e, incluso, otras empresas que podrían participar en operaciones con la argentina beneficiándose de las inversiones realizadas por la sociedad española (en concreto, la estadounidense Chevron). Esta batalla legal no solamente pasaba por la utilización de los mecanismos clásicos para resolver las disputas en materias de inversiones; el arbitraje en el CIADI, sino también por el planteamiento de demandas basadas en la vulneración de competencia desleal. El Auto que aquí se comenta se inserta en una demanda que dirige Repsol contra YPF destinada a obtener la declaración de que el ofrecimiento a terceros por parte de YPF de los activos estratégicos de los que es titular es un acto de competencia desleal. La deslealtad de la actuación se derivaría de que nace de una actuación ilegal (la expropiación de las acciones de YPF de las que era titular Repsol), con lo que tal ofrecimiento podría considerarse tanto una infracción del art. 15.1º Ley de Competencia Desleal (LCD) como de la obligación genérica de actuar de buena fe (art. 4.1º LCD). En definitiva, Repsol intentaría que se declarase que no podían otras compañías entrar en la explotación de los yacimientos argentinos de YPF que habían sido descubiertos por Repsol en el tiempo en el que participaba en el capital de la empresa argentina. Dado que la tecnología necesaria para acceder a los recursos descubiertos (especialmente a los yacimientos localizados en Vaca Muerta) no se encontraba a disposición más que de un número reducido de empresas en todo el Mundo con esta acción de competencia desleal Repsol intentaba evitar que YPF accediera, mediante la colaboración con terceros, a la tecnología necesaria para explotar los yacimientos descubiertos.

La demanda de Repsol contra YPF se plantea en España (en concreto, en Madrid) y la empresa argentina plantea declinatoria por falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles. El Auto de 5 julio 2013 resuelve el debate sobre la competencia de los tribunales españoles y mantiene que estos gozan de competencia para conocer de la demanda que dirige la empresa española contra la Argentina. El mayor interés que presenta la decisión judicial es la interpretación del art. 22.3º LOPJ en relación a las acciones de competencia desleal, pero tal como veremos no se agota en esta cuestión la relevancia del auto, ya que en él se analizan cuestiones como la inmunidad de jurisdicción y la posibilidad de utilizar un foro de necesidad a las que también nos referiremos.

2. El primer punto que trataremos es el relativo a la incidencia de la institución de la inmunidad de jurisdicción en este caso. En la declinatoria se había planteado que los tribunales españoles no podían

* Catedrático de DIPr. Universitat Autònoma de Barcelona.

asumir competencia porque el conocimiento de la acción iniciada por Repsol implicaría el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de las normas argentinas que articularon la expropiación de las acciones de YPF de las que era titular Repsol lo que conduciría al enjuiciamiento del Estado argentino, ya que la demanda se basaba en la ilegalidad de la mencionada expropiación y tal medida había sido adoptada por las autoridades argentinas.

Es evidente que la inmunidad de jurisdicción impide que los tribunales de un Estado juzguen a un Estado extranjero, al menos cuando dicho Estado actúa en el marco de sus funciones soberanas (inmunidad de jurisdicción relativa), y la posibilidad de nacionalizar los bienes ubicados en su territorio es sin ninguna duda una facultad vinculada a la soberanía de los Estados (*vid.* R. Bermejo García y R. Garcandía Garmendia, *loc. cit.*, p. 12, *vid.* también el art. 2.2º.c) de la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados, Resolución 3281 (XXIX) de 12 diciembre 1974 de la Asamblea General de la ONU, *ibidem*, p. 14). No es posible, por tanto, que tribunales españoles conozcan de un proceso dirigido contra Argentina en relación a una expropiación que hayan realizado sus autoridades. El Derecho internacional así lo recoge y, por tanto, tampoco es posible desde la perspectiva del ordenamiento español dada la inclusión en el mismo de los principios del Derecho internacional [*vid.* sobre esto P. Andrés Sáenz de Santa María, *Sistema de Derecho internacional público*, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2011, p. 209]. La normativa procesal, además, también recoge esta prohibición, al establecer en el art. 21.2º LOPJ que nuestros tribunales no conocerán en los casos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho internacional público. Esta imposibilidad de conocer encuentra reflejo también en la LEC, donde se prevé que los tribunales se abstendrán de oficio en los casos de inmunidad de jurisdicción o de ejecución que se le planteen (art. 36.1º LEC). Esta abstención se producirá, de acuerdo con lo previsto en el art. 38 LEC “tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional”; lo que implica que el control de oficio no se limitará al momento inicial del proceso, sino que en cualquier fase del mismo en el que sea advertida la falta de jurisdicción o de competencia podrá procederse a la abstención.

Esta última puntualización que aunque no sea relevante para el caso que nos ocupa no debe dejar de tenerse en cuenta. En el Auto que comentamos y en relación a este punto se citan varias decisiones que se enfrentan a un problema clásico en la verificación de la competencia judicial internacional: la imposibilidad de adelantar al momento de la resolución de la declinatoria el juicio sobre cuestiones de fondo que pueden resultar relevantes para la determinación de la competencia. La solución del Juzgado de lo Mercantil, al igual que la de las decisiones citadas, es la de determinar la competencia a partir de las pretensiones suscitadas en la demanda y a partir de la documentación que se acompañe a ésta. En el caso de la inmunidad de jurisdicción –al igual que en el resto de supuestos de verificación de oficio de la competencia– el control inicial que pudiera realizarse de la competencia sobre la base de la declinatoria planteada por el demandado no impide que en un momento posterior del procedimiento pueda producirse la abstención si en dicho momento se hace evidente la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles (*vid.* R. Arenas García, “Falta e impugnación de la competencia judicial internacional en la LEC (2000)”, *AEDIPr*, 2001, t. I, pp. 155–199, p. 185).

En el caso del que conoce el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid no es imaginable que se produzca una abstención durante el desarrollo del procedimiento, puesto que el planteamiento de la demanda no parece apoyar que nos encontremos ante un supuesto de inmunidad de jurisdicción. El demandado no es el Estado argentino, sino una sociedad mercantil que actúa en el comercio sin que llegue a ejercer funciones soberanas. Es cierto que la demanda parte de la declaración de ilegalidad de las decisiones adoptadas en Argentina en relación a la expropiación de las acciones de YPF de las que era titular Repsol; pero acierta el Juzgado de lo Mercantil al diferenciar entre la declaración directa de tal ilegalidad (lo que estaría excluido de la competencia de los tribunales españoles) y el reconocimiento en España de tal expropiación. Pertenecer al fondo del asunto determinar de qué manera esta distinción podría afectar a la interpretación del art. 15 LCD (lo que no es en absoluto claro); pero aquí no entraremos en ello puesto que nos limitaremos al análisis del Auto que nos ocupa y a los efectos de resolución de la declinatoria la distinción es suficiente para excluir que pueda operar en este caso la figura de la inmunidad de jurisdicción. Debemos, sin embargo, volver sobre ello al tratar el tema de un posible foro de necesidad que

parece ser uno de los fundamentos en los que finalmente se apoya el Juez para mantener la competencia de los tribunales españoles en el caso que se le plantea.

3. La parte más interesante del Auto es, sin embargo, la que se dedica al análisis del art. 22.3º LOPJ. En primer lugar es claro que la LOPJ operará para la determinación de la competencia judicial internacional ya que el demandado no se encuentra domiciliado en un Estado miembro del Reglamento 44/2001 ni en Dinamarca ni en ningún Estado parte del Convenio de Lugano, lo que implica que, merced a la remisión contenida en el art. 4 Reglamento 44/2001 resulte aplicable el DIPr autónomo del Estado cuyo Juez se encuentra conociendo del asunto. Como es sabido, esta es la regla básica del Reglamento Bruselas I: las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en el Estado de su domicilio y la competencia respecto a aquellos demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro será determinada en cada Estado miembro de acuerdo con lo establecido en su Derecho de origen interno (DIPr autónomo). Existen algunos matices a esta regla (el demandado domiciliado en un Estado miembro puede ser demandado en otro Estado miembro según lo establecido en los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento) y también excepciones (competencias exclusivas, sumisión expresa o tácita, foros de protección); pero ninguno de estos matices o excepciones opera en el caso que nos ocupa, por lo que la aplicación de la LOPJ es clara.

Es también evidente que los foros generales del art. 22 LOPJ no otorgan competencia a los tribunales españoles, ya que ni el demandado está domiciliado en España ni existe sumisión alguna (expresa o tácita) a los tribunales españoles. De esta forma, la única posibilidad de que los tribunales españoles deviniesen competentes sería que alguno de los foros de este apartado tercero del art. 22 se la otorgase. Dada la naturaleza de la acción ejercitada el único foro de posible utilización es el relativo a las obligaciones extracontractuales, de acuerdo con el cual los tribunales españoles serán competentes cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España. Es este foro el que interpreta el Juzgado de lo Mercantil para acabar concluyendo que los tribunales españoles sí que gozan de competencia judicial internacional en el caso que se les plantea. La solución es, como veremos, discutible; y parte de un *a priori* con el que no se puede más que disentir frontalmente: debe ser posible que exista un foro de competencia por razón de la materia para cada caso que se plantee ante los tribunales españoles. Este principio parece deducirse de la relevancia que da el Auto a la circunstancia de que existen acciones de competencia desleal en las que al no haberse producido un daño no encajan en la previsión del art. 22.3º LOPJ: “Ahora bien, tanto en los casos de ilícitos de deslealtad que no entrañan la producción de ningún daño (...); como en los casos en que ese daño, por el tipo de ilícito atribuido, es susceptible de producirse pero todavía no ha acaecido (...), o los supuestos en que ese daño se produce en bienes intangibles y en consecuencia es ubicuo, una aplicación lineal y simplista del art. 22.3º LOPJ dejaría la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales reducida a los casos en que el demandado estuviera domiciliado en nuestro país” (Fdo. de Dcho. Tercero). La necesidad de hacer encajar la acción planteada en el art. 22.3º LOPJ orienta la interpretación del Juez hasta hacerla llegar al punto que veremos un poco más adelante.

La discrepancia con este acercamiento se cifra en que no es preciso que para cada supuesto posible nuestros tribunales lleguen a ser competentes sobre la base de un foro específico por razón de la materia. Las opciones del legislador pueden ser criticadas y son posibles planteamientos de modificación de las normas; pero esto no ha de condicionar necesariamente la interpretación de las que actualmente tenemos. Es cierto que algunos de los supuestos del art. 22.3º LOPJ ofrecen posibilidades reducidas de conocimiento a nuestros tribunales [así, por ejemplo, en materia de declaración de ausencia y de fallecimiento, como en su día puso de relieve P. de Miguel Asensio (“La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XLVII, nº 2, 1995, pp. 41–70, pp. 54–55)]; pero esta insuficiencia no justifica necesariamente una reinterpretación de la norma, sino en su caso la apertura de un foro de necesidad (*ibíd.*, pp. 56–57), lo que precisa de una fundamentación exhaustiva puesto que, evidentemente, no todo supuesto de incompetencia de nuestros tribunales ha de conducir a una solución extramuros de la norma legal y apoyada directamente en el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24 CE.

La posibilidad de que determinadas acciones no encuentren acomodo en los foros por razón de la materia previstos en el art. 22.3º LOPJ no es ninguna extravagancia; de hecho existen algunos supuestos que carecen de reflejo en el mencionado apartado del art. 22 LOPJ sin que tal ausencia haya sido considerada motivo suficiente para una reinterpretación del precepto. Así sucede con las acciones reales en materia de bienes muebles, que carecen de un foro específico en nuestro Derecho y de las que, por tanto, nuestros tribunales tan solo podrán conocer en el caso de que el domicilio del demandado se encuentre en España o exista una sumisión expresa o tácita a los tribunales españoles. Esta misma ausencia de un foro de necesidad, pero no ha de perderse de vista que este foro de necesidad opera para solucionar problemas concretos y teniendo siempre en cuenta el contexto específico en el que se alega. También es cierto que en determinados supuestos puede resultar exigible que junto con el foro del domicilio del demandado (y de la sumisión) operen otros foros por razón de la materia. El legislador dispone de la facultad de establecerlos con el único requisito de que traduzcan una conexión suficiente con el caso; pero el intérprete no puede introducirlos salvo, repito, que se den las circunstancias que justifican un foro de necesidad. Al margen de estos supuestos la competencia derivada del domicilio del demandado ha de ser suficiente para dar satisfacción a las exigencias de la tutela judicial efectiva.

4. La propuesta más correcta sería, por tanto, interpretar el art. 22.3º LOPJ en relación al caso concreto, pero sin forzar esta interpretación en la búsqueda de una necesaria regulación del supuesto que, como digo, puede estar ausente de los foros por razón de la materia sin que padezca la tutela judicial efectiva; y menos sin pretender que los tribunales españoles hayan de asumir competencia de los casos que se le planteen y presenten alguna conexión con nuestro Estado. Lo más adecuado es interpretar ese art. 22.3º LOPJ de una forma neutral, intentando simplemente (al menos en un inicio) determinar la voluntad del legislador y el encaje del precepto en la estructura general del sistema español de competencia judicial internacional.

Si optamos por esta vía observaremos que en el caso concreto la competencia de los tribunales españoles es más que dudosa. El art. 22.3 LOPJ indica que los tribunales españoles serán competentes en dos supuestos: cuando el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España (circunstancia que no concurre en este supuesto) o cuando el hecho del que derive la responsabilidad haya ocurrido en territorio español. En la indicación relativa al daño, y cuando el daño aún no se ha producido, sería posible seguramente interpretar que si el daño previsiblemente ocurrirá en España los tribunales españoles gozarán de competencia; entiendo que esta es una interpretación posible del precepto para supuestos en los que el daño aún no se ha materializado (*vid.*, sin embargo, en contra de esta posibilidad P. Rodríguez Mateos, *Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías*, Madrid, La Ley, 1992, p. 89); pero este no es el problema central en la interpretación del art. 22.3 LOPJ, sino la concreción de ese lugar de producción del hecho del que derive la responsabilidad extracontractual (no inicialmente el daño como parece entender el Juzgado de lo Mercantil) cuando nos encontremos ante un supuesto en el que el hecho se realiza en un país pero sus consecuencias se manifiestan en otro (el supuesto que se conoce como daños disociados, *vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 7ª ed., 2013, pp. 608–609). Como es sabido, este es un problema típico en el tratamiento de la responsabilidad extracontractual por el DIPr, tanto en el ámbito de la competencia judicial internacional como en el del Derecho aplicable sin que se hayan despejado todas las dudas sobre estos casos y manteniéndose todavía algunas confusiones al respecto como veremos enseguida.

En lo que se refiere a la competencia judicial internacional, el Tribunal de Luxemburgo, en interpretación del art. 5.3º Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 mantuvo que en los casos en los que el hecho dañoso y su manifestación se localizan en países diferentes tanto el tribunal de lugar de

producción del hecho como de la manifestación de los efectos gozan de competencia para conocer (Sentencia de 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse d'Alsace*, *ibid.*, p. 608), es lo que se conoce como teoría de la ubicuidad. Ahora bien, esta solución no era consecuencia de ninguna voluntad de proteger a la víctima, como parece interpretar el Juzgado de lo Mercantil de Madrid en el Auto que comentamos (“Como es sabido, dicha doctrina [la teoría de la ubicuidad] viene a predicar que, en supuestos de responsabilidad extracontractual en los que se produce una disociación entre el evento causal y el resultado dañoso, el principio de favor a la víctima debería facultar a esta última para deducir su reclamación ante los Tribunales del Estado en cuyo territorio se localice el acto lesivo o el resultado del mismo”, FD 3º). En realidad, es el resultado de interpretar que tanto el lugar de producción del daño como de manifestación de sus efectos presentan una proximidad suficiente con el caso que justificaba la competencia en aras a una buena organización del proceso (*ibid.*, p. 609; *vid.* también M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2ª ed. 2007, p. 187: “Por el contrario, no puede afirmarse que el art. 5.3º se justifique por un *favor laesi*”).

La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en la materia es citada en el Auto que comentamos; pero el Juez rechaza descansar en ella, habiendo sido introducida –de acuerdo con lo que se deriva del Auto– por la parte demandada. Pese a este rechazo (que trataremos enseguida) la doctrina de la ubicuidad sí que es considerada luego por el Juez en la interpretación de la LOPJ y, además, de acuerdo con la sesgada lectura de la misma que acabamos de señalar y que encuentra en dicha doctrina una manifestación del *favor laesi*. Es por esto que conviene aquí dejar constancia de este acercamiento a la interpretación del lugar en el que ocurre el hecho del que deriva la responsabilidad.

El rechazo del Juez –que comparto– se basa en que las normas producidas por el legislador interno no tienen que ser necesariamente interpretadas de acuerdo con los principios que inspiran normas internacionales que están destinadas a operar en un contexto de integración. No es ésta la opinión de una parte significativa de la doctrina española, que defiende que las normas del DIPr autónomo español en materia de competencia judicial internacional han de ser interpretadas de acuerdo con los cánones que operan para la aplicación del Reglamento Bruselas I (*vid.* M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 115–116). Es, sin embargo, un criterio que no comparto, tal como tuve ya ocasión de señalar en la reseña a dicha obra (*AEDIPr*, 2007, t. VII, pp. 1357–1360, p. 1359). Creo, por tanto, que el Juzgado de lo Mercantil de Madrid acierta al optar por interpretar la LOPJ a partir de criterios autónomos; esto es, propios del DIPr autónomo español. Tal como se indica en el Auto la lógica que inspira a normas orientadas a operar respecto a demandados domiciliados en un Estado miembro no tiene por qué ser la misma que opere respecto a demandados en otros Estados. No es lugar éste para profundizar en esta idea, que ha de ser consciente de los límites que condicionan al sistema autónomo de competencia judicial internacional derivados de las exigencias constitucionales y también de lo establecido en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; pero quede aquí la valoración positiva de este intento de autointegración del sistema autónomo de competencia judicial internacional.

5. La discrepancia con el Auto se cifra, sin embargo, en la interpretación que se hace del art. 22.3º LOPJ. Tal como se ha indicado en el punto 3, la interpretación no ha de estar condicionada por las aparentes lagunas del apartado tercero del art. 22, que no son tales si se considera el precepto en su totalidad. Sin embargo, según lo que se ha señalado, el Auto se inspira claramente en esta idea para hacer su propia lectura del precepto.

En primer lugar, asume como indubitada la doctrina de la ubicuidad a la que nos referíamos antes. Parece ser que tanto la parte demandada como la parte demandante así lo hacían también, pero creo que dista de ser evidente que esta sea la lectura natural del art. 22.3º LOPJ. El precepto se refiere al lugar en el que se produce el hecho del que deriva el daño, y la interpretación más pegada a la literalidad del precepto nos conduciría más bien a entender que tal lugar es el de producción del hecho dañoso, no el de manifestación de sus efectos. Así lo defendí hace ya algunos años (*vid.* R. Arenas García, “Competencia territorial y competencia judicial internacional en el marco de la competencia desleal”, *Derecho de los negocios*, 1999, nº 103, abril, pp. 16–23, pp. 18–19). No encuentro elementos en el art. 22.3º LOPJ que

permitan fundamentar la competencia de los tribunales españoles cuando los hechos de los que se derive la responsabilidad hayan ocurrido en el extranjero y tan solo sea España el lugar en el que se manifiestan sus efectos. Ciertamente la falta de competencia de nuestros tribunales en un supuesto en el que el mercado español estuviese afectado podría resultar inconveniente; pero dicha inconveniencia no puede justificar una ampliación del tenor literal de la norma. Ciertamente, no es ésta la opinión de otros que sí que han entendido que la doctrina de la ubicuidad es trasladable al art. 22.3º LOPJ. En el Auto que comentamos se cita la monografía de A. Font i Segura *La protección internacional del secreto empresarial* (Madrid, Eurolex, 1999) donde se mantiene que los tribunales españoles serán competentes tanto cuando el hecho del que se derive la responsabilidad haya ocurrido en España como cuando se manifiesten en España sus efectos (*ibidem.*, p. 153); pero esto ya había sido mantenido con carácter general (no solamente para los supuestos de competencia desleal) por M. Amores Conradi ("La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil", *REDI*, 1989, vol. XLI, nº 1, pp. 113-156, p. 133) y P. Rodríguez Mateos (*op. cit.*, p. 88), siendo también recogida por M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez (*op. cit.*, p. 198) entre otros.

Podría, por tanto, discutirse que en una lectura del art. 22.3º LOPJ que no se apoyase en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que ha interpretado el Reglamento Bruselas I hubiera de llegarse a la conclusión de que los tribunales españoles serían competentes en materia de obligaciones extracontractuales cuando no habiéndose producido en España el hecho generador del daño es nuestro país donde se manifiestan sus efectos; pero no reproduciré aquí los elementos de ese debate porque en el caso que nos ocupa lo que resulta dudoso es que sea España el lugar de manifestación de los efectos sobre la exclusiva base de que la persona aparentemente perjudicada es una sociedad española. Tal como veremos este es el único vínculo del caso con España, vínculo que al Juzgado de lo Mercantil de Madrid le parece suficiente por lo que acaba asumiendo competencia en un caso que pasará a ser seguramente paradigmático del denostado *forum actoris*.

El Juez se basa para llegar a esta conclusión en la cita de la monografía de A. Font i Segura que ha sido indicada hace un momento, en concreto en su p. 186 en la que el autor intenta identificar el lugar en el que ha de entenderse que se manifiestan los efectos de la vulneración del secreto empresarial (no en el contexto de la interpretación del art. 22.3º LOPJ, por cierto, sino en el marco del Convenio de Bruselas). Allí Albert Font mantiene que ese lugar de producción de los efectos es el de la administración central de la persona jurídica titular del secreto y en el caso de que dicho titular sea una persona física el de la ubicación del centro de la actividad profesional de la persona; pero no llega a esta conclusión porque ahí se encuentre la sede de la persona perjudicada, sino por la propia naturaleza del secreto profesional que, en tanto que bien inmaterial no sometido a registro puede entenderse localizado allí donde se encuentra la sede del titular del secreto. Desde luego, este razonamiento no es trasladable al caso en el que la actuación sobre la que se litiga sea el ofrecimiento de derechos sobre explotaciones perfectamente localizadas territorialmente. En este contexto podríamos discutir si la competencia de los tribunales españoles podría resultar de que el ofrecimiento de los derechos sobre la explotación se hace en España o si, haciéndose dicho ofrecimiento en el extranjero, es en España donde se ubican las mencionadas explotaciones; pero no ubicándose en nuestro país ni el lugar de ofrecimiento de las explotaciones ni tales explotaciones ¿qué justifica la competencia de nuestros tribunales aparte del hecho de que el que se pretende perjudicado tiene su sede en España? Podríamos añadir, además, que la razón última de la demanda, la pérdida de control de Repsol sobre YPF, se produce como consecuencia de la expropiación de acciones de una compañía extranjera que, por tanto, no existe ninguna dificultad en ubicar en el Estado de constitución de dicha sociedad, esto es, en Argentina. En realidad, la interpretación que hace el Auto del art. 22.3º LOPJ conduce a que en todos los casos en los que una persona establecida en España haya sido alegadamente perjudicada podrían ser competentes los tribunales españoles. Esto es, una consagración explícita del *forum actoris*.

Como digo, para llegar a este resultado el Juzgado de lo Mercantil de Madrid extrapola una conclusión doctrinal limitada a la vulneración del secreto empresarial a todos los casos en los que se planteen daños que aún no se han producido o en los casos en los que no se trate de reparar ningún daño ("Llegando así a la conclusión de que, para las acciones derivadas de la normativa sobre competencia desleal

que no están encaminadas a reparar ningún daño, así como para las que se dirigen frente a daños que todavía no se han producido, o bien que presentan naturaleza ubicua, por su carácter intangible, el parco e inapropiado art. 22.3º LOPJ debe ser objeto de una completa reinterpretación”, FD 3º).

Junto a este argumento el Tribunal aún utiliza otros tres argumentos, uno derivado de un presunto *forum legis*, otro de la normativa sobre competencia territorial y el tercero vinculado a la imposibilidad de que la acción que se plantea en España pueda ser resuelta de forma adecuada en Argentina. Nos ocupamos a continuación de estos tres argumentos.

6. Como se acaba de indicar, el Auto basa su decisión también en la necesidad de que los tribunales españoles sean competentes en aquellos casos en los que la normativa española sobre competencia desleal resultara aplicable. Indica el auto que en este caso la normativa española resultaría aplicable de acuerdo con lo establecido en el art. 6.1º RR II. No entraré ahora a discutirlo, pero sí que de tal aplicación de la ley española se derivara la competencia de nuestros tribunales. Como es sabido, la lógica que rige la competencia judicial y la determinación del Derecho aplicable no es la misma y, lo que es más relevante, las normas que regulan una y otra cuestión se encuentran claramente diferenciadas. Es cierto que en ocasiones puede resultar poco adecuado que debiendo aplicarse la normativa española sobre competencia desleal no sean competentes nuestros órganos jurisdiccionales; pero es tarea del legislador establecer esta correlación en caso de que lo estime conveniente sin que tal decisión de oportunidad pueda ser adoptada por el juzgador yendo más allá de lo que prevé la norma expresa que regula la determinación de la competencia judicial internacional.

El Juez también descansa en la normativa sobre competencia territorial en materia de competencia desleal. El razonamiento en este punto es el de que no sería coherente que careciesen de competencia judicial internacional los tribunales españoles en casos en los que sí existiría un tribunal territorialmente competente. Es un argumento que tiene interés. No creo que sea imposible en nuestro sistema, pese a la separación que existe en el mismo entre normativa reguladora de la competencia judicial internacional y de la competencia territorial, excluir que en determinados casos el legislador haya pretendido regular simultáneamente competencia territorial y competencia judicial internacional. Defendí esta interpretación en materia de competencia desleal con anterioridad a la LEC cuando la regulación de la competencia territorial en esta materia se encontraba en la propia LCD (R. Arenas García, “Competencia territorial...”, *loc. cit.*, pp. 19–20). Ahora bien, este planteamiento ya no es defendible tras la LEC puesto que en ella la normativa sobre competencia territorial en materia de competencia desleal claramente se ubica en una regulación diferenciada de la de la competencia judicial internacional, sin que existan indicios de que la voluntad del legislador fue la de regular mediante estas normas tanto la competencia territorial como la competencia judicial internacional.

Existe, por tanto, un obstáculo substancial a derivar de que exista algún órgano jurisdiccional territorialmente competente de acuerdo con las normas sobre competencia territorial que nuestros tribunales gocen de competencia judicial internacional. Aun así, podría plantear algunas dudas un caso de inoperancia absoluta de un foro de competencia territorial por ser imposible que exista competencia judicial internacional en el supuesto que prevé la norma de competencia territorial. El Auto que comentamos cree identificar uno de estos supuestos en la previsión del art. 52.1.12º LEC, donde se establece que “en los juicios en materia de competencia desleal, será competente el tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, su domicilio o lugar de residencia, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos a elección del demandante”. No volveremos ahora sobre la cuestión de si realmente puede mantenerse que la cesión a terceros de derechos sobre explotaciones situadas en Argentina y propiedad de una empresa argentina despliegan efectos en España porque la anterior titular de las acciones que permitían el control sobre la empresa argentina sea una empresa española; lo daremos por bueno a fin de poder entrar en el razonamiento del Juzgado de lo Mercantil que mantiene que dándose estos efectos en España y existiendo, por tanto, un tribunal territorialmente competente, incluso aunque el demandado no tuviera en España su domicilio o residencia ni se hubiera realizado en España el acto de competencia desleal carece de lógica que los tribunales españoles no tengan competencia judicial

internacional sobre la base de estos efectos pues de otra forma la norma sobre competencia territorial sería completamente inútil.

Se olvida el Juez que los tribunales españoles no solamente pueden derivar su competencia judicial internacional en materia de obligaciones extracontractuales del domicilio en España del demandado, o del hecho de que se haya producido en España el acto de competencia desleal, sino también del acuerdo entre las partes (sumisión expresa; la tácita no plantea problemas porque permite la concreción del tribunal territorialmente competente). No se trata de un supuesto infrecuente en demandas de competencia desleal en el marco de relaciones contractuales previas entre las partes (en materia de contratos de distribución, por ejemplo), en el que la cláusula de elección de tribunal contenida en el contrato que vincula a las partes puede extenderse a los litigios en materia de competencia desleal que se planteen en el marco de la relación existente. En estos casos la elección de los tribunales españoles sin concreción del órgano jurisdiccional territorialmente competente podría plantear alguna dificultad si no existen otros vínculos con nuestro país.

No es cierto, por tanto, que solamente mediante la asunción de que la producción de efectos en España del acto de competencia desleal supone la competencia judicial internacional de nuestros tribunales puede dotarse de pleno sentido al art. 52.1.12º LEC; este precepto puede tenerlo incluso aunque la competencia de los tribunales españoles haya de descansar en lo previsto en el art. 22.2º LOPJ o en que el causante del daño y la víctima tengan su residencia común en España o el hecho generador del daño se haya producido en España. Tal como hemos visto, además, existen obstáculos a que en nuestro sistema de competencia judicial internacional, que de forma explícita separa las normas sobre ésta de las de competencia territorial pueda dotarse de eficacia en relación a la primera a normas que expresamente regulan tan solo la competencia territorial. Finalmente, es discutible también que en el caso que nos ocupa pueda mantenerse que el acto de competencia desleal produzca efectos en España por tratarse de la cesión de derechos sobre explotaciones que no se encuentran situadas en España. En definitiva, el argumento a favor de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles derivado de la normativa sobre competencia territorial no parece un apoyo más sólido a la conclusión del Juzgado de lo Mercantil que el que extrae de la aplicación al supuesto de la normativa española en materia de competencia desleal.

Como anunciábamos, el Auto descansa también en un explicitado foro de necesidad (“esta interpretación es la única que, en el presente caso, ponderadas todas las circunstancias concurrentes, garantiza una efectiva tutela judicial de la demandante”, mantiene el Auto en otro punto de su Fdo. de Derecho Tercero). El Juez mantiene que al margen de la alta consideración que para el juzgador merece la justicia argentina resultaría que la acción planteada en España no podría ser resuelta en Argentina puesto que en dicho país no podría cuestionarse la legalidad de la expropiación en la misma forma que podría hacerse en España. La base del razonamiento del Juzgador ha de encontrarse en la distinción que había establecido con anterioridad entre la legalidad de la expropiación desde la perspectiva del Estado expropiador y el reconocimiento de dicha expropiación en otros Estados. Mientras que la expropiación es una facultad soberana de los Estados, otros Estados pueden no reconocer la expropiación efectuada. De acuerdo con esta distinción resultaría que mientras la expropiación podría ser considerada como legal por las autoridades argentinas, podría no serlo por las españolas, quienes no la reconocerían, lo que conduciría a que el art. 15 LCD (o, suponemos, su equivalente) sería aplicado de forma diferente en uno y otro país, pues mientras en España podría llegarse a la conclusión de que tal expropiación era ilegal y que, por tanto, existía una base para la acción planteada por Repsol, la justicia argentina podía llegar a una conclusión diferente. Creo que ésta podría ser una sucinta presentación del razonamiento que subyace en el Auto.

Se trata de una aproximación que no puede ser acogida. En primer lugar el foro de necesidad es una figura que solamente podría operar en supuestos excepcionales, y más en el caso del DIPr autónomo español en el que se trata de una figura no regulada de forma positiva. Como es sabido, la identificación de una laguna axiológica no es fácilmente justificable en un ordenamiento de base legal como el nuestro, y el foro de necesidad no es más que un supuesto de laguna axiológica que, por tanto, solamente podría operar cuando existen razones de carácter constitucional que lo justifican. Estas razones pasan porque no exista ningún tribunal que se declare competente para conocer del supuesto (lo que no es el caso ya que

los tribunales argentinos podrían, seguramente, conocer de la demanda que en este sentido se planteara contra YPF) o cuando los tribunales competentes no es previsible que sigan un procedimiento que respete los elementos esenciales de un proceso con las debidas garantías, o finalmente, cuando resulte previsible que en la decisión final no se respeten los derechos fundamentales recoge nuestra Constitución y los instrumentos internacionales. Tal como reconoce el propio Auto, no existen elementos para dudar de que el procedimiento en Argentina sea justo e imparcial, por lo que el recurso al foro de necesidad se reduce en su justificación a la decisión que puedan dictar los tribunales argentinos. Del Auto parece derivarse que dado que tal decisión no se correspondería con la que dictarían los tribunales españoles procede abrir un foro de necesidad. Este resultado es, evidentemente, rechazable ya que la posibilidad de que existan divergencias entre el resultado al que llegaran unos y otros tribunales es consustancial al DIPr y, por tanto, una circunstancia normal en la dinámica de esta parte del ordenamiento. La imposibilidad de que la decisión dictada en Argentina pudiera ser reconocida en España podría ser un primer paso para justificar un foro de necesidad, ya que la tutela otorgada por los tribunales extranjeros no desplegaría efectos en nuestro país; pero el Auto ni siquiera repara en ello y se centra en el reconocimiento de la expropiación y no, como sería necesario en el hipotético reconocimiento en España de la sentencia que se pudiera dictar en Argentina en el caso de que allí se planteara el litigio. De esta forma, el Juzgado de lo Mercantil acaba justificando la competencia de los tribunales españoles en que los tribunales argentinos llegarían a una solución diferente a la que alcanzarían nuestros tribunales. Una base claramente insuficiente para abrir un foro de necesidad.

7. Hasta aquí el análisis del Auto. No desconozco lo delicado del caso ni pretendo adelantar qué hubiera pasado en el caso de que la declinatoria hubiese prosperado y el caso se hubiera presentado ante los tribunales argentinos. Se trataría de un puro ejercicio de especulación ahora ya, además, claramente inútil para el caso concreto tras haber llegado las partes implicadas a un acuerdo; pero creo que es preciso llamar la atención sobre este Auto porque pese a lucir una clara preocupación por abordar con solvencia las cuestiones de DIPr es muestra de algunos peligros que, no por el hecho de estar aparentemente mejor formulados y desarrollados, dejan de ser reflejo del tradicional “imperialismo jurisdiccional” de los tribunales españoles que ya hace tantos años denunció Adolfo Míaja de la Muela (*vid.* A. Míaja de la Muela, “El ‘imperialismo jurisdiccional’ de los tribunales españoles y el Derecho internacional”, *Mélanges Fragistas*, vol. I-B, Tesalónica, 1968, pp. 89–124).

2013/11.– Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, Auto de 5 julio 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Nieto Delgado. AC\2013\1535.

Competencia judicial en el orden civil.– Competencia de los tribunales españoles: procedencia.– Acción sobre competencia desleal.– Constitucionalidad de la normativa legal argentina.– Expropiación de una parte de las acciones de YPF, SA propiedad de Repsol, SA.–Expropiación con arreglo a la normativa interna argentina.– Supuesto de hecho del tipo de deslealtad previsto en los arts. 4 y 15 LCD.– Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles.–Acto desleal frente al que se dirige la reclamación produce o puede producir efectos en España.– Empresa con sede en España desposeída de la participación de control en una sociedad extranjera.– Continuidad de los actos de competencia desleal cuya declaración de deslealtad se pretende.– Actos susceptibles de perjudicar seriamente la posición competitiva de una compañía española en el negocio internacional de exploración y producción de hidrocarburos.

Normas aplicadas: Arts. 22.3º LOPJ; art. 12.3º Cc; arts. 4 y 15 LCD Art. 5.3º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

Establece el art. 63 LEC que mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha

interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores. También se propondrá declinatoria para denunciar la falta de competencia de todo tipo. Si la declinatoria se fundare en la falta de competencia territorial, habrá de indicar el tribunal al que, por considerarse territorialmente competente, habrían de remitirse las actuaciones.

Continúa el segundo inciso de dicho precepto disponiendo que la declinatoria se propondrá ante el mismo tribunal que esté conociendo del pleito y al que se considere carente de jurisdicción o de competencia. No obstante, la declinatoria podrá presentarse también ante el tribunal del domicilio del demandado, que la hará llegar por el medio de comunicación más rápido posible al tribunal ante el que se hubiera presentado la demanda, sin perjuicio de remitírsela por oficio al día siguiente de su presentación.

En el sistema español de Derecho internacional privado, la declinatoria constituye el instrumento procesal general a través del cual se articula el control a instancia de parte de la falta de jurisdicción y/o competencia judicial internacional de nuestros Juzgados y Tribunales. Al margen de esa verificación promovida por los propios litigantes, dicho control puede también verificarse de oficio, en los casos previstos por el art. 36.2º LEC : en esencia, atribución de la competencia exclusiva sobre un asunto a los Tribunales de otro Estado en virtud de tratados o convenios internacionales o bien incompetencia del demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes. Dichos supuestos de control de oficio de la competencia de los Tribunales españoles no concurren aquí.

En efecto, no existiendo ninguna norma de origen internacional que atribuya a los Tribunales de ningún Estado extranjero la competencia exclusiva sobre la demanda rectora de las presentes actuaciones, parece claro que la resolución de la presente declinatoria es la primera oportunidad que este Juzgado ha tenido, conforme a nuestra legislación procesal, de verificar su competencia judicial internacional.

Aunque pueda parecer una obviedad, juzgamos conveniente aclarar que la admisión a trámite de la demanda, por decreto del Secretario Judicial, no supone ningún pronunciamiento previo o preliminar favorable a la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el presente caso, pues el control de dicha competencia judicial, en los supuestos en que es admisible la sumisión a los Tribunales españoles (como aquí acontece) viene diferido conforme a nuestro Derecho positivo a la respuesta procesal que el demandado pueda desplegar tras su emplazamiento en forma. Se considera procedente efectuar las presentes consideraciones al objeto de disipar cualquier posible duda que pudiera darse en torno a la aproximación que por este órgano se hará al examen de su competencia judicial internacional: aproximación que no partirá de ningún juicio previo, orientado a ratificar una previa valoración afirmativa de la misma, pues justamente la examina por vez primera con motivo de la formulación de la presente declinatoria.

La representación procesal de YPF, S.A. funda la presente declinatoria en la falta de jurisdicción y competencia judicial internacional de este órgano para el conocimiento de las pretensiones ante él deducidas. Resumiendo sus alegaciones, viene a sostener en primer lugar la demandada que la parte actora, la compañía española Repsol, S.A., pretende en esencia, a través de la presente reclamación: a) que por este Juzgado se declare la inconstitucionalidad de un conjunto de normas argentinas con rango de Ley, aprovechando para ello, en una suerte de fraude procesal, la formal invocación de una inexistente infracción de la Ley española de Competencia Desleal; b) que por este Juzgado se declare que la expropiación forzosa de parte de las acciones de una compañía argentina no ha observado las normas dictadas por la normativa interna argentina; c) que por este Juzgado se declare que se ha producido una desviación de poder conforme al Ordenamiento jurídico argentino.

Viene a afirmarse en definitiva que la estrategia procesal seguida por la parte actora equivaldría a un burdo subterfugio legal, destinado a eludir la inmunidad de jurisdicción de la que goza indudablemente en España el Estado argentino, conforme al Derecho internacional. Que la invocación de las normas de los arts. 15 y 4 LCD sería una mera excusa para traer al conocimiento de este Juzgado

asuntos para los que carece de jurisdicción y competencia: básicamente, para cuestionar, en términos legales y constitucionales, la expropiación resuelta por el Congreso Nacional de la República Argentina (Ley n° 26741, de 3 mayo 2012) respecto de una parte de la participación accionarial cuya titularidad ostentaba Repsol, S.A. en la compañía argentina YPF, S.A. De prosperar esa primera línea que sustenta la defensa de la demandada, este Juzgado debería estimar sin más razonamientos la declinatoria, concluyendo que la reclamación de la actora incurre en fraude de ley, utilizando una interpretación incorrecta de una norma de cobertura (el art. 22.3° LOPJ) al objeto de defraudar normas internacionales que de forma inveterada consagran la inmunidad de los Estados extranjeros e impiden efectuar a los Tribunales de otras naciones cualquier control sobre sus procedimientos de expropiación. Se alega como antecedente, en apoyo de la argumentación postulada, el ejemplo de la expropiación de la empresa española Rumasa por medio del Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero, que según se afirma, fue respetada por los Tribunales de los Estados extranjeros a la vista de la ubicación de los bienes objeto de la expropiación.

Esta primera línea de fundamentación de la declinatoria debe desestimarse. A la hora de determinar si los Tribunales españoles ostentan jurisdicción y competencia judicial internacional respecto de una determinada demanda, debe partirse exclusivamente de las acciones ejercitadas, de los sujetos efectivamente traídos al pleito y de los concretos pedimentos que frente a ellos se deducen. Así lo ha interpretado con reiteración la Sec. 28ª Especializada Mercantil de la AP de Madrid, que en su reciente Auto de 21 diciembre 2012 ha venido a rechazar la procedencia de que en el trámite de la declinatoria se deba “abordar consideraciones que atañan al fondo del asunto, sino simplemente de ceñirse a lo aducido en la demanda, pues es el contenido de ésta y la documentación que la acompaña lo que permite al tribunal examinar y decidir sobre su propia competencia.” Esa misma línea argumentativa ya había tenido oportunidad de sostenerla la misma Sección 28ª Especializada Mercantil de la A.P. de Madrid en su Auto de 27 marzo 2008, en el que expresamente se consideró fuera de lugar “prejuzgar en el incidente competencial sobre el fundamento de las acciones ejercitadas”, afirmando la Sala con contundencia que “no es esa la labor que incumbe realizar al órgano judicial en una declinatoria, en la que bastará que por éste se compruebe que las acciones que esgrime la parte actora son competencia del juzgador, siendo suficiente, a tal fin, con que las pretensiones planteadas por el demandante justifiquen, según reglas legales predeterminadas, la intervención de determinado juzgado. Que tales acciones resulten luego fundadas y puedan o no prosperar es un juicio reservado, tras completarse las fases alegatorias y verificar el examen de las pruebas que al respecto sean aportadas, a la sentencia resolutoria del litigio, sin que pueda anticiparse esa labor al auto resolutorio de la declinatoria. De lo contrario se podría incurrir en la vulneración del principio de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), cercenando el derecho a accionar en juicio”.

Es posible hallar otros apoyos para este enfoque orientado exclusivamente a los pedimentos deducidos en juicio por el actor, descartando cualquier posible deformación o alteración dialéctica de los mismos por la interpretación que de ellos pueda hacer la parte demandada, en la propia doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre otras en la S 14 marzo 2007, en la que, alegando el demandado frente a una acción de compraventa de acciones que, en realidad, de lo que se trataba era de una compraventa de bienes inmuebles ubicados en España, rechaza el Alto Tribunal esa reconstrucción y se atiene, sin variarla, exclusivamente a la naturaleza de la pretensión deducida.

En el caso enjuiciado, la demandante se limita a ejercitar (p. 60 de su escrito rector) “las acciones declarativa, de cesación –y prohibición– y de remoción del art. 32.1.1º, 2º y 3º LCD “frente a la conducta de la demandada consistente en el ofrecimiento de Derechos de Explotación a los principales competidores de Repsol; actuación desleal que para esos competidores se afirma que supone aprovecharse en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante infracción de leyes y que se suma al llamamiento, dirigido a esos mismos destinatarios, para que obstaculicen indebidamente a Repsol. No se le pide a este Juzgado, ni que declare la inconstitucionalidad de la normativa legal argentina por la que se materializa la expropiación de una parte de las acciones de YPF, S.A. propiedad de Repsol, S.A., ni que se efectúe cualquier otro control de la regularidad de dicha expropiación con arreglo a la normativa interna argentina, salvo al objeto de integrar el supuesto de hecho del tipo

de deslealtad previsto en los arts. 4 y 15 LCD. Este Juzgado conoce y respeta los límites de su jurisdicción, que ciertamente no ceden en el presente caso por la concurrencia de ninguna "inmunidad de jurisdicción": el Estado argentino no ha sido traído al presente pleito y no es el control de los actos de su Poder Ejecutivo o Legislativo lo que se le pide a este Juzgado.

No se aprecia por tanto contradicción alguna en el hecho de que la actora haya activado primero todos los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico argentino para impugnar la constitucionalidad de la expropiación de su participación en YPF, S.A.; y que haya ejercitado después frente a YPF, S.A. ante los Tribunales españoles otras acciones exclusivamente amparadas por la Ley española de Competencia Desleal, al hilo de las cuales también afirme la inconstitucionalidad o ilegalidad de tales normas legales o actos gubernativos. La contradicción se produciría más bien si la demandante asumiera en su reclamación en España aquello que niega en Argentina: la plena constitucionalidad y legalidad de dicha expropiación. Parece lógico que, si en la argumentación en la que la demandante funda su reclamación, resulta que la actuación de la demandada se sustenta en actos o normas legales cuya constitucionalidad se ha combatido en Argentina por las vías oportunas, esa misma calificación de inconstitucionalidad se haga valer ante los Tribunales españoles. Todo ello no supone desconocer que la justicia española, como no podía ser de otra manera, carece de jurisdicción para pronunciarse sobre tales extremos, que ya han sido planteados ante las instancias competentes, sin que este Juzgado tenga la menor intención de interferir en el juicio que las mismas hagan.

Sentado lo anterior, conviene aclarar también que la afirmación que en el marco de este razonamiento se hace por la promotora de la declinatoria, de que los Tribunales españoles están obligados a otorgar plena eficacia en el orden civil a la expropiación efectuada por las autoridades argentinas de la participación de Repsol, S.A. en YPF, S.A. materializada a través de la Ley nº 26741, de 3 mayo 2012, no puede suscribirse sin reservas. Tanto el escrito de declinatoria como el dictamen del profesor Calvo Caravaca que al mismo se acompaña silencian un aspecto importante de la presente controversia y es que el tema del reconocimiento de la eficacia en el extranjero de las nacionalizaciones y expropiaciones constituye una problemática de extrema complejidad y honda raigambre en el tráfico jurídico internacional, que no se resuelve con una rituaría invocación del principio de comitas gentium o el respeto de la soberanía de los Estados extranjeros.

En efecto, el Derecho internacional público reconoce, sin equívocos, la competencia de los Estados para nacionalizar bienes ubicados en su territorio; ahora bien, esa competencia no entraña como consecuencia necesaria que los restantes Estados deban atribuir forzosamente eficacia a los actos de nacionalización o expropiación. Numerosas obras doctrinales desde la clásica exposición de F. Munch, "*Les effets d'une nationalisation a l'étranger*", Recueil des Cours, vol. 98 (1959-II), pasando por las obras de F. Boulanger, *Les nationalisations en droit international privé*, París, 1975 o en la doctrina española la extensa y documentada monografía de la profesora A. Quiñones Escámez, *Eficacia internacional de las nacionalizaciones*, Madrid: Montecorvo, 1988, han analizado, empleando distintos puntos de vista (desde aproximaciones conflictuales que parten de la consideración de la ley del Estado nacionalizador como *lex rei sitae*, hasta enfoques basados en la dogmática del reconocimiento de decisiones extranjeras; por no mencionar, en el ámbito anglosajón, el debate en torno a la matización y eventual inaplicación de la doctrina del Act of State), las condiciones exigidas para la atribución de eficacia internacional a un acto interno de nacionalización o expropiación. Como ilustración de ello, en la última obra citada (pp. 241 ss), se reseñan entre otros casos de denegación de eficacia internacional de un acto de nacionalización:

a) El caso de las marcas de la sociedad colectiva checa Hardmuth Kok-I-Noor tanto ante los Tribunales franceses (Tribunal de apelación de París de 25 junio 1958: "la nacionalización forzosa y sin indemnización de una sociedad por un Estado extranjero es esencialmente contraria al orden público francés") como italianos (Tribunal de apelación de Turín de 17 junio 1958: "las medidas de nacionalización y de confiscación sin indemnización tomadas por los Estados extranjeros son contrarias al orden público italiano") o noruegos (Tribunal de distrito de Oslo de 11 julio 1959: "la nacionalización es contraria al Derecho noruego");

b) El caso de las marcas de la sociedad alemana Carl Zeiss ante los Tribunales franceses (Tribunal de Gran Instancia de París de 15 diciembre 1971: “las medidas de expropiación, tomadas en provecho de la Alemania oriental, revisten el carácter de una expoliación a la cual debe rechazarse todo reconocimiento de efectos por el juego de la excepción de orden público”; y Tribunal de apelación de París de 9 julio 1975: “un acto de expoliación contrario al orden público internacional”), americanos (U.S. District New York de 7 noviembre 1968: “los decretos de nacionalización de la República Democrática alemana son ofensivos según la public policy de los Estados Unidos”) o italianos (Tribunal de Apelación de Milán, de 10 agosto 1956: el ordenamiento italiano “rechaza por contrariedad a sus propios principios, expresados en la Constitución italiana (arts. 42 – 43) que reconoce la propiedad privada y consiente la expropiación de esta sólo por motivos de utilidad pública y mediante una adecuada indemnización, extremo que falta en el caso que se examina”);

c) El caso de las marcas de la sociedad Agfa ante los tribunales franceses (Tribunal de París de 19 marzo 1963: “considerando que, examinado bajo este aspecto y porque tienen lugar sin indemnización para el expropiado ni reconocimiento del pasivo, tal medida, que se convierte en una expoliación, debe ser mirada como exorbitante del Derecho común. Considerando que es normal en tal caso rechazar, por el juego de la excepción de orden público internacional, todo reconocimiento igualmente respecto de los bienes localizados en el Estado expoliador y todo efecto en los Estados terceros”);

d) El caso de las marcas de la sociedad alemana Kjllberg ante los Tribunales holandeses (Tribunal Supremo de 18 enero 1965: “tal medida de nacionalización es en realidad una confiscación o una nacionalización sin indemnización ilícita para el Derecho de gentes y el orden público”).

Queda pues claro que, sea cual sea la solución que finalmente se acoja en la decisión que ponga fin a la controversia en torno al reconocimiento de la eficacia en España de la expropiación de la participación de Repsol, S.A. en YPF, S.A., que forma parte inescindible de la imputación que hace el demandante a la demandada de actos desleales, este Juzgado ostenta plena jurisdicción para reconocer o no eficacia en nuestro país a dichos actos de expropiación; pudiendo concluirse de forma preliminar que no sólo constituye una facultad de este órgano, sino que deviene un mandato imperativo, inaplicar cualquier ley extranjera (incluyendo en este caso las leyes argentinas) si el resultado de dicha aplicación entraña una vulneración de derechos constitucionales de los que, no hace falta decirlo, es ciertamente titular la empresa demandante (art. 12.3º Cc). En consecuencia, la pretensión de falta de jurisdicción de este Juzgado Mercantil debe rechazarse.

La segunda línea de ataque que viene a sostener la demandada frente a la competencia judicial de los Tribunales españoles para el conocimiento de las acciones de competencia desleal deducidas en esta litis, parte de afirmar la errónea interpretación que se hace en la demanda de las normas que rigen dicha competencia: en esencia, el art. 22.3º LOPJ. No resultando aplicables a este asunto otras normas de origen internacional o europeo que predeterminen la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, el precepto citado contenido en el art. 22.3º LOPJ establece que los Tribunales españoles serán competentes “en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tenga su residencia habitual común en España”. Defiende la demandada que esta norma impide fundar la competencia de los Tribunales españoles: a) porque España no es el lugar del daño en ninguno de los sentidos posibles (no es el lugar donde se realizan los supuestos actos dañosos ni el lugar donde se producen sus efectos) y b) porque, a mayor abundamiento, no existe en el caso enjuiciado daño alguno, como se infiere del hecho que la parte actora no haya deducido la acción indemnizatoria prevista por el art. 32.1.5º LCD. El examen de esta segunda alegación merece un análisis detenido.

Siendo pacífico entre las partes que la norma de competencia que rige en la presente cuestión es el art. 22.3º LOPJ, conviene de entrada discernir cuál sea su recta interpretación en el caso planteado. La promotora de la declinatoria acepta en su argumentación que la hermenéutica del precepto declarado aplicable debe incluir la aplicación de la denominada “teoría de la ubicuidad”. Como es sabido, dicha doctrina viene a predicar que, en supuestos de responsabilidad extracontractual en los que se produce una disociación entre el evento causal y el resultado dañoso, el principio de favor a la víctima debería facultar a esta última para deducir su reclamación ante los Tribunales del Estado en cuyo territorio se

localice el acto lesivo o el resultado del mismo. La parte demandada integra el contenido de esa teoría, que a decir verdad la norma del art. 22.3º LOPJ no consagra en forma expresa, partiendo fundamentalmente de Sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la CE y de la UE referidas a la interpretación del 5.3º del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 y del art. 5.3º Reglamento 44/2001, de 22 diciembre 2000.

De entrada, debe significarse que el recurso a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE (o actualmente de la UE), referida a normas que disciplinan conflictos de jurisdicciones en relaciones puramente intracomunitarias, como canon hermenéutico definitivo e incontrovertible para interpretar las normas autónomas de competencia judicial internacional española que rigen en los procedimientos iniciados frente a personas domiciliadas en terceros Estados de entrada, se nos antoja una petición de principio, que no puede acogerse sin reservas.

Es un hecho sobradamente conocido que el Legislador español introdujo en la LO 6/1985, del Poder Judicial, las primeras reglas de competencia judicial internacional mínimamente evolucionadas en nuestro sistema legal, tomando como modelo de referencia las recogidas en el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, justamente en el momento histórico que precedió a la adhesión de España a la Comunidad Europea. Ahora bien, parece obvio que ese instrumento internacional (al igual que hoy en día el Reglamento 44/2001 y el más reciente que lo sustituye 1215/2012, de 12 de diciembre, aplicable con carácter general a partir del 10 enero 2015) expresamente ha preservado que los Estados miembros mantengan en su normativa interna criterios de competencia judicial internacional que atribuyen con mayor alcance y amplitud a los órganos judiciales de sus Estados el conocimiento de asuntos cuando se demanda a personas domiciliadas fuera del territorio de la UE que cuando se demanda a personas domiciliadas en Estados Miembros. Expresamente se preserva por ejemplo la aplicación frente a personas domiciliadas en Estados terceros del *forum patrimonio* (sic) recogido en el art. 23 de la *Zivil-prozeßordnung* alemana o bien del foro de la nacionalidad del demandante conforme a lo dispuesto en el los arts. 14-15 del Code civil francés. Resultaría cuanto menos chocante que, ante los órganos judiciales alemanes o franceses en que tales normas fueran de aplicación frente a personas domiciliadas en terceros Estados, se intentase imponer cualquier criterio restrictivo derivado de la interpretación emanada del Tribunal de Justicia de la UE respecto de normas exclusivamente aplicables a las relaciones intracomunitarias. Al contrario: que el Legislador europeo ha querido mantener la autonomía de los Estados miembros en la determinación unilateral del alcance de su jurisdicción frente a personas domiciliadas en terceros Estados es un hecho que aflora con meridiana claridad en la reciente sustitución del Reglamento 44/2001 por el Reglamento 1215/2012 (aún no en vigor), en el que, con mínimas excepciones, no ha tenido final acogida el proyecto preliminar de extender a países terceros la misma disciplina reguladora de la competencia judicial internacional aplicable a las relaciones con países miembros de la UE.

Si ello es así, por más que el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 (hoy sustituido por el Reglamento 44/2001) sea el modelo que reconocidamente inspiró al Legislador español para disciplinar la competencia judicial de sus Tribunales en el orden autónomo, lo cierto es que no puede atribuirse a la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la UE en materias idénticas a las que aquí se enjuician (interpretación del *forum loci delicti commissi*, disociación de evento causal y resultado dañoso, daños indirectos, diferenciación entre resultado dañoso y perjuicio económico, alcance de la competencia en supuestos de daños causados en bienes intangibles o plurilocalizados, etc.) ningún alcance restrictivo o negatorio de la competencia judicial de nuestros Tribunales, que debe examinarse haciendo exclusiva aplicación de las normas recogidas en la LOPJ, interpretadas a la luz de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (señaladamente, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE) y teniendo en consideración la Declaración Universal de Derechos Humanos y los restantes tratados y acuerdos internacionales que en la misma materia hayan sido ratificados por España, señaladamente el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 10 CE).

Acotado el marco normativo y los parámetros interpretativos del mismo que deben dar respuesta a la cuestión planteada, a continuación se valorarán tres cuestiones: a) si el art. 22.3º LOPJ que recoge el foro de competencia especial en materia extracontractual puede ser aplicado de forma automática y

según su tenor literal a los litigios en materia de competencia desleal; b) en caso negativo, si nuestro ordenamiento jurídico ofrece otras pistas o pautas para interpretar el modo en que el *forum loci delicti commissi* debe modularse o adaptarse a los pleitos de competencia desleal; c) en último extremo, si la interpretación que finalmente se acoge respeta y optimiza valores constitucionales y si estos últimos deben conducir a un expreso rechazo de otras interpretaciones posibles.

En cuanto a la primera de las cuestiones, no parece discutible que el *forum loci delicti commissi* recogido en el art. 22.3º LOPJ, apegado en su expresión literal a los supuestos clásicos del Derecho de daños, encuentra claras limitaciones y conduce a evidentes aporías cuando se aplica a las acciones derivadas de la normativa sobre competencia desleal. De entrada, como es bien conocido este sector del ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de ejercicio de acciones no encaminadas a resarcir un daño (que es en realidad a lo que el art. 22.3º LOPJ alude), sino a exigir la cesación de una conducta o la remoción de sus efectos. La parte demandada subraya en su declinatoria que en el presente caso los actos supuestamente desleales de la demandada no han ocasionado ningún perjuicio, como se desprende del hecho que la demandante no haya deducido ninguna pretensión indemnizatoria; por lo que no existiendo daño identificable en España, la rigurosa aplicación del art. 22.3º LOPJ debería conducir a la denegación de la competencia judicial de nuestros Tribunales.

El razonamiento encierra varias peticiones de principio cuestionables, sobre las que no es menester detenerse (por ejemplo, que la falta de ejercicio de la acción indemnizatoria por el demandante en este momento procesal equivale a una inexistencia del daño en territorio español). Ahora bien, tanto en los casos de ilícitos de deslealtad que no entrañan la producción de ningún daño (por ejemplo, el aprovechamiento de reputación ajena: art. 12 LCD); como en los casos en que ese daño, por el tipo de ilícito atribuido, es susceptible de producirse pero todavía no ha acaecido (por ejemplo, prácticas agresivas que pueden afectar al comportamiento económico del destinatario, pero no lo han afectado todavía: art. 8.1º LCD), o los supuestos en que ese daño se produce en bienes intangibles y en consecuencia es ubicuo, una aplicación lineal y simplista del art. 22.3º LOPJ dejaría la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales reducida a los casos en que el demandado estuviera domiciliado en nuestro país. Una consecuencia que resultaría chocante si se tiene en cuenta que la Legislación española, en los supuestos expuestos, vendría fácilmente en aplicación conforme a lo dispuesto en el art. 6.1º Reglamento 864/2007 (Roma II) de 11 julio 2007, por resultar afectados, de forma real o meramente potencial, las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores. ¿Resultaría coherente que el Legislador europeo sujetase esos casos al imperio de la Ley española de competencia desleal y nuestro Derecho procesal civil internacional de fuente autónoma fuera, en caso de duda, interpretado en un sentido que privase de competencia judicial internacional a nuestros Tribunales para enjuiciar tales conductas? La respuesta debe ser negativa.

Estas consideraciones han llevado a la escasa doctrina española que ha abordado la problemática de la competencia judicial en los pleitos de competencia desleal a propugnar interpretaciones matizadas cuando se aplica en estos últimos el *forum loci delicti commissi*. Así, para los concretos actos desleales derivados de vulneraciones del secreto empresarial, ha expresado por ejemplo A. Font, La protección internacional del secreto empresarial, Madrid: Eurolex, 2009, p. 186, que en relación con los daños intangibles generados por tales infracciones, “el perjuicio puede conectarse o bien con el lugar del acto porque es donde el infractor adquiere el conocimiento deslealmente –en cuyo caso no habría disociación– o bien con el lugar en que tiene la administración central, si se trata de una empresa, o el centro de la actividad profesional, si se trata de una persona física, el titular del secreto, porque es donde hay que situar el secreto empresarial desde una perspectiva jurídica”. Y respondiendo a la posible crítica de favorecimiento indebido del foro del domicilio del actor indica: “no se nos esconde que ello propicia el *forum actoris*, pero si cabe justificar este foro teniendo en cuenta los principios que presiden las competencias especiales no tiene por qué ser rechazado de forma mecánica”. Estos argumentos nos llevan en consecuencia a rechazar también la negación que se hace de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para el presente pleito de tanto por parte de la promotora de la declinatoria como por parte del Ministerio Fiscal, a partir de las dificultades de ubicar un daño material resarcible en España, en clave del Derecho de la responsabilidad.

Llegando así a la conclusión de que, para las acciones derivadas de la normativa sobre competencia desleal que no están encaminadas a reparar ningún daño, así como para las que se dirigen frente a daños que todavía no se han producido, o bien que presentan naturaleza ubicua, por su carácter intangible, el parco e inapropiado art. 22.3º LOPJ debe ser objeto de una completa reinterpretación, nuestro propio ordenamiento interno nos ofrece criterios claros y precisos para integrar lo que podríamos considerar una laguna axiológica. Esos criterios pueden extraerse del art. 52.1.12º LEC, que regula la competencia territorial interna para los pleitos de competencia desleal. Semejante recurso hermenéutico no puede considerarse anómalo o arbitrario; y es además utilizado en algunos sistemas jurídicos de nuestro entorno (como el alemán), que carecen de normas autónomas de competencia judicial internacional y en los que se aplica en sustitución de ellas, con doble funcionalidad, las de competencia territorial interna.

Pues bien, resulta significativo, de entrada, que en ese ámbito de la competencia territorial interna, el foro recogido en el art. 52.1.12º se haya desgajado del que para otras acciones indemnizatorias (como por ejemplo, las referidas a los daños derivados de la circulación de vehículos a motor: ap. 9º) vienen aludidas en el mismo precepto. El artículo en cuestión establece que “En los juicios en materia de competencia desleal, será competente el tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, su domicilio o lugar de residencia, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante”. La norma nos parece de pertinente alegación en este caso, precisamente por la vocación de internacionalidad que tiene el supuesto que en ella se aborda, en que el demandado (como aquí acontece) no está domiciliado en España. Resulta extremadamente significativo que en esos supuestos, el Legislador haya querido que la competencia territorial interna recaiga en los Tribunales del lugar “donde se produzcan los efectos del acto”. Una norma que carecería de efecto útil si hubiera que rechazar la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles cuando el demandado no esté domiciliado en nuestro país ni pueda ubicarse en territorio español un daño resarcible, sino sólo los efectos reales o potenciales del comportamiento desleal. Produciendo además su invocación, para casos como el presente, una benéfica coincidencia *forum-ius*, a tenor de lo dispuesto en el art. 6.1º del Reglamento 864/2007 (Roma I) antes citado.

Concluimos el análisis que estamos realizando trasladando las conclusiones preliminares que hemos alcanzado en los párrafos precedentes a lo que aquí se enjuicia y verificando si la interpretación propugnada es compatible o bien optimiza valores constitucionales, como los recogidos en el art. 24 CE o en el art. 6.1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil”).

Habiendo alcanzado la conclusión de que la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en un pleito de la presente naturaleza debe tenerse por bien fundada si el acto desleal frente al que se dirige la reclamación produce o puede producir efectos en España, llegamos a la conclusión de que esos efectos, tras un examen *prima facie* de los pedimentos deducidos y de la documentación aportada, efectivamente se han producido o pueden producirse en territorio español, tal y como afirma la demandante. Y no sólo eso: aunque no hay norma alguna que exija que tales efectos tengan una mínima relevancia, desde luego tras un examen preliminar resulta insostenible afirmar que los mismos sean “indirectos, tangenciales, secundarios y circunstanciales” como afirma la demandada.

En efecto, responde a una primera aproximación intuitiva afirmar que el hecho de que una empresa con sede en España se haya visto desposeída de la participación de control en una sociedad extranjera que ostenta la titularidad sobre el mayor hallazgo en el mundo de recursos no convencionales (shale oil y shale gas); dando ello pie a que sus inmediatos competidores se prevalgan (o puedan prevalerse) de tal situación en el mercado mundial de los hidrocarburos, genera desde luego efectos en el mercado español. En el cuerpo del escrito de demanda (pág. 58) se alude ya, como ejemplo de esos efectos: a) a la rebaja por la Agencia Standard & Poor's de la calificación crediticia a largo plazo de Repsol-YPF desde BBB a BBB-, con perspectiva negativa, y la calificación a corto plazo desde A-2 a A-3 en fecha

19 abril 2012 (...); b) a la reducción de la retribución a los accionistas (...) que se ha hecho necesaria para contrarrestar el efecto anterior; y c) a la evolución negativa del valor de la acción de la actora, por referencia a la de los competidores de dicha compañía a nivel mundial (...).

Esos efectos aparecen expuestos además de forma detallada, conjunta y sistemática en el informe pericial de 7 septiembre 2012 aportado en fecha 10 septiembre 2012 por la representación procesal de la demandante, firmado por D. Daniel López Suárez de la entidad The Boston Consulting Group, en el que se razona, con profusión de datos, cifras e informaciones, que la continuidad de los actos de competencia desleal cuya declaración de deslealtad se pretende es susceptible de perjudicar seriamente la posición competitiva de la compañía española Repsol, S.A. en el negocio internacional de exploración y producción de hidrocarburos tipos *hale*; lo que ciertamente constituye un activo inmaterial cuya lesión, para una empresa con sede en territorio español, indudablemente surte efectos en España. Esa lesión se concretaría, por un lado en la potencial caída de los resultados económicos que puede obtener Repsol, S.A. por referencia a la situación en que los actos de competencia desleal no se hubieran producido; y por otro, en la pérdida real de la posibilidad de alumbrar alianzas estratégicas con otras multinacionales del sector (...), así como de obtener financiación en los mercados a sus proyectos (...). Tales datos, cifras e informaciones consideramos que constituyen una evidencia *prima facie* bastante de que la conducta desleal imputada a la demandada produce o puede producir efectos en España; sin que lógicamente pueda exigirse ni declararse en este trámite que se ha constituido una prueba plena e irrefutable de un daño en nuestro país, lo que prácticamente equivaldría prejuzgar una futura e hipotética acción indemnizatoria que ni siquiera aquí se ejerce.

Sin embargo, coadyuvando de manera decisiva a la hermenéutica que acaba de hacerse del concepto de "ocurrencia del daño" en los términos empleados por el art. 22.3º LOPJ como "lugar de producción de los efectos" en territorio español, juzgamos además que esa interpretación es la única que, en el presente caso, ponderadas todas las circunstancias concurrentes, garantiza una efectiva tutela judicial de la demandante. Y ello por cuanto el planteamiento de la cuestión ante la jurisdicción argentina, al margen de los cuestionamientos constitucionales que puedan hacerse en dicho país de los actos legales y gubernativos en que se basa la demandada para llevar a cabo las conductas desleales que se le imputan, no permite a la actora plantear en absoluto la cuestión de la eficacia internacional de la expropiación de su participación en YPF, S.A., lo que tiene evidente relevancia en un mercado universal como es el de los hidrocarburos. Por lo que en tal sentido, cuanto menos la afirmación de la competencia judicial de los Juzgados españoles y así la de este órgano (susceptible de fundar una resolución cuyo reconocimiento podría obtenerse de modo casi automático para todo el territorio de la UE) puede sin duda apoyarse en un foro de necesidad Repsol (institución cuya admisión en Derecho español viene defendida, al margen de este procedimiento, por los prestigiosos académicos firmantes de los dos informes acompañados por ambas partes a sus respectivos escritos alegatorios: véase A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, *Derecho Internacional Privado, Volumen I*, Granada: Comares, 2004, p. 158 así como M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid: Civitas, 2000, p. 46). Foro de necesidad que opera de forma muy excepcional en todos aquellos casos en que la remisión del demandante a otra jurisdicción extranjera cuya mejor competencia se afirme equivalga a una denegación de justicia y que resultaría directamente inferible del art. 24 CE en concordancia con los Pactos Universales sobre Derechos Humanos que a tenor del art. 10.1 de nuestra Norma Fundamental integran también su interpretación.

Y esta última valoración exige una última y breve explicación, habida cuenta de la alta consideración que para este órgano merece la justicia argentina. Ni la demandante afirma en ninguno de sus extensos escritos alegatorios, ni este Juzgador tiene motivo alguno para poner en cuestión, que las pretensiones aquí deducidas puedan ser sustentadas en un juicio imparcial con plenas garantías ante los Tribunales de Argentina. Sin embargo, resulta evidente que una acción tan singular como la que aquí se ejerce (declaración de deslealtad del aprovechamiento por una sociedad extranjera de una expropiación ejecutada por el Estado al que dicha sociedad pertenece con infracción de normas) resultaría simplemente desatendida si se remitiera al demandante a la justicia del Estado expropiador; pues esta última vería constreñido el análisis de la ilicitud que se alega como base de la infracción de desleal-

tad a la legalidad del acto expropiante o a lo sumo su constitucionalidad. Sin embargo, ni el ajuste a la legalidad interna ni la declaración formal de constitucionalidad del acto expropiador son condiciones necesarias ni suficientes para su reconocimiento internacional ante la justicia civil de los demás Estados extranjeros, siendo ése el plus de orden público que este Juzgador deberá valorar y que, por motivos lógicos, no puede ser defendido por la parte actora ante la justicia argentina. Este último razonamiento puede ser más fácilmente comprendido si se cae en la cuenta de que ninguno de los pronunciamientos de los Tribunales civiles de las distintas jurisdicciones que se reseñan en la parte final del fundamento jurídico segundo de esta resolución, que rechazan reconocer efectos en el orden jurídico-privado a una nacionalización, podría haber sido obtenido precisamente ante la del Estado responsable de la nacionalización o expropiación. Por todos los motivos expuestos, debemos en definitiva afirmar el ajuste a Derecho del ejercicio de jurisdicción por este órgano en la presente causa y desestimar la declinatoria que contra la misma se ha deducido.

[REPSOL, S.A / YPF, S.A]

COMPETENCIAS ESPECIALES EN “MATERIA CONTRACTUAL” Y EN “MATERIA DELICTUAL O CUASIDELICTUAL” EN EL RREGLAMENTO BRUSELAS I

2013/12.– Tribunal de Justicia, Sala Quinta, Sentencia 18 julio 2013. Asunto C–147/12. Ponente: T. von Danwitz.

Cooperación judicial en materia civil.– Reglamento (CE) n° 44/2001.– Órgano jurisdiccional competente.– Competencias especiales en “materia contractual” y en “materia delictual o cuasidelictual”.

Normas aplicadas: Art. 5.3º Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

22. Mediante sus cuestiones prejudiciales primera a tercera, que es preciso examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el concepto de “materia delictual o cuasidelictual”, que figura en el art. 5.3º Reglamento n° 44/2001, debe entenderse de modo que incluya las demandas presentadas por el titular de un crédito de una sociedad anónima para exigir la responsabilidad por las deudas de dicha sociedad, por un lado, a un miembro de su consejo de administración y, por otro, a un accionista de ésta, debido a que permitieron que la citada sociedad siguiera funcionando a pesar de que estaba infracapitalizada y obligada a solicitar la declaración de liquidación. [...]

36. Como se desprende también de la resolución de remisión, las referidas demandas no se basan en un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra, sino en la alegación de que el administrador de Copperhill, al no haber realizado ciertas formalidades destinadas a controlar la situación económica de dicha sociedad, así como el accionista principal de ésta, incumplieron sus obligaciones legales permitiendo que la citada sociedad siguiera funcionando a pesar de que estaba infracapitalizada y obligada a solicitar la declaración de liquidación. En virtud de la legislación aplicable, ese administrador y dicho accionista pueden, en su caso, ser considerados responsables de las deudas de Copperhill.

37. Pues bien, aun cuando las demandas de que se trata en el litigio principal van dirigidas a exigir al referido administrador y al citado accionista la responsabilidad por las deudas de Copperhill, dichas demandas permiten, ante todo, obtener el pago de los créditos que, por no haber cumplido sus obligaciones legales el administrador y el accionista de esa sociedad, no han podido cobrarse por completo a la citada sociedad. En el presente caso, estas acciones pretenden la reparación del perjuicio resultante del hecho de que Toréns y Kakelmässon hayan realizado obras para Copperhill sin poder obtener, con

posterioridad, de la mencionada sociedad, el pago íntegro de las cantidades adeudadas por ésta por dichas obras.

38. De ello se deduce que las demandas de que se trata en el litigio principal, sin perjuicio de la calificación de otras demandas que puedan presentarse contra un administrador o un accionista de una sociedad, están incluidas en el ámbito de aplicación del art. 5, nº 3, del Reglamento nº 44/2001.

39. A este respecto, los Gobiernos sueco y griego sostienen que la calificación de las demandas de que se trata en el litigio principal a la luz del art. 5, números 1 y 3, del Reglamento nº 44/2001, dado que dichas demandas pretenden acreditar la responsabilidad del administrador o del accionista de una sociedad anónima por las deudas de dicha sociedad, deberían recibir la misma calificación que las deudas de la sociedad de modo que se incluyan en la materia contractual y no contractual según los casos.

40. Esta interpretación no es admisible.

41. En efecto, provocaría que se multiplicasen los tribunales competentes para conocer de demandas que cuestionasen un mismo comportamiento ilegal del administrador o del accionista de la sociedad de que se trate, en función de la naturaleza de las diferentes deudas de dicha sociedad que pueden ser objeto de tales demandas. Pues bien, en tal situación, el objetivo de proximidad de las reglas de competencia especiales establecidas en el art. 5, números 1 y 3, del Reglamento nº 44/2001, basadas en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre el contrato o el lugar donde se ha producido el hecho dañoso y el tribunal que debe conocer del mismo (véanse en este sentido, en particular, SS 25 febrero 2010, Car Trim, C-381/08, ap. 48 y jurisprudencia citada, y 16 mayo 2013, Melzer, C-228/11, ap. 26 y jurisprudencia citada), se opone a que la determinación del tribunal competente pueda depender de la naturaleza de las deudas de la sociedad afectada. Asimismo, procede señalar que, por lo que respecta al demandado que es responsable de las deudas ajenas, tal interpretación de las reglas de competencia previstas en el art. 5 de dicho Reglamento no presentaría el grado de previsibilidad exigido por el cdo. 11 del citado Reglamento.

42. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones primera a tercera que el concepto de “materia delictual o cuasidelictual”, que figura en el art. 5, nº 3, del Reglamento nº 44/2001, debe entenderse de modo que incluya demandas como de las que se trata en el litigio principal presentadas por un acreedor de una sociedad anónima para exigir la responsabilidad por las deudas de dicha sociedad, por una parte, a un miembro de su consejo de administración y, por otra parte, a un accionista de ésta, debido a que permitieron que la citada sociedad siguiera funcionando a pesar de que estaba infracapitalizada y obligada a solicitar la declaración de liquidación.

Sobre la cuarta cuestión prejudicial

43. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el concepto de “materia delictual o cuasidelictual”, que figura en el art. 5, nº 3, del Reglamento nº 44/2001, debe entenderse de modo que incluya una demanda presentada por un acreedor contra el accionista de una sociedad que se ha comprometido a pagar las deudas de ésta.[...]

46. Pues bien, en el presente caso, debe señalarse que, por lo que respecta a su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente indica solamente que Evergreen había “prometido” pagar a Toréns y Kakelmåssan o transferir recursos a Copperhill para que ésta pudiera pagar, sin precisar, no obstante, las circunstancias fácticas de dicha “promesa” ni el fundamento jurídico o el objeto de la acción ejercitada contra el autor de la citada “promesa”. En estas circunstancias, la petición de decisión prejudicial no permite al Tribunal de Justicia llegar a una interpretación eficaz del art. 5, nº 3, del Reglamento nº 44/2001.

47. Por consiguiente, procede declarar la inadmisibilidad de la cuarta cuestión.

Sobre las cuestiones prejudiciales quinta y sexta

48. Mediante sus cuestiones prejudiciales quinta y sexta, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el concepto de “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”, que figura en el art. 5, nº 3, del Reglamento nº 44/2001,

debe interpretarse en el sentido de que, por lo que se refiere a demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un miembro del consejo de administración así como de un accionista de una sociedad anónima por las deudas de dicha sociedad, el citado lugar se sitúa en el Estado miembro del domicilio social de la mencionada sociedad. [...]

53. A este respecto, hay que indicar que, en una situación como de la que se trata en el litigio principal, cuyo objeto son demandas basadas en la alegación de que el administrador y el accionista principal de Copperhill no cumplieron sus obligaciones legales respecto al control de la situación económica de dicha sociedad y la continuación de la actividad por ésta, a pesar de que estaba infracapitalizada y obligada a solicitar la declaración de liquidación, de lo que se trata no es de la situación económica o la actividad de la citada sociedad, como tales, sino la conclusión que debe sacarse respecto a una eventual omisión de control que incumbe al administrador y al accionista.

54. De los autos que obran en el Tribunal de Justicia se desprende que, durante el período en el que tuvieron lugar los hechos objeto del litigio, el domicilio social de Copperhill estaba situado en el municipio de Åre, que pertenece a la jurisdicción del Östersunds tingsrätt, en la que dicha sociedad, durante este período, realizó sus actividades y construyó un hotel. En estas circunstancias, resulta que las actividades desarrolladas así como la situación económica relativa a dichas actividades tienen un nexo con este lugar. En cualquier caso, la información sobre la situación económica y la actividad de dicha sociedad, necesarias para el ejercicio de las obligaciones de gestión que incumben al administrador y al accionista, deben estar disponibles en dicho lugar. Lo mismo cabe decir respecto a la información sobre el incumplimiento alegado de las citadas obligaciones. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si esta información es cierta.

55. Por ello, procede responder a las cuestiones quinta y sexta que el concepto de “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”, que figura en el art. 5, nº 3, del Reglamento nº 44/2001, debe interpretarse en el sentido de que, por lo que se refiere a demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un miembro del consejo de administración y de un accionista de una sociedad anónima por las deudas de dicha sociedad, el citado lugar se sitúa en el lugar con el que tienen un nexo las actividades desarrolladas por la sociedad y la situación económica relativa a dichas actividades.

Sobre la séptima cuestión prejudicial

56. Mediante su séptima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la circunstancia de que el crédito de que se trata haya sido transmitido por el acreedor inicial a otra persona tiene, en circunstancias como de las que se trata en el litigio principal, incidencia sobre la determinación del tribunal competente en virtud del art. 5, nº 3, del Reglamento nº 44/2001.

57. A este respecto, procede recordar, por una parte, como se subrayó en el ap. 41 de la presente sentencia, que las reglas de competencia especiales establecidas en el art. 5, nº 3, del Reglamento nº 44/2001 responden a un objetivo de proximidad y se basan en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre el contrato o el lugar donde se ha producido el hecho dañoso y el tribunal que debe conocer del mismo. Pues bien, un litigio sobre créditos incluidos en el ámbito de la materia “delictual o cuasidelictual” sigue teniendo, en principio, una conexión estrecha con el lugar donde se ha producido el hecho dañoso, pese a que dichos créditos hayan sido objeto de una transmisión.

58. Por otra parte, procede señalar que admitir que una transmisión de créditos, realizada por el acreedor inicial, pueda tener incidencia sobre la determinación del tribunal competente en los términos del art. 5, nº 3, del Reglamento nº 44/2001, sería también contrario a uno de los objetivos de dicho Reglamento, recordado en su cdo. 11, según el cual las reglas de competencia deben presentar un alto grado de previsibilidad.

59. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la séptima cuestión que la circunstancia de que el crédito de que se trata haya sido transmitido por el acreedor inicial a otra persona no tiene, en circunstancias como de las que se trata en el litigio principal, incidencia sobre la determinación del tribunal competente con arreglo al art. 5, nº 3, del Reglamento nº 44/2001.

Observaciones: Especial interés reviste en esta sentencia el criterio de que la regla de competencia del art. 5.3º RB I resulta de aplicación a demandas como las del litigio principal en las que un acreedor de una sociedad exige responsabilidad por las deudas de dicha sociedad a un miembro de su consejo de administración y su accionista principal, debido a que permitieron que la citada sociedad siguiera funcionando a pesar de que estaba infracapitalizada y obligada a solicitar la declaración de liquidación. Este resultado se corresponde con el carácter residual del art. 5.3º con respecto al art. 5.1º RB I. Precisamente, la circunstancia clave para rechazar la aplicación en el presente caso del fuero contractual es la ausencia de una obligación jurídica libremente asumida entre las partes, pues la acción del demandante en el litigio principal se basa en las disposiciones de la legislación sueca que permiten considerar responsables de las deudas de una sociedad a su administrador y su accionista principal cuando incumplen sus obligaciones y permiten que una sociedad siga funcionando a pesar de estar infracapitalizada y obligada a solicitar la liquidación (ap. 36). La atribución de responsabilidad a los administradores o a ciertos accionistas en tales circunstancias constituye un mecanismo de tutela de terceros acreedores de la sociedad. El Tribunal aprecia la existencia de un nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina, requerido para que exista responsabilidad extracontractual, habida cuenta de que las acciones ejercitadas en el litigio principal pretenden obtener la reparación del perjuicio resultante del impago de ciertos créditos que no han podido ser cobrados por el incumplimiento de las obligaciones legales del administrador y el accionista. No obstante, la sentencia deja abierta la posibilidad de que en circunstancias distintas a las del litigio principal, la calificación de otras demandas contra un administrador o un accionista de una sociedad pueda ser diferente (ap. 38). Por haber resultado una cuestión controvertida, merece destacarse que el Tribunal, con base en su interpretación previa del art. 5 RB I, y, en particular, de la exigencia de previsibilidad y el objetivo de proximidad, rechaza expresamente la posibilidad de que la calificación como contractual o extracontractual a estos efectos de la demanda frente al administrador o el accionista pueda depender de la naturaleza de la deuda de la sociedad frente al tercero cuyo impago se encuentra en el origen de la demanda, poniendo de relieve que tal posibilidad facilitaría una multiplicidad de tribunales competentes respecto de demandas relativas a un mismo comportamiento ilegal del administrador o del accionista (ap. 41) (*vid.* P.A. De Miguel Asensio, “Responsabilidad de accionistas y administradores por las deudas sociales: cuestiones de competencia judicial internacional”, *La Ley: UE*, nº 9, 2013, pp. 35–36; REDI 2014–2–Pr y nota de A. Espiniella Menéndez).

Esta sentencia aborda también la concreción del criterio atributivo de competencia empleado en el art. 5.3º RB I, habida cuenta de que el administrador y el accionista principal a los que se pretende exigir responsabilidad tenían su domicilio en los Países Bajos, mientras que la sociedad de cuyas deudas se pretende que respondan por el incumplimiento de sus obligaciones es una sociedad sueca. El órgano judicial sueco remitente pregunta al Tribunal de Justicia si en tales circunstancias el eventual hecho dañoso debe considerarse producido en los Países Bajos o en Suecia. Con base en el conocido criterio de que la regla del art. 5.3º RB I se funda en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y los tribunales del lugar del daño a los que se atribuye competencia, así como en el alto grado de previsibilidad de tal lugar para las partes en el litigio, el Tribunal concluye que lo determinante en estos casos es localizar la eventual omisión de control de las actividades de la sociedad por parte del administrador y el accionista a los que se pretende exigir responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones de control de la sociedad. Para llevar a cabo esa localización, el Tribunal considera determinante el lugar en el que la sociedad ha llevado a cabo las actividades que debían ser controladas así como la situación económica relativa a dichas actividades. En el caso concreto, dicho lugar coincide con el domicilio social de la sociedad de cuyas deudas se pretende que respondan el administrador y el accionista principal. No obstante, la localización del lugar del daño en atención a dónde la sociedad ha llevado a cabo las actividades respecto de las que el administrador y accionista han omitido el control, abre la posibilidad de identificar una pluralidad de lugares del daño, cuando tales actividades se han desarrollados en diversos lugares, lo que puede introducir un factor de complejidad en la aplicación del criterio establecido por el Tribunal de Justicia. Del criterio adoptado por el Tribunal de Justicia resulta que el domicilio del administrador y del accionista a los que se pretende exigir responsabilidad por las

deudas de la sociedad no son en principio elementos determinantes en la concreción del lugar del daño en este tipo de situaciones internacionales. En todo caso, cabe apreciar cómo típicamente los tribunales de ese lugar serán competentes para conocer de la demanda, con base en el fuero general del domicilio del demandado (art. 2 RB I) y, en su caso, el fuero de la pluralidad de demandados (art. 6.1º RB I). (PdMA).

DETERMINACIÓN DE LA VALIDEZ DE UNA CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA A LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

2013/13.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, Sentencia nº 326/2013 de 12 septiembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Garnica Martín. JUR\2013\341308.

Competencia judicial internacional en el orden civil.– Propiedad intelectual.– Acciones de carácter extracontractual.– Competencia judicial de los tribunales españoles.– Foro del lugar en el que se hubiere producido o pudiera producirse el hecho dañoso.– Aplicación improcedente.– Acciones de carácter contractual: art. 23.1º RB I.– Requisitos de forma para determinar la validez de la cláusula de sumisión expresa.

Normas aplicadas: Art. 5.3º y 23.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

14. Tandem insiste en su alegación de que los tribunales españoles carecen de jurisdicción para conocer de la demanda interpuesta por Atrium, tal y como adujo en su declinatoria, con fundamento en que las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos son nulas por su falta de claridad y porque el art. 5.3º Reglamento 44/2001, de 22 diciembre 2000 (conocido como Bruselas I), atribuye la competencia a los tribunales del lugar en el que se hubiere producido o pudiera producirse el hecho dañoso, ya que, según estima, las acciones ejercitadas son de responsabilidad extracontractual. [...]

15. No compartimos con la demandada que resulte de aplicación en el caso el art. 5.3º RB I, que únicamente se refiere a acciones de carácter extracontractual (delictual o cuasidelictual, en la terminología que emplea el Reglamento). Y, aunque no es infrecuente que en materia de propiedad intelectual se puedan ejercitar acciones de carácter extracontractual, lo relevante es que en el caso en examen las acciones que se han ejercitado son contractuales, al menos las acciones principales, ya que están referidas a los contratos de edición que firmaron las partes.

16. El art. 23.1º Reglamento 44/2001 antes referido establece que [...].

17. No existe ningún inconveniente a la validez del pacto que derive de la materia objeto del proceso, atendido que no se encuentra entre los casos de fueros exclusivos que se citan en el art. 22 del propio Reglamento, ni incurre en otras prohibiciones específicas contenidas en el propio Texto legal comunitario.

Y tiene razón la actora cuando afirma que el Tribunal Europeo no ha sido especialmente exigente en la interpretación de los requisitos de forma establecidos en el art. 23.1º Reglamento (antes art. 17 Convenio de Bruselas) para la validez de las cláusulas de sumisión expresa. No podemos compartir con Tandem que haya que acudir a las normas del Derecho interno sino que es el propio Reglamento el que establece cuáles son requisitos de forma, de manera muy flexible, como evidencia la lectura de la norma.

18. Tampoco podemos compartir con la recurrente Tandem que las cláusulas de sumisión expresa que aceptó y firmó al suscribir los contratos en los que la actora funda las acciones que ejercita sean nulas. En ellas se establece con absoluta claridad la voluntad de las partes de someter las disputas que puedan originar la interpretación y aplicación de esos contratos a los tribunales españoles, e incluso a la legislación española (lo que a estos efectos es irrelevante). Esto es lo único trascendente desde la

perspectiva de la validez de las cláusulas, para resolver los posteriores conflictos de competencia internacional.

19. Carece de trascendencia a estos efectos que uno de los contratos no hiciera esa referencia a la voluntad de someterse a los tribunales españoles de la forma más afortunada posible, al expresar, en su texto en lengua inglesa “...(t)he validity, construction and performance of this Agreement shall be governed and interpreted in accordance with the laws of Spain and the parties submit to the jurisdiction of the High Court of Spain which shall have exclusive jurisdiction over any dispute arising herefrom” (...). Que la cláusula se refiera a la “High Court of Spain” en lugar de hacerlo simplemente a los tribunales españoles no es lo relevante en el contenido de esa estipulación sino que resulta evidente a partir de su lectura que las partes quisieron someterse a los tribunales españoles, y dentro de los mismos a quien ostentara la competencia en la materia.

En el contrato de 1 marzo 2005 la referencia es más afortunada pues la estipulación se refiere a “of the Competent Court of Spain which shall have exclusive jurisdiction”.

En ambos casos, esto es lo único trascendente, que las partes pactaron someter sus diferencias a los tribunales españoles, lo que determina que quedara fijada su competencia internacional. Por tanto, no puede prosperar el recurso de la demandada. [...]

[ATRIUM GROUP DE EDICIONES Y PUBLICACIONES, S.L. / TANDEM VERLAG GMBH]

TRIBUNALES COMPETENTES EN MATERIA DE INFRACCIONES DE DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR COMETIDAS A TRAVÉS DE INTERNET

2013/14.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 3 octubre 2013. Asunto C–170/12.
Ponente: M. Safjan.

Competencia judicial internacional.– Reglamento (CE) nº 44/2001.– Competencia judicial.– Materia delictual o cuasidelictual.– Derechos patrimoniales de un autor.– Soporte material que reproduce una obra protegida.– Oferta en línea.– Determinación del lugar donde se ha materializado el daño.

Normas aplicadas: Art. 5.3º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

22. Mediante sus cuestiones, que procede reformular, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide, esencialmente, si el art. 5.3º Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una vulneración de los derechos patrimoniales de autor garantizados por el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda, éste es competente para conocer de una acción de responsabilidad ejercitada por el autor de una obra contra una sociedad domiciliada en otro Estado miembro y que ha reproducido en él dicha obra en un soporte material que, a continuación, ha sido vendido por sociedades domiciliadas en un tercer Estado miembro a través de un sitio de Internet accesible también desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda. [...]

39. Ante todo, ha de señalarse que es cierto que los derechos patrimoniales de un autor están sujetos, al igual que los derechos vinculados a una marca nacional, al principio de territorialidad. No obstante, los referidos derechos patrimoniales deben protegerse, en particular en virtud de la Directiva 2001/29, de modo automático en todos los Estados miembros, aunque puedan ser vulnerados, respectivamente, en cada uno de ellos en función del Derecho sustantivo aplicable.

40. A este respecto, procede señalar, de entrada, que las cuestiones de, por una parte, en qué condiciones puede considerarse vulnerado un derecho protegido en el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya ejercitado la acción y, por otra, si dicha vulneración es imputable al demandado, corresponden al examen de fondo del órgano jurisdiccional competente (véase, en este sentido, la sentencia Wintersteiger, ap. 26).

41. En efecto, en la fase de examen de la competencia de un tribunal para conocer de un daño, la identificación del lugar de la materialización del mismo en el sentido del art. 5.3º Reglamento no puede depender de criterios que son propios de dicho examen de fondo y que no figuran en la citada disposición. Ésta prevé, en efecto, como única condición el hecho de que se haya producido o pueda producirse un daño.

42. Por lo tanto, contrariamente al art. 15, ap. 1, letra c) Reglamento, que ha sido interpretado en la S 7 diciembre 2010, Pammer y Hotel Alpenhof (C-585/08 y C-144/09), el art. 5.3º de dicho Reglamento no exige, en particular, que la actividad controvertida “se dirija al” Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción.

43. Por consiguiente, en lo que respecta a la presunta vulneración de un derecho patrimonial de autor, la competencia para conocer de una acción en materia delictual o cuasidelictual ya está establecida en favor del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda cuando el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra dicho órgano jurisdiccional protege los derechos patrimoniales que invoca el demandante y el daño alegado puede materializarse en la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ejercite la acción.

44. En circunstancias como las del litigio principal, el referido riesgo se deriva, en particular, de la posibilidad de obtener, en un sitio de Internet accesible desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda, una reproducción de la obra a la que están vinculados los derechos que invoca el demandante.

45. En cambio, habida cuenta de que la protección que otorga el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda únicamente es válida para el territorio de dicho Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional sólo será competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenezca.

46. En efecto, si dicho órgano jurisdiccional fuera también competente para conocer del daño causado en el territorio de otros Estados miembros, sustituiría a los tribunales de dichos Estados, mientras que éstos son, en principio, competentes, en virtud del art. 5.3º Reglamento y del principio de territorialidad, para conocer del daño causado en el territorio de su respectivo Estado miembro y están en mejores condiciones de valorar, por una parte, si efectivamente se han vulnerado los derechos patrimoniales de autor garantizados por el Estado miembro de que se trate y, por otra parte, para determinar la naturaleza del daño causado.

47. Habida cuenta de todo lo anterior, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el art. 5.3º Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una vulneración de los derechos patrimoniales de autor garantizados por el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda, éste es competente para conocer de una acción de responsabilidad ejercitada por el autor de una obra contra una sociedad domiciliada en otro Estado miembro y que ha reproducido en éste la referida obra en un soporte material que, a continuación, ha sido vendido por sociedades domiciliadas en un tercer Estado miembro a través de un sitio de Internet accesible también desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda. Dicho órgano jurisdiccional únicamente es competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenece.

[PETER PINCKNEY Y KDG MEDIATECH AG]

Observaciones: Esta nueva sentencia acerca de la interpretación del art. 5.3º RB I a actividades desarrolladas a través de Internet aborda cuál es la situación con respecto a la vulneración de derechos

patrimoniales de autor –cuya protección, si bien territorial, no se subordina a un acto previo de registro–, y además plantea la cuestión del significado en este contexto de la mera accesibilidad de un sitio de Internet como factor relevante al determinar la competencia judicial internacional. Por una parte, en paralelo con lo afirmado con respecto a los derechos de propiedad industrial, a partir del carácter también territorial de los derechos patrimoniales de autor, el Tribunal vincula en estos casos el lugar de materialización del daño con el dato de que se trate del territorio en el que se protegen los derechos que invoca el demandante (ap. 43) (en el litigio principal, según parece, el demandante alegaba la vulneración en Francia de los derechos establecidos en la legislación francesa). Por otra parte, el Tribunal opta por un criterio, condicionante del resto de su análisis, según el cual en la fase de determinación de la competencia judicial, la concreción del lugar del daño por el tribunal ante el que se presenta la demanda a los efectos del art. 5.3º RBI no puede depender de criterios que son propios del examen de fondo y que no figuran en el propio art. 5.3º, que prevé como única condición el que se haya producido o pueda producirse un daño (ap. 41). (Vid. P. De Miguel Asensio, “Tribunales competentes en materia de infracciones de derechos patrimoniales de autor cometidas a través de Internet”, *La Ley: UE*, nº 11, 2014, pp. 36–38; REDI 2014–4–Pr y nota de J. Maseda Rodríguez).

Elemento clave de esta sentencia es la cuestión de si basta la mera accesibilidad del sitio de Internet en el territorio cuyos derechos supuestamente se han infringido o, si por el contrario, para que se localice ahí el lugar de manifestación del daño a los efectos del art. 5.3 RB I resulta apropiado exigir alguna conexión adicional, como que el sitio dirija su actividad a dicho Estado, en línea precisamente con la propuesta del Abogado General en este asunto. a respuesta del Tribunal, precisamente al distanciarse del criterio del Abogado General, se basa en la idea de que tratándose de la supuesta vulneración de derechos territoriales, la accesibilidad del sitio web de Internet relevante en el territorio al que van referidos los derechos cuya protección se reclama, resulta suficiente para localizar el lugar de manifestación del daño a los efectos del art. 5.3º RB I, correspondiendo al análisis sobre el fondo del asunto determinar si como consecuencia de la actividad de ese sitio de Internet existe o no infracción. Quienes tradicionalmente han rechazado que la mera accesibilidad deba ser suficiente a estos efectos, lo han hecho poniendo de relieve los riesgos –incluso de falta de previsibilidad– que puede implicar para el demandado en situaciones en las que su página web claramente no va dirigida (y no produce efectos relevantes) en el foro, habida cuenta del alcance potencialmente global de todos los sitios de Internet, accesibles desde cualquier lugar del mundo (dejando a un lado el eventual recurso a mecanismos de restricción, como los basados en herramientas de geolocalización). Se trata de un riesgo más intenso en principio en el caso de las pretendidas infracciones de derechos de marca y de competencia desleal, que en el caso de los derechos de autor. De hecho, es cierto que en particular en relación con estos últimos, sitios de Internet dirigidos a uno o varios mercados pueden producir efectos sustanciales en otros, desde los que acceden usuarios (incluso a través de enlaces en sitios que van dirigidos a esos otros países).

Cabe dudar de si, incluso partiendo del criterio adoptado por el Tribunal, no hubiera sido posible introducir una cierta matización, respetuosa con la circunstancia de que en el presente asunto el sitio web en cuestión comercializaba las obras supuestamente infractoras en soporte tangible (CD). En concreto, cabe plantear si no hubiera sido apropiado recoger la exigencia, para fijar el lugar de materialización del daño, de que no sólo el sitio a través del cual se venden las copias esté accesible en el Estado para el que se reclama la protección sino que además a través del mismo se vendan o pretendan vender copias en ese Estado. Se trata de una matización relevante, pues muchos sitios de Internet están accesibles en todo el mundo, pero sólo comercializan sus servicios o productos en algún o algunos Estados. ¿Resultaría apropiado que un tribunal francés se declarara competente para conocer de la infracción de una marca francesa (obviamente en Francia) por parte de un sitio web español de venta de sushi a domicilio que sólo sirve sus productos en el centro de Madrid, por el simple hecho de que el sitio web, como es habitual, esté tan accesible en París como en Madrid? En principio, la respuesta debería ser que no.

De hecho, del ap. 11 de la sentencia resulta que el tribunal francés que en primera instancia se declaró competente lo hizo al considerar que: “el hecho de que el Sr. Pinckney pudiera adquirir los discos de que se trata desde su domicilio francés en un sitio de Internet abierto al público francés bastaba para establecer un vínculo sustancial entre los hechos y el daño alegado que justificara la competencia del

órgano jurisdiccional ante el que se había presentado la demanda”. A la luz del texto literal del fallo de la sentencia del Tribunal de Justicia, parece que ese órgano debería declararse competente con independencia de que se puedan adquirir en su circunscripción los discos, si el sitio web a través del que se comercializan está accesible en ese territorio (obviamente, sin perjuicio de que el tribunal francés al resolver sobre el fondo del asunto concluyera que no hay infracción en Francia). No obstante, la verificación de que en el caso concreto la accesibilidad del sitio web en el territorio para el que se reclama la protección permite apreciar que se ha producido o puede producirse un daño en ese concreto territorio a los efectos del art. 5.3º RB I, parece apropiada en el contexto global de Internet, y conforme con lo establecido en los aps. 41 y 43 de la sentencia.

Esta falta de matización por parte del Tribunal parece reiterativa, si se vincula con el dato de que en la sentencia *eDate Adverting y Martinez* el Tribunal no limitó expresamente, como proponía el Abogado General, la atribución de competencia para el conjunto de la reclamación a los tribunales del Estado miembro del centro de intereses de la víctima, a las situaciones en las que la información de que se trate sea objetivamente relevante en ese país. En todo caso, es importante destacar que en el caso de la sentencia *Pinckney*, como hace el propio fallo, el alcance de la competencia basada en el lugar de materialización del daño se restringe a la infracción de los derechos patrimoniales de autor en el foro, lo que tendrá como consecuencia el limitado alcance de las medidas de cesación que puede adoptar un tribunal competente con base en ese criterio así como de los daños sobre los que puede pronunciarse (PdMA).

PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA RELATIVO AL DERECHO DE UNA PERSONA SOMETIDA A CURATELA A DISPONER DE INMUEBLES DE SU PROPIEDAD SITOS EN OTRO ESTADO MIEMBRO

Nuria MARCHAL ESCALONA *

1. En este asunto, el *Sofiyski Gradski Sad* (Tribunal Municipal de Sofía) planteó ante el TJ una cuestión relativa a la interpretación del ámbito de aplicación del art. 22.1º RB I –que será derogado a partir del 10 enero 2015 por el Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351 de 20.12.2012, pp. 1–32)–. En concreto, debía resolver si dicho precepto resulta aplicable sólo a los procedimientos contenciosos en materia de derechos reales inmobiliarios, o si también se aplica a los de jurisdicción voluntaria en los que ciudadanos de un Estado miembro, que han sido parcialmente incapacitados por los tribunales de otro Estado, solicitan una autorización para poder disponer de inmuebles de su propiedad sitos en otro Estado miembro. Las dudas del órgano judicial remitente surgen a raíz de un procedimiento de jurisdicción voluntaria iniciado a instancia del Sr. *Schneider*, ciudadano húngaro sometido a curatela, en el que solicitaba autorización para vender la cuota indivisa de un bien inmueble –la otra mitad pertenecía a su hermano– sito en la ciudad de *Lóvech* (Bulgaria), que había heredado tras el fallecimiento de su madre. Según al art. 168.2º en relación con los arts. 165.4º y 130.3º del *Semeen Kodeks* (Ley de Familia búlgara), los actos de disposición de inmuebles que son propiedad de personas parcialmente incapacitadas precisarán autorización del *Rayonen Sad* (Tribunal regional) en cuya circunscripción territorial tengan su domicilio dichas personas, autorización que será concedida siempre que tal acto de disposición no resulte contrario a los intereses de las mismas. Con el consentimiento del curador, que había sido designado por el tribunal húngaro, el Sr. *Schneider* solicitó al *Sofiyski Rayonen Sad* (Tribunal Regional de Sofía) dicha autorización. Dicho órgano denegó tal solicitud, al considerar que resultaba contrario a los intereses del Sr. *Schneider*. Esta decisión fue recurrida en apelación ante el *Sofiyski Gradski Sad* (Tribunal Muni-

* Profesora titular de DIPr. Universidad de Granada.

cial de Sofía), quien decidió suspender el procedimiento y plantear al TJ (REDI 2014–3–Pr y nota de C. González Beilfuss).

Desde nuestro punto de vista, nunca debió ser planteada la presente cuestión prejudicial por una razón meramente procesal (N. Marchal Escalona, “Los límites de lo ‘real’ y de lo ‘personal’ en el sistema europeo de competencia judicial”, *La Ley: UE*, nº 12, 2014, pp. 7–17). La introducción del objeto procesal corresponde al demandante, y en los procedimientos de jurisdicción voluntaria al que esté legitimado para ello. La calificación de la pretensión procesal es la que determina la norma de competencia judicial internacional en la que se subsume el litigio y, por tanto, la que resulta aplicable. En el presente caso, no hay duda de que el Sr. Schneider solicita la referida autorización, porque carece de la capacidad de obrar necesaria para ejercitar sus derechos. Y, por tanto, es una cuestión excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento. La mera existencia de un bien inmueble en el caso no influye, ni debe influir en la configuración del litigio. No obstante, en el caso de haber sido presentada la correspondiente cuestión prejudicial, esta debería de haber sido expuesta en otros términos, pues el problema que subyacía en el fondo era saber si el hecho de solicitar una autorización para vender un bien inmueble ante los Tribunales de un Estado miembro por un adulto declarado incapaz por los Tribunales de otro Estado miembro, es una cuestión perteneciente al “estatuto personal” o al “real”.

2. Para el TJ, la respuesta estaba clara y fue contundente. El art. 22.1º RB I no resulta aplicable a un procedimiento de jurisdicción voluntaria iniciado por un ciudadano comunitario sometido a tutela, en el que se solicita la oportuna autorización para vender su cuota indivisa de un inmueble sito Bulgaria. Considera, acertadamente, que un procedimiento de esta naturaleza está relacionado con la “capacidad de las personas físicas”, materia excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento, y no con los “derechos reales inmobiliarios”. Nada que objetar en cuanto al fallo y la argumentación en la que el TJ se basa. En concreto, el TJ llega a esta conclusión en varios pasos. En primer lugar, analiza si la solicitud de una autorización para vender un bien inmueble se trata de una cuestión incluida o no dentro del ámbito de aplicación del Reglamento. Para ello, recuerda la jurisprudencia que sobre la interpretación de los términos “materia civil y mercantil” (ex. art. 1) existe para determinar el ámbito de aplicación material del RB I. En segundo lugar, continua analizando si la solicitud de la autorización realizada por el Sr. Schneider entra o no dentro del supuesto de hecho del art. 22.1º RB I, a lo que responde, oportunamente, de forma negativa. A esta conclusión llega teniendo en cuenta las directrices excepcionales que han venido marcando la interpretación de ese foro en los últimos tiempos (STJ 10 enero 1990, *Reichert y Kockler*, C–115/88, ap. 11, y *ČEZ*). Para el TJ, el hecho de que la autorización judicial que solicita la persona sometida a curatela en otro Estado miembro tenga por objeto un inmueble de su propiedad no es decisivo a la hora de calificar si este procedimiento constituye o no una cuestión relativa a un “derecho real inmobiliario” ex art. 22.1º RB I. Para este, es evidente que no se trata de un litigio que tenga por objeto un “derecho real sobre un bien inmueble”, pues no está destinado a determinar la extensión, la consistencia, la propiedad o la posesión de un bien inmueble o a garantizar a la persona sometida a curatela, como propietaria del mismo, la protección de las facultades vinculadas a su título de propiedad. Es más, concluye apostillando que se trata de una cuestión que está relacionada directamente con la capacidad de las personas físicas; materia excluida del ámbito de aplicación del Reglamento.

3. La respuesta del TJ cabe calificarse de correcta, previsible y se ajusta a la jurisprudencia comunitaria existente en la materia. De hecho, esta Sentencia es más valiosa por las incógnitas que plantean los hechos que dieron lugar a la misma que por el fallo en sí. ¿Hasta qué punto resultaba necesario que el Sr. Schneider obtuviera dicha autorización para vender el bien inmueble? ¿Qué ley determina esta cuestión? ¿Tenían los tribunales búlgaros competencia judicial internacional para conocer del caso? ¿Dónde tenía el Sr. Schneider su domicilio? ¿Estaba en Hungría o en Bulgaria? No saber este último dato dificulta considerablemente evaluar si los tribunales búlgaros actuaron o no correctamente. Ante la insuficiencia de información solo cabe conjeturar sobre dicho dato, e indicar cómo debería de haber sido resuelto el asunto. Si la residencia habitual del Sr. Schneider hubiera estado situado en Bulgaria no habría duda de que los tribunales búlgaros tenían competencia territorial e, incluso, internacional para conocer de la

petición planteada. Por lo que, la cuestión que quedaría por determinar es la ley conforme a la cual los tribunales búlgaros deberían de haber resultado la petición solicitada. Antes de ello, es necesario precisar que la necesidad de obtener una autorización puntual para la protección de la personas o de los bienes de un adulto incapaz constituye una medida de protección del mismo. Y, en concreto, sería una cuestión que afecta a su ejercicio no a su constitución, ni a su contenido. La calificación del problema jurídico planteado como una cuestión relativa al ejercicio de la medida de protección resulta fundamental, pues, puede resultar que la ley aplicable a dicha cuestión fuera otra, como así sucede en el ámbito de la protección de los menores (ex art. 15 Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños). Es cierto que en los supuestos internacionales la protección del adulto y, en concreto, de sus bienes, sobre todo, en los casos que, como en el presente, están situados en otro Estado, revela ciertas complicaciones. Así, puede suceder que la *lex rei sitae* exija la obtención de una autorización previa para la venta de un bien inmueble situado en su territorio, pero no así la ley que regule el ejercicio de dicha medida de protección. En tal caso, ¿sería necesario obtener la correspondiente autorización? La respuesta a esta cuestión debe ser en sentido negativo. Como ya hemos señalado, esta cuestión depende de la ley que regule el ejercicio de la correspondiente medida de protección que ha sido concedida al adulto incapaz. En el presente caso, dependería de lo establecido en el sistema conflictual búlgaro. No obstante, en el relato de los hechos no consta que el Tribunal *Sofyski Rayonen* aplicara normativa conflictual alguna para resolver sobre la necesidad de obtener o no dicha autorización. Sólo sabemos que su decisión fue adoptada en base a algunos preceptos recogidos en la Ley de Familia búlgara que exigen la obtención de la correspondiente autorización, por lo que solo cabe conjeturar atendiendo a los datos de los disponemos. Así, es probable que los tribunales búlgaros resolvieran el asunto planteado sin prestar atención a las peculiaridades que presentan las situaciones privadas internacionales y, de ahí, la aplicación de lo dispuesto en la normativa búlgara. En cuyo caso, el proceder de los tribunales búlgaros debería ser objeto de crítica por omitir la internacionalidad del supuesto. No obstante, también es posible que los tribunales búlgaros aplicaran su derecho conflictual, aunque no conste, y que, una vez consultado este, resultara aplicable el Derecho búlgaro y que, por tanto, fuera procedente la exigencia de dicha autorización, según dicho ordenamiento jurídico. En tal caso, nada habría que objetar, al menos en el plano jurídico, a la decisión adoptada por Tribunal búlgaro. Tampoco puede descartarse una tercera opción, y es que dicho Tribunal considerara que la exigencia establecida en el Derecho búlgaro tuviera naturaleza imperativa, y fuera, por tanto, de obligado cumplimiento en los supuestos internacionales. Es cierto que en la exigencia de este tipo de autorizaciones puede observarse la concurrencia de intereses tanto públicos, como privados, pues con ella no solo se protege los intereses del adulto incapaz, sino también los públicos presentes en cualquier asunto que afecte a un bien inmueble. Resultan innegables los estrechos vínculos que unen al fondo del litigio con el territorio del Estado donde está situado. De hecho, quizás sea esta aparente naturaleza imperativa lo que podría explicar el porqué el Sr. Schneider solicitó la autorización para vender el bien inmueble ante los tribunales búlgaros. No obstante, aun cuando dicha exigencia tuviera esta pretendida naturaleza imperativa, de la que dudamos, quedaría por saber si la misma, que puede causar un evidente perjuicio a un ciudadano comunitario, como el Sr. Schneider, vulnera o restringe los derechos y libertades comunitarias, bien por haberse producido una discriminación por razón de la nacional, bien por constituir un obstáculo a las libertades de circulación.

4. En definitiva, no sabemos si los hechos que dieron lugar a la presente Sentencia objeto de comentario se deben a una inadecuada praxis judicial, a un mal asesoramiento del Sr. Schneider o a un cúmulo de las dos. En cualquier caso, estamos convencidos de que el planteamiento e, incluso, la solución del asunto suscitado hubieran podido ser, desde nuestro punto de vista, de signo distinto si Hungría y Bulgaria, países implicados en el proceso, hubieran ratificado el Convenio de La Haya de 13 enero 2000 sobre la protección internacional de los adultos. Se trata de un Convenio que, a nuestro juicio, puede contribuir de forma decisiva a la consecución del espacio de justicia, libertad y seguridad, al permitir que conozcan las autoridades mejor situadas para proteger al adulto y que sea aplicable el Derecho que mejor contribuya a la consecución de sus intereses, facilitando, asimismo, el reconocimiento y la ejecución de deci-

siones y medidas de protección adoptadas en otro Estado (para un análisis del Convenio *vid.* A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009). Para el tratamiento de la cuestión objeto del presente litigio, este Convenio ha optado por utilizar normas de conflicto de leyes en lugar de una simple norma de reconocimiento de situaciones, dando prioridad a la ley de la autoridad que conoce del asunto. Por lo que, en última instancia, esta cuestión dependería de cual fuera la autoridad judicial ante la cual fuera solicitada la oportuna autorización. Por todas estas razones, resulta aconsejable que los Estados miembros de la UE que todavía no hubieran ratificado el Convenio de La Haya de 2000 lo hicieran. Hasta que esta no se produzca, la protección internacional del adulto en el ámbito comunitario dependerá de lo establecido en la normativa autónoma de cada Estado miembro. En España, el sistema jurídico vigente es inadecuado y obsoleto. No ofrece respuestas apropiadas a las nuevas exigencias que plantean la protección internacional del adulto. Es más, el Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria, recientemente aprobado, ha perdido una oportunidad única para ofrecer una adecuada regulación del tema, puesto que las cuestiones de Derecho internacional privado que en este ámbito se suscitan (competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución) obtienen una respuesta global y general sin tener en cuenta la especialización, la heterogeneidad y las particularidades que revisten los actos de jurisdicción voluntaria.

2013/15.- Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 3 octubre 2013. Asunto C-386/12. Ponente: C. Toader.

Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.- Reglamento (CE) nº 44/2001.- Ámbito de aplicación.- Capacidad de las personas físicas.- Competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios.- Alcance.- Procedimiento de jurisdicción voluntaria relativo al derecho de una persona sometida a curatela y cuyo domicilio se encuentra en un Estado miembro a disponer de inmuebles de su propiedad sitos en otro Estado miembro.

Normas aplicadas: Art. 22.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

14. Mediante su cuestión prejudicial, el tribunal remitente pide, en lo esencial, que se dilucide si el art. 22, nº 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que es de aplicación a un procedimiento de jurisdicción voluntaria entablado ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro por un ciudadano de otro Estado miembro, que ha sido parcialmente incapacitado al ser sometido a curatela con arreglo a la legislación del Estado de su nacionalidad, y mediante el que dicho ciudadano solicita autorización para vender su cuota indivisa en la propiedad de un inmueble sito en el primer Estado miembro. [...]

25. De la resolución de remisión se desprende asimismo que, en virtud del Semeen kodeks, la referida autorización judicial constituye una medida protectora de la persona sometida a curatela, exigida por la ley dado que dicha persona ya no cuenta con la facultad de llevar a cabo por sí misma actos de disposición de sus inmuebles. Efectivamente, tal como señaló el tribunal remitente, la autorización se concede únicamente cuando la enajenación del inmueble de que se trate convenga a los intereses de la persona que es objeto de la protección.

26. De ello se deduce que una solicitud por la que una persona sometida a curatela pretende obtener autorización para disponer de su inmueble, como la que es objeto del procedimiento principal, está relacionada directamente con la capacidad de la persona física de que se trata, en el sentido del art. 1, ap. 2, letra a) Reglamento nº 44/2001. Efectivamente, la necesidad de obtener autorización judicial para poder llevar a cabo actos de disposición de inmuebles que pertenecen a personas sometidas a curatela se deriva directamente de la situación de incapacidad de obrar en

la que éstas se encuentran como consecuencia de la medida protectora que se les aplica al realizar dichos actos.

27. La referida interpretación se ve confirmada por el informe del Sr. Jenard sobre el Convenio de 27 septiembre 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Convenio cuyo ámbito de aplicación material coincide con el del Reglamento nº 44/2001. Efectivamente, de la página 10 de dicho informe se desprende que la aplicación del Convenio se limitará a “los litigios y [...] las resoluciones judiciales que se refieran a todas las obligaciones contractuales o extracontractuales que no afecten ni al estado y la capacidad de las personas, ni al campo de las sucesiones, testamentos y regímenes matrimoniales, ni a la quiebra, ni a la seguridad social, y que, a este respecto, deberá interpretarse el Convenio en el sentido más amplio”.

28. Por último, por lo que se refiere al hecho de que, en el litigio principal, la autorización judicial para vender que solicita la persona sometida a curatela tenga por objeto un inmueble de su propiedad, procede declarar que este aspecto concreto del procedimiento principal no puede considerarse decisivo a la hora de calificar éste de procedimiento relativo a “derechos reales inmobiliarios” en el sentido del art. 22, nº 1, del Reglamento nº 44/2001. Efectivamente, tal como alegan acertadamente los Gobiernos alemán, húngaro y del Reino Unido y la Comisión, dicho procedimiento no está destinado a determinar la extensión, la consistencia, la propiedad o la posesión de un bien inmueble o a garantizar a la persona sometida a curatela, como propietaria del mismo, la protección de las facultades vinculadas a su título de propiedad.

29. A este respecto, procede declarar que, en las páginas 34 y 35 del referido informe del Sr. Jenard, se indica, en el comentario relativo al art. 16 del Convenio de Bruselas, que la norma de competencia establecida en dicho art. 16, nº 1, letra a), la cual corresponde a la prevista en el art. 22, nº 1, del Reglamento nº 44/2001, que “se fundamenta en el objeto de la demanda”, contempla “los litigios que tienen por objeto derechos reales sobre bienes inmuebles”.

30. Pues bien, en el litigio principal, el objeto exclusivo del procedimiento es determinar si la enajenación del inmueble conviene a los intereses de la persona parcialmente incapacitada, sin cuestionar como tal el derecho real del que es titular sobre el bien.

31. A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el Reglamento nº 44/2001, y en particular su art. 22, nº 1, debe interpretarse en el sentido de que no es de aplicación a un procedimiento de jurisdicción voluntaria entablado ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro por un ciudadano de otro Estado miembro, que ha sido parcialmente incapacitado al ser sometido a curatela con arreglo a la legislación del Estado de su nacionalidad, y mediante el que dicho ciudadano solicita autorización para vender su cuota indivisa en la propiedad de un inmueble sito en el primer Estado miembro, puesto que un procedimiento de esa naturaleza tiene relación con la “capacidad de las personas físicas” en el sentido del art. 1, ap. 2, letra a), de dicho Reglamento, la cual está excluida del ámbito de aplicación material de éste.

[SIEGFRIED JÁNOS SCHNEIDER]

RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA ACTIVIDAD COMERCIAL O PROFESIONAL EN LAS VENTAS TRANSFRONTERIZAS

Fernando ESTEBAN DE LA ROSA *

1. El comercio electrónico transfronterizo de consumo ha generado necesidades nuevas en el sistema de competencia judicial internacional, que afectan especialmente a la configuración de los elementos espaciales que vertebran a los foros en materia de contratos celebrados por los consumidores. A algunas de estas necesidades se ha pretendido dar respuesta con los cambios introducidos en el sistema de competencia judicial internacional a través de la nueva redacción del art. 15 RB I. No obstante, la redacción del art. 15 RB I ha resultado insuficiente para resolver todas las cuestiones prácticas relevantes para la aplicabilidad del foro especial. De hecho ya han sido varias las SS TJ (de 7 diciembre 2010, asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09, *Peter Pammer / Hotel Alpenhof GesmbH*; 6 septiembre 2012, as. C-190/11, *Daniela Mühlleitner / Ahmad Yusufi*) que se han ocupado de colmar la indefinición legal del sistema. En esta ocasión el TJ se pronuncia sobre la exigencia de una relación causal entre el medio utilizado para dirigir la actividad comercial o profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor (a través de una página web) y la celebración del contrato con dicho consumidor. Con su pronunciamiento el TJ da respuesta a un fleco de orden no menor, pues las consecuencias jurídicas y económicas de su respuesta poseen gran relevancia. El TJ niega en su fallo la necesidad del mencionado nexo causal, lo que comporta, como consecuencia práctica, un empuje significativo a los niveles de protección concedidos al consumidor por parte de las normas del sistema europeo de competencia judicial internacional.

2. La fundamentación que ofrece el TJ no es afortunada, y no solo por realizar un acercamiento demasiado apurado al criterio de interpretación *contra legem* o por tomar en consideración, tan solo de forma muy tangencial, la estructura general y principios que informan al entero sistema de competencia judicial internacional. La decisión de 17 octubre 2013 proporciona algunos elementos inusuales, como un fallo que se aparta de la fundamentación utilizada y una respuesta que, bien mirada, no logra contestar a la cuestión prejudicial planteada. El TJ ha desaprovechado una muy buena ocasión para haber hecho una construcción sobre el sentido e interpretación que han de ser dados al requisito de vinculación del contrato con la actividad dirigida por el empresario al Estado del domicilio del consumidor (*vid.* F. Esteban de la Rosa, “El papel del nexo de causalidad en el sistema europeo de competencia internacional de los contratos de consumo: ¿una condición para el olvido?”, *La Ley: UE*, nº 11, 2014, pp. 5–17 y REDI 2015–5– y nota de C. Oró Martínez).

3. Los hechos que dan origen a la decisión del TJ son los siguientes. El Sr. Sabranovic regenta en la ciudad francesa de Spicheren, situada cerca de la frontera alemana, una empresa de venta de vehículos de ocasión. En 2010 disponía de una página web que mencionaba la dirección de su empresa, incluidos los números de teléfono franceses y un número de teléfono móvil alemán, junto con los prefijos internacionales respectivos. Tras tener noticia, por medio de conocidos y no a través de la citada página web, de la existencia de la empresa del Sr. Sabranovic y de la posibilidad de adquirir en ella un automóvil, el Sr. Emrek se desplazó a la sede de dicha empresa en Spicheren. El 13 septiembre 2010, el Sr. Emrek, como consumidor, celebró con el Sr. Sabranovic, en el establecimiento de éste, un contrato por escrito de compraventa de un vehículo de ocasión. Posteriormente el Sr. Emrek formuló demanda en materia de garantías contra el Sr. Sabranovic ante el Amtsgericht Saarbrücken (Alemania), considerando el demandante que, en virtud del art. 15.1º.c) Reglamento nº 44/2001, dicho tribunal tenía competencia internacional para resolver tal acción pues al disponer de la página web su actividad comercial también se dirigía a Alemania. El tribunal alemán declaró la inadmisibilidad de la demanda del Sr. Emrek, afirman-

* Profesor titular de DIPr (acreditado a Catedrático) de la Universidad de Granada.

do que, en el presente caso, no era aplicable el art. 15.1º.c) Reglamento nº 44/2001, ya que el Sr. Sabranovic no había dirigido su actividad comercial a Alemania, en el sentido de dicha disposición. Frente a esta decisión, el Sr. Emrek interpuso recurso de apelación ante el órgano jurisdiccional remitente sosteniendo que el art. 15.1º.c) Reglamento nº 44/2001 no exige que se acredite la existencia de una relación causal entre la actividad comercial dirigida al Estado miembro del consumidor y la celebración del contrato. Dicha disposición tampoco exige que el contrato haya sido celebrado a distancia. El *Landgericht Saarbrücken* consideró que, en el asunto principal, quedaba acreditado que la actividad comercial del Sr. Sabranovic estaba dirigida a Alemania. En particular, la mención del prefijo telefónico internacional de Francia así como de un número de teléfono móvil alemán daba la impresión de que este comerciante pretendía también captar clientes establecidos fuera de Francia, en particular, los que se encuentran en la zona limítrofe en Alemania. Según el citado órgano jurisdiccional, aun si tuviera que considerarse que la aplicación del art. 15.1º.c) Reglamento nº 44/2001 no está subordinada a la celebración de un contrato a distancia, sería necesario, no obstante, a fin de evitar una ampliación excesiva del ámbito de aplicación de dicha disposición, que la página web del comerciante hubiera causado, al menos, la celebración efectiva del contrato con el consumidor. En consecuencia, consideró que la citada disposición no debía ser aplicable cuando un consumidor celebra “fortuitamente” un contrato con un “empresario”. Pero ante las dudas sobre esta interpretación, el *Landgericht Saarbrücken* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales.

4. El TJ niega la necesidad de un nexo causal entre el contrato celebrado y la actividad comercial del empresario dirigida al país del consumidor a la vista de que el art. 15.1º.c) RB I no supedita su aplicación a la concurrencia de ese requisito. El proceder en este punto del TJ resulta cuando menos llamativo si advertimos el salto que se hace en el silogismo que se produce entre los aps. 22 y 23 Decisión. Si del primero se desprende que el art. 15 se aplica cuando se cumplen dos requisitos, a saber, que el comerciante ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o que, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido éste último, y, por otro, que el contrato controvertido esté comprendido en el marco de dichas actividades, en el segundo lo que se mantiene es que solo uno de ellos, el relativo a la actividad dirigida, es requisito esencial. Si tenemos en cuenta que el referido nexo causal a que se contrae la pregunta del *Langericht Saarbrücken* se muestra *prima facie* como relacionado con la interpretación que ha de proceder del segundo de los requisitos aludidos, esto es, la vinculación del contrato celebrado con la actividad del empresario, la desaparición de esa segunda condición en el ap. 23 sin ofrecer una mínima justificación, contando solo y exclusivamente con el amparo del ap. 44 de la STJ 6 septiembre 2013, adentra al TJ en un terreno que queda situado de forma peligrosa en los contornos de la interpretación *contra legem*.

5. El TJ hace recurso también al criterio de interpretación teleológico, señalando que el hecho de añadir el citado requisito no escrito relativo a la existencia de una relación causal sería contrario al objetivo que se persigue de proteger a los consumidores como partes débiles de los contratos celebrados por éstos con un profesional. En apariencia es el argumento más afortunado de los que aparecen en la decisión. Sin perjuicio de su valor, es preciso advertir que la protección del consumidor no es el único de los elementos que informan a la regulación de los foros de competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados por los consumidores. En efecto, el régimen de los foros especiales reposa igualmente en la idea de no permitir que los empresarios sean sometidos al foro exorbitante del domicilio del consumidor de forma injustificada, idea que está presente en la distinción que resulta del art. 15 RB I entre consumidores activos y consumidores pasivos. En suma, la operatividad del criterio de interpretación teleológico para el fin que persigue el TJ exige una ponderación adecuada con el resto de los elementos estructurales del sistema de competencia judicial internacional.

6. El defecto fundamental de la decisión comentada radica en no haber sido capaz de situar el nexo de causalidad objeto de la cuestión prejudicial en el ámbito de la necesaria vinculación entre el contrato celebrado y la actividad del empresario en el país del consumidor. En cuanto a la primera parte del pronunciamiento, lamentablemente los argumentos literal y teleológico, utilizados con pírrico éxito, han

impedido al tribunal descender a la cuestión planteada, que no es otra que la relativa a si para que quede cumplido el tercer requisito para la operatividad de los foros especiales es preciso que quede establecida la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad del empresario dirigida al país del consumidor y el contrato celebrado. Quizás uno de los problemas con los que se ha debido enfrentar el Abogado General a la hora de redactar sus conclusiones haya podido ser la relativa escasez de estudios doctrinales que se hayan ocupado de discernir el alcance que haya de atribuirse al mencionado requisito. En efecto, la mayoría de la doctrina española que se ha ocupado de estudiar los foros especiales de los contratos celebrados por los consumidores se hace más bien eco del comentario del resto de requisitos, y singularmente del concepto de actividad comercial dirigida al país del consumidor.

7. Pese a la decisión del TJ, sigue todavía siendo necesario dar sentido al último inciso del art. 15.1º.c) RB I. En efecto, el mejor análisis de la cuestión hace necesario reparar en que la vinculación aludida es una condición que opera como presupuesto espacial, que integra el supuesto de hecho normativo, para la aplicación de los foros de protección. Esto se deduce tanto de la interpretación literal del precepto, cuya letra distingue entre la existencia de una actividad dirigida al país del consumidor y la conexión de esta actividad con el contrato celebrado, como del criterio teleológico que hace abarcar, para otorgarles la protección, solo a aquellos contratos que han contado previamente con la existencia de una actividad comercial del empresario realizada o dirigida hacia el país del consumidor. Esto ha dado pie a que el Tribunal Supremo alemán haya considerado que la mera actividad comercial del empresario dirigida al país del domicilio del consumidor no ha resultado suficiente para activar los foros en materia de contratos celebrados por los consumidores. Esta comprensión del art. 15.1º.c) RB I debería hacer inaplicables a los foros de protección cuando el contrato celebrado por el consumidor no guarde ninguna clase de relación con la actividad comercial dirigida por el empresario al país del consumidor. Como se sabe, esta visión resulta congruente con el cdo. 25 RR I, que exige para la aplicación del art. 6 “que el contrato se haya celebrado en el marco de las actividades comerciales o profesionales ejercidas por el profesional en el país de que se trata”, interpretación coordinada que se desprende de la Declaración Conjunta del Consejo y la Comisión relativa al art. 15 RB I. Pero esta no es la razón fundamental que avala esta interpretación. Su mejor justificación se radica en la necesidad de conceder el privilegio procesal únicamente a aquellos consumidores que han sido “captados” a través de la actividad comercial del empresario dirigida al país del consumidor. Se trata de una interpretación que encuentra igualmente sustento en el criterio establecido por el TJ en su famosa sentencia *Benincasa* de 1997, de donde cabe deducir un criterio relacionado con el uso restrictivo de los foros exorbitantes y el tratamiento desigual de las situaciones desiguales en que se puede encontrar una misma persona.

8. La comprensión de la decisión no resulta sencilla, y del fallo lo que cabe deducir son más bien nuevas preguntas que respuestas. En efecto, de la primera frase parece deducirse con claridad que no se exige una relación causal entre el medio utilizado para dirigir la actividad comercial o profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor, a saber, una página web, y la celebración del contrato con dicho consumidor; pero de la segunda frase se desprende que la existencia de tal relación causal constituye un indicio de vinculación del contrato a tal actividad. A la vista de ambas, cabe preguntarse, ¿entonces el nexo causal ha de ser exigido o no ha de ser exigido? Si el nexo causal es un indicio, ¿cuáles son los otros indicios posibles? Y ¿qué ocurre si no existen otros indicios relacionados con la vinculación del contrato con la actividad del empresario distintos al nexo causal? A la vista de las deficiencias que hemos comentado, y dado que cabe esperar que la decisión del TJ de 17 octubre 2013 no sea la última en pronunciarse sobre el tema, creemos que todavía resulta necesario realizar propuestas que permitan aportar criterios para decidir si, en el caso concreto, queda o no cumplido el requisito de vinculación entre el contrato celebrado y la actividad del empresario dirigida al país del consumidor.

9. La existencia de dicha vinculación podrá ser afirmada de forma muy fácil cuando entre el contrato celebrado y la actividad del empresario se establece una conexión directa e interna, en el sentido del nexo de causalidad a que nos estamos refiriendo, tal y como ha considerado cierta jurisprudencia de tribunales alemanes (decisión del *Oberlandesgericht* Karlsruhe de 24 agosto 2007, en *IPRax*, 2008/4, pp. 348-349). Por poner cara a esta clase de situaciones, cabe pensar en aquellos casos en los que el

contrato ha sido celebrado directamente a través de la página web del empresario que ha resultado accesible en el país del consumidor. En estos casos se puede apreciar con mucha claridad la existencia de una vinculación entre el contrato celebrado y la actividad del empresario en el país del domicilio del consumidor, pues dicha actividad es lo que ha permitido la celebración misma del contrato.

10. Bajando un escalón, todavía parece razonable poder considerar que el mencionado vínculo existe cuando la consulta de la página web ha sido el motivo que ha determinado al consumidor a hacer las gestiones necesarias para celebrar el contrato, sin que importe mucho que el mismo haya sido celebrado, luego, en el país del empresario, entre presentes, o por otro medio, por ejemplo por teléfono, pero también a distancia (J. Kropholler y J. von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen* 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9ª ed., Frankfurt am Main, Recht und Wirtschaft GmbH, 2011, pp. 333–334). Se trata también del criterio que ha sido seguido por el Tribunal Supremo alemán al interpretar el último inciso del art. 15.1º.c) RB I (sentencia del .BGH de 17 septiembre 2008, y su comentario en S. Leible y M. Müller, “Keine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei Maklertätigkeit eines griechischen Rechtsanwalts”, *EuZW*, 2009, pp. 26–28). Si el consumidor no disponía en el momento de la conclusión del contrato de una conexión a Internet ni conocía la página web del empresario cuya actividad se dirigía a su país, cabe ciertamente entender que esta situación no ha de traer por consecuencia la aplicación de los foros de protección, en cuanto el contrato queda claramente desvinculado de la actividad del empresario, a pesar de que esto es lo que parece desprenderse de la STJ 17 octubre 2013.

11. El elemento temporal también puede de interés para verificar la existencia de la vinculación necesaria entre la actividad del empresario en el país del consumidor y el contrato celebrado. En efecto, el cumplimiento del requisito implica que la actividad del empresario no se ha dirigido, ni se ha realizado, en el país del consumidor como consecuencia de un contrato previo entre el empresario y el consumidor, pues en este caso no cabe apreciar la vinculación necesaria entre la actividad previa del empresario y el contrato celebrado. En este sentido, no se puede tener en cuenta la actividad dirigida al país del consumidor a través de páginas web cuando éstas han comenzado a aparecer con posterioridad a la celebración del contrato con el consumidor. Ni tampoco la existencia de esas páginas con anterioridad, cuando el contrato se ha celebrado tras la cancelación de dichas páginas.

12. Las dudas pueden surgir en otros casos. Por ejemplo, cabe pensar en una situación en la cual el empresario dirige su actividad hacia el país del consumidor a través de una página web, y sin que el consumidor conozca la existencia de esta página web, un tercero que la conoce hace que el consumidor sea animado para contratar sin utilizar Internet. (A. Staudinger, “Abschnitt 4. Zuständigkeit bei Verbrauchensachen”, en T. Rauscher, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, EuZPR / EuIPR*, München, Sellier European Law Publisher, 2011, p. 400). De igual modo, puede resultar compleja la valoración de aquellos casos en los que el consumidor, antes de salir de viaje hacia el extranjero, consulta las páginas web de empresarios que ofrecen sus servicios tanto en el país del consumidor y en el país extranjero al que se desplazará el consumidor, celebrándose el contrato con posterioridad entre presentes en el país extranjero al que se ha desplazado el consumidor. En esta clase de situaciones, resulta problemático afirmar la existencia de un vínculo entre el contrato celebrado y la actividad del empresario en el país del domicilio del consumidor, pese a todo la valoración se hace difícil.

13. Más dificultades presenta la posibilidad de interpretar que la vinculación del contrato celebrado con la actividad del empresario ha de hacer alusión, más bien, a una conexión de carácter abstracto, y no concreta con el contrato celebrado, de acuerdo con lo cual sería suficiente para que se entienda cumplido el requisito que el contrato celebrado tenga por objeto cosas o bienes de igual género a aquellas que han sido objeto de la publicidad anterior. (P. Arnt Nielsen, “Section 4, Jurisdiction over consumer contracts”, en U. Magnus y P. Mankowski, *Brussels I Regulation*, 2ª ed., München, Sellier European Law Publishers, 2012, pp. 382–383. Como ejemplo de funcionamiento del último inciso del art. 15.1º.c) RB I, se indica que “si, por ejemplo, la parte profesional dirige su publicidad sobre televisiones al mercado del consumidor, un consumidor que compre una televisión estará cubierto por el ap. 1 c) del art. 15. No resultaría

operativo este apartado, por el contrario, en caso de que el mismo vendedor haya comprado una radio, para las cuales no se ha dirigido publicidad hacia el Estado del domicilio del consumidor.

14. Lógicamente, la existencia del mencionado vínculo entre la actividad comercial del empresario en el país del consumidor y el contrato celebrado puede plantear un problema de prueba, que si recae sobre el consumidor podría determinar la inaplicación injustificada de los foros especiales. Este es, como hemos visto, uno de los argumentos principales que llevan al TJ a desechar la necesidad del nexo de causalidad como requisito para la operatividad de los foros de protección. Sin embargo, creemos que existen otras opciones de construcción del sistema capaces de dar una mejor respuesta a la necesidad de protección del consumidor, y que no llegan a suponer que deba quedar preterido, sin más, uno de los requisitos a que el legislador europeo condiciona la aplicación de los foros especiales. Cabe por ejemplo pensar en la operatividad de presunciones que permitan la prueba en contrario, o incluso en el establecimiento de una inversión de la carga de la prueba, de tal manera que haya de ser el empresario quien pruebe la inexistencia de vínculo entre el contrato celebrado y la actividad del empresario dirigida al país del consumidor. En cualquier caso, atendiendo al criterio sentado en la STJ 20 enero 2005, dictada en el as. C-464/01: *Johann Gruber / Bay Wa AG*.

15. La insuficiencia de las normas que articulan los foros en materia de contratos celebrados por los consumidores para hacer frente a las necesidades de la comercialización de productos y servicios a través de Internet ha supuesto la atribución al TJ de una importante misión a la hora de suplir las carencias del sistema mediante la interpretación de las normas del RB I. La decisión del TJ comentada con seguridad no va a pasar a la historia ni por la ejemplaridad y cuidado de su argumentación, ni por la congruencia con la cuestión prejudicial a que se pretende dar respuesta, ni tampoco por la coherencia interna entre las dos frases de su fallo. En efecto, hay motivos más que suficientes para desear que, en una nueva decisión, el TJ resuelva el desaguizado producido con su S 17 octubre 2013, cuyas aseveraciones, en lugar de contribuir a una más clara comprensión y construcción del sistema de competencia judicial internacional, y del engranaje entre sus distintas piezas, parece tener más bien por misión confundir a quienes se ocupan de esta parcela del Derecho. Esperemos que el futuro nos depare decisiones más cabales.

2013/16.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 17 octubre 2013. Asunto C-218/12. Ponente: C. Toader.

Reglamento (CE) n° 44/2001: Art. 15, ap. 1, letra c).– Competencia en materia de contratos celebrados por consumidores.– Eventual limitación de dicha competencia a los contratos celebrados a distancia.– Relación de causalidad entre la actividad comercial o profesional dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor a través de Internet y la celebración del contrato.

Normas aplicadas: Art. 15.1º.c) Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

19. *Con carácter preliminar, procede precisar que, en su S 6 septiembre 2012, Mühlleitner (C-190/11), el Tribunal de Justicia ya ha respondido a la segunda cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto, al declarar que el art. 15, ap. 1, letra c) Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que no exige que el contrato entre el consumidor y el profesional se haya celebrado a distancia.*

20. *Por consiguiente, debe examinarse únicamente la primera cuestión, mediante la que el citado órgano jurisdiccional pregunta, en esencia, si el art. 15, ap. 1, letra c) Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que exige que exista una relación causal entre el medio utilizado para*

dirigir la actividad comercial o profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor, a saber, una página web, y la celebración del contrato con ese consumidor. [...]

27. A este respecto, debe recordarse que, en el ap. 93 y en el fallo de su S 7 diciembre 2010, Pammer y Hotel Alpenhof (C-585/08 y C-144/09), el Tribunal de Justicia identificó una lista no exhaustiva de indicios que pueden ayudar a un tribunal nacional a apreciar si se cumple el requisito esencial de que la actividad comercial esté dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor.

28. Asimismo, en su sentencia Mühlleitner, a la vez que declaró que la aplicación del citado art. 15, ap. 1, letra c), no está supeditada a la celebración de un contrato de consumo a distancia, el Tribunal de Justicia, en el ap. 44 de la misma sentencia, añadió a la citada lista no exhaustiva otros indicios, relativos, en particular, a “la toma de contacto a distancia” y “la celebración de un contrato de consumo a distancia”, que pueden acreditar que el contrato está vinculado con una actividad dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor.

29. Pues bien, a fin de evitar una ampliación del ámbito de aplicación del art. 15, ap. 1, letra c) Reglamento nº 44/2001, procede declarar que la relación causal que es objeto de la primera cuestión prejudicial debe considerarse un indicio de una “actividad dirigida”, al igual que la toma de contacto a distancia que lleva a que el consumidor se comprometa contractualmente a distancia.

30. Además, como señaló el Abogado General en los puntos 33 a 38 de sus conclusiones, el hecho de que un comerciante, como el del litigio principal, se encuentre establecido en un Estado miembro cercano a la frontera con otro Estado miembro, en una conurbación que se extiende a ambos lados de ésta, y que utilice un número de teléfono atribuido por el otro Estado miembro poniéndolo a disposición de sus clientes potenciales domiciliados en ese Estado de manera que les evita el coste de una llamada internacional, puede constituir también un indicio que demuestre que su actividad está “dirigida a” ese otro Estado miembro.

31. En cualquier caso, corresponde al órgano jurisdiccional remitente efectuar una apreciación global de las circunstancias en las que fue celebrado el contrato de consumo controvertido en el litigio principal para decidir si, en función de la existencia o no de indicios que figuren o no en la lista no exhaustiva tal como la ha elaborado el Tribunal de Justicia en la jurisprudencia pertinente mencionada en los aps. 27 y 28 de la presente sentencia, es aplicable el art. 15, ap. 1, letra c) Reglamento nº 44/2001.

32. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la primera cuestión que el art. 15, ap. 1, letra c) Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que no exige que exista una relación causal entre el medio utilizado para dirigir la actividad comercial o profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor, a saber, una página web, y la celebración del contrato con dicho consumidor. No obstante, la existencia de tal relación causal constituye un indicio de vinculación del contrato a tal actividad.

[LOKMAN EMREK Y VLADO SABRANOVIC]

DECLINATORIA INTERNACIONAL

2013/17.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimotava, Auto nº 147/2013 de 18 octubre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García. JUR\2013\354923.

Competencia judicial internacional en el orden civil.– Competencia de jueces y tribunales: competencia de los tribunales españoles: desestimación: existencia de cláusulas de sumisión en los contratos suscritos por las partes a arbitraje o a los tribunales holandeses.– Cumplimiento de las exigencias de la normativa internacional.

Normas aplicadas: Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 junio 1958; Convenio Europeo sobre Arbitraje Internacional, hecho en Ginebra el 21 abril 1961.

[...]

Los acuerdos de sumisión a arbitraje de carácter internacional son perfectamente lícitos, tiene su cobertura legal en el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 junio 1958 (que es para España de aplicación universal, es decir, incluso frente a Estados no contratantes) y en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Internacional, hecho en Ginebra el 21 abril 1961. Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que de dichas normas se deriva, pues lo contrario carecería de sentido, el reconocimiento de la eficacia y validez del acuerdo arbitral que opera como presupuesto de reconocimiento y ejecución de la resolución arbitral.

Asimismo, no es desconocida en la práctica internacional la técnica consistente en combinar la cláusula arbitral con otras, como las de mediación o las de sumisión a determinada jurisdicción (bien permitiendo la elección a la parte demandante o bien delimitando qué tipo de contiendas irían a una u otra vía).

En el presente caso este tribunal constata que existe una clara evidencia de la existencia de un convenio arbitral, materializado en una cláusula de sumisión a arbitraje, del tipo de acuerdo híbrido al que nos hemos referido (arbitraje/jurisdicción), que está plasmada por escrito en los contratos suscritos por las partes litigantes, y no advertimos que la misma presente graves deficiencias que apuntaran a la posible nulidad de la misma. Vamos, no obstante, a efectuar algunas consideraciones al respecto, aunque pudiera reprochárseles el que estemos efectuando un control de validez ex ante del convenio arbitral (en lugar de deferirlo al cauce del propio arbitraje), pues tampoco deseamos dejar en el aire el debate que las partes nos han sometido.

La parte recurrente pretende negar la posibilidad de someter a arbitraje las contiendas que están relacionadas con la tutela de la libre competencia (que está entroncada además en la aplicación del Derecho europeo). Se trata de un enfoque parcial del problema en el que se encuentra envuelta la parte actora, pues aunque pudiera soslayar la sumisión a arbitraje permanecería incólume, como luego veremos, el pacto de competencia a favor de tribunal extranjero, con lo que los tribunales españoles seguirían declinando el conocimiento del asunto. Porque lo que no resulta sostenible, a la vista de lo que se suscitaba en la demanda, es que la contienda no asentase sus raíces precisamente en la quiebra de la relación contractual que vinculaba a las partes, con lo que no es dable desconocer lo que hubieran éstas previsto, con la conveniente antelación, sobre el cauce a seguir para dirimir el conflicto que, consecuente a dicha relación, pudiera surgir en un futuro. En la demanda, aunque se invoque la infracción de normas concurrenciales, se persigue la declaración de nulidad de concretas estipulaciones de los contratos suscritos por las partes litigantes y se reclama un resarcimiento económico que no puede comprenderse sino partiendo de la preexistencia de la mencionada relación contractual. [...]

La competencia judicial internacional, cuando está en juego un litigio con elemento extranjero domiciliado en otro estado miembro de la UE, está regulada, con carácter general, por el Reglamento (CE) nº 44/2001, de 22 diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Esta norma sustituyó, entre los Estados miembros, a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968 (según el art. 68 del citado Reglamento 44/2001, con excepciones que no son relevantes en lo que aquí interesa) y está en vigor desde el 1 marzo 2002 (art. 76 del Reglamento), siendo aplicable a las acciones judiciales ejercitadas con posterioridad a tal vigencia (art. 66.1º del Reglamento). Hemos de significar que se ha publicado en el Diario Oficial de la UE, con fecha 20 diciembre 2012, el Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que sustituye al nº 44/2001, si bien no será el nuevo texto aplicable sino a partir del 10 enero 2015.

Por tanto, con carácter general, para resolver problemas atinentes, como ocurre en este caso, a la competencia judicial internacional civil en cuestiones que afecten a sujetos domiciliados en España, debemos atender al Reglamento 44/2001.

Como recuerda –aunque lo diga a propósito del Convenio de Bruselas, puesto que éste es el precedente del Reglamento (CE) nº 44/2001– la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 mayo 2008, aludiendo a las SSTJCE de 24 junio 1.981 (C-150/80) y 16 marzo 1999 (C-159/97), es la norma internacional la que establece los requisitos de forma que deben reunir las cláusulas atributivas de competencia, en aras de la seguridad jurídica y para garantizar el consentimiento de las partes, sin que los Estados contratantes estén facultados para establecer otros distintos. De ahí que no pueda anteponerse el Derecho español de origen interno al proveniente del ámbito internacional.

Ya que el art. 22.2º de la LOPJ autoriza la prórroga de jurisdicción a favor de los Tribunales españoles, ha de admitirse, como señala la jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS de 13 octubre 1993 y 29 septiembre 2005), la sumisión a órganos judiciales extranjeros. La validez del pacto estará condicionada a la observancia de las normas convencionales que rigen la competencia judicial internacional, antes el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 y, ahora, el Reglamento 44/2001 del Consejo, aplicables cuando al menos una de las partes de la relación jurídica tuviere su domicilio en un Estado contratante.

Además, el art. 23 del Reglamento 44/2001 admite de modo expreso la validez y eficacia excluyente de los pactos sobre la atribución de competencia a favor de un tribunal para conocer de los litigios que pudieran surgir con ocasión de una determinada relación jurídica. Como señalamos en los precedentes autos de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 21 julio 2009 y de 23 abril 2010 “el art. 23 del citado Reglamento 44/2001 (que al igual que el art. 17 de su precedente, el Convenio de Bruselas de 1968), convierte a los tribunales designados en el pacto de prorrogación de la competencia jurisdiccional, cumpliéndose determinados requisitos, en exclusivamente competentes, quedando obligados los tribunales de los restantes Estados a abstenerse de conocer. En su virtud, la existencia de un pacto de sumisión jurisdiccional expresa a favor de los tribunales de otro Estado comunitario obligará al tribunal español ante el que se hubiera presentado la demanda a aplicar las disposiciones contenidas en dicho precepto, art. 23, que resultará por consiguiente aplicable, cuando no se infringen con su aplicación al caso ninguna de las competencias inderogables exclusivas previstas en el art. 22 ni se contravienen las reglas especiales previstas en materia de seguros, consumidores o contratos de trabajo ...”.

El art. 23.1º Reglamento 44/2001 prevé que el acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; o b) en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas; o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

En el presente caso estamos ante una atribución competencial a favor, con independencia de que se contemple además de modo alternativo una cláusula de arbitraje, de los tribunales de los Países Bajos (en concreto, de s'Hertogenbosch) realizada por escrito en una cláusula contenida en sendos contratos suscritos por las partes. Esto satisface las aludidas exigencias de la normativa internacional.

[CAMIMALAGA, S.A.U. / DAF VEHICULOS INDUSTRIALES S.A.U.]

CONTRATO RELATIVO AL ALMACENAMIENTO DE MERCANCÍAS A EFECTOS DEL RB I

2013/18.– Tribunal de Justicia, Sala Décima, Auto de 14 noviembre 2013. Asunto C-469/12.
Ponente: A. Rosas.

Espacio de libertad, seguridad y justicia.– Convenio de Bruselas.– Cooperación judicial en materia civil.– Reglamento (CE) nº 44/2001.– Art. 5, nº 1, letra b).– Competencia judicial.– Competencias especiales.– Materia contractual.– Concepto de “prestación de servicios”.– Contrato de almacenamiento.

Normas aplicadas: Art. 5.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

19. Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 5, nº 1, letra b), segundo guión, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que un contrato relativo al almacenamiento de mercancías constituye un contrato de prestación de servicios a efectos de dicha disposición. [...]

29. Pues bien, con arreglo a los datos que se desprenden de la resolución de remisión, el contrato controvertido en el asunto principal no se refiere al alquiler de locales, sino al almacenamiento de mercancías. Por otra parte, además del hecho de que no corresponde al Tribunal de Justicia cuestionar esta apreciación fáctica, se ha de señalar que la competencia judicial relativa a ese primer tipo de contrato está, en cualquier caso, regulada en el art. 22, nº 1, del Reglamento nº 44/2001, referido a la competencia exclusiva en materia de arrendamiento de bienes inmuebles (véanse, en lo que respecta al Convenio de Bruselas, las SS 15 enero 1985, Rösler, 241/83, ap. 24, y 26 febrero 1992, Hacker, C-280/90, ap. 10), a tenor del cual son exclusivamente competentes los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se hallare sito.

30. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede, por tanto, responder a la cuestión planteada que el art. 5, nº 1, letra b), segundo guión, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que un contrato relativo al almacenamiento de mercancías, como el controvertido en el litigio principal, constituye un “contrato de prestación de servicios” a efectos de dicha disposición.

[KREJCI LAGER & UMSCHLAGBETRIEBS GMBH Y OLBRICH TRANSPORT UND LOGISTIK GMBH]

CONTRATO DE VIAJE CELEBRADO ENTRE UN CONSUMIDOR DOMICILIADO EN UN ESTADO MIEMBRO Y UNA AGENCIA DE VIAJES DOMICILIADA EN OTRO ESTADO MIEMBRO

José Ignacio PAREDES PÉREZ *

1. El Tribunal de Luxemburgo se enfrenta en esta decisión a la calificación de la internacionalidad de la relación contractual que une dentro del marco de un contrato de viaje combinado a los consumidores con una empresa organizadora, cuyos domicilios se hallan en el mismo Estado miembro (Austria). La exigencia de la presencia de una situación de carácter internacional en el litigio resulta ineludible para la aplicación de los foros de protección previstos en los art. 15 a 17 Reglamento nº 44/2001, y más en particular para el ejercicio por los consumidores de la acción ante los tribunales del lugar en el que están domiciliados (art. 16.1º Reglamento nº 44/2001). Tal exigencia no plantea ningún problema en el asunto en lo que respecta a la demanda de los consumidores contra la empresa detallista, al tener ésta su domicilio en Alemania. Todo lo contrario de lo que acontece en relación con la demanda contra la empresa organizadora si se parte en el caso de autos de la existencia de dos contratos virtualmente distintos, en la medida en que se trataría de una situación interna y, por tanto, excluida del ámbito de aplicación del Reglamento

2. En general, la problemática de la internacionalidad del supuesto litigioso ha de concretarse en la determinación de los índices espaciales que retiene *in casu* el Reglamento a efectos de su aplicación. Dicha cuestión nos sitúa en el presente asunto ante la esfera de eficacia personal del art. 2, de la que

* Profesor asociado de DIPr. Universidad de Alcalá de Henares.

depende, a la postre, la aplicación de los foros de protección. A este respecto, amén de excluir la existencia de una operación jurídica unitaria, la sociedad austriaca sustenta la tesis (*vid.* n.º 18 de la Sentencia), que respalda el *Bezirksgericht Bludenz* (*vid.* n.º 15 de la Sentencia), relativa a la aplicación del art. 2 del Reglamento a litigios que contienen puntos de conexión con más de un Estado miembro (*vid.* Informe elaborado por P. Jenard, DO n.º C 189 de 28.7.1990, p. 129), lo que no era el caso en el asunto al tratarse de un proceso presentado ante un tribunal de un Estado miembro que se refiere únicamente a personas domiciliadas en dicho Estado (*rectius*, una situación meramente interna). Se trata del mismo argumento defendido por el Abogado General Marco Darmon en las conclusiones previas a la STJUE 15 septiembre 1994, as. C-398/93, *Brenner/Noller* (*vid.* n.º 30 de las Conclusiones) para negar la internacionalidad del supuesto litigioso con una sucursal de una sociedad con domicilio en un Estado tercero, sita en el mismo Estado miembro del domicilio del consumidor. La ausencia del elemento de extranjería, al hallarse todos los elementos del litigio en este último Estado, debía impedir la aplicación de los foros de protección previstos en el Convenio de Bruselas. La consecuencia de la exclusión no es baladí, toda vez que si se obvia la aplicación del Reglamento, por considerarse dichos litigios como internos de ese concreto Estado miembro, ello puede repercutir en la identificación del juez o tribunal en razón de los criterios de competencia objetiva, territorial y funcional previstos en sus leyes procesales. Precisamente, lo que acontece en el caso a resultas de la desestimación de la demanda por el *Bezirksgericht Bludenz* en lo referente a la empresa austriaca, al considerar, de conformidad con las disposiciones austriacas sobre competencia judicial interna, que el órgano judicial territorialmente competente era el del foro del domicilio del demandado, es decir, el tribunal de Viena y no el de Bludenz (*vid.* n.º 15 de la Sentencia). En suma, la determinación de la internacionalidad de un supuesto litigioso resulta relevante, toda vez que puede poner en tela de juicio a la misma tutela judicial efectiva, personificada a través del juez ordinario preterdeterminado por la ley. Afortunadamente, el TJUE opta con buen criterio seguir por la línea iniciada en el asunto *Owusu* (*vid.* aps. 25 y 26, STJUE 1 marzo 2005, as. C-281/02 *Owusu*) y mantener que la internacionalidad de la relación jurídica no tiene que derivar necesariamente de que estén implicados varios Estados miembros debido al fondo del asunto o al domicilio respecto de las partes del litigio (*vid.* ap. 26 de la Sentencia). El hecho de que esté implicado un solo Estado miembro, debido a que el demandante y el demandado están domiciliados en el mismo Estado miembro, también puede conferir carácter internacional a la relación jurídica de que se trate. Tal es lo que sucede en el asunto a resultas de la nota que caracteriza al contrato de viaje combinado, en cuanto contrato con única causa y pluralidad de prestaciones, que coordinadas entre sí componen un todo unitario (*vid.* M.V. Cuartero Rubio, “Viajes combinados internacionales y responsabilidad contractual de las agencias de viajes. Una aproximación conflictual”, *REDI*, 1995, pp. 81-117, esp. pp. 89-91). Así las cosas, su condición de contrato complejo, incluido en el ámbito de aplicación material del art. 15.3º Reglamento n.º 44/2001, lleva con buen criterio al TJUE a no considerar las relaciones contractuales de los consumidores con el detallista alemán y el organizador austriaco como contratos distintos, sino como parte integrante del mismo contrato internacional de consumo; y, por ende, la subsunción del segundo profesional también en el concepto de “otra parte contratante” utilizado en el art. 16.1º Reglamento n.º 44/2001.

3. Sin embargo, el elemento clave de la Sentencia se halla, a nuestro juicio, en la conclusión del ap. 29 a resultas de su transcendencia en lo que respecta a los llamados contratos coaligados o conexos. A diferencia de los contratos mixtos o complejos, aquéllos representan la unión de contratos de distintos, pero queridos globalmente por las partes, ya como un todo, o bien en una relación de mutua dependencia; dando lugar a contratos recíprocos o, en su caso, a contratos subordinados (*vid.* FJ 4º, STS 18 mayo 2012, RJ/2012/9328). Los contratos coaligados, en efecto, se caracterizan en que cada contrato conserva su individualidad, si bien la vinculación económica entre ambos es tan estrecha que plantea un problema de regulación en torno a las principales consecuencias jurídicas que pudieran derivarse [*vid.* J. Delgado Echevarría, en *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. II., *Teoría general del contrato*, J.L. Lacruz Berdejo (dir.), 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1987, p. 252]. Por el grado de la vinculación, dentro de los contratos coaligados, resulta posible la distinción entre contratos en situación de dependencia y contratos en situación de igualdad (*vid.* M. Marín López, “Aprovechamiento por turnos y contratos accesorios: el art. 15 de la Ley 4/2012”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 3, 2012,

pp. 69–87). En el caso de los primeros, existe una conexión intrínseca entre los contratos, pues uno de ellos tiene el carácter de contrato principal respecto al otro, que es accesorio. La dependencia deriva de que el contrato accesorio no puede existir sin el principal, pues el objeto del primero se corresponde con el del segundo. En cambio, lo que caracteriza a los contratos vinculados en situación de igualdad no es tanto la existencia de una relación de accesoriadad como de una conexión causal entre los contratos, configurándose cada uno como una parte de la completa operación económica. Por eso, tiene sentido que la eficacia de uno de los contratos dependa de la celebración del otro o que su ineficacia afecte al otro contrato coaligado. Con independencia de la tipología, la confluencia en los contratos coaligados de una serie de relaciones contractuales entre las partes implicadas tiene sus lógicas consecuencias en la determinación de la competencia judicial internacional, al quedar esta cuestión supeditada a las distintas posibilidades de internacionalidad u homogeneidad que pueden dar lugar aquéllas. La exigencia de la presencia de un elemento de extranjería para la aplicación de las reglas de protección previstas en el Reglamento no plantearía problemas cuando se tratase de contratos coaligados de consumo absolutamente internacionales, en la medida en que encajarían en el ámbito de aplicación material del art. 15 y, por ello, el consumidor pasivo podría disfrutar de los foros de protección. La cuestión deviene, sin embargo, problemática al cruzarse relaciones contractuales internacionales y domésticas. Sería el caso, por ejemplo, de la adquisición de un producto por el consumidor pasivo a través de internet a un proveedor establecido en otro Estado miembro, habiendo acordado que el pago del precio se financie mediante un contrato crediticio celebrado con un prestamista establecido en el Estado miembro donde tiene su domicilio el consumidor. *A priori*, conforme a los elementos geográficos que el Reglamento considera relevantes a efectos de su aplicación, el único de estos contratos necesitados de una previa determinación de la competencia judicial internacional sería el contrato de compraventa, toda vez que el contrato doméstico no contiene ningún elemento de extranjería. De este modo, en el caso de que el consumidor deseara acumular ante sus tribunales las pretensiones contra los dos profesionales podría encontrarse con los mismos problemas que plantea el presente asunto, pues posiblemente no coincidiese el juez internacionalmente competente para conocer de la demanda relativa al contrato de compraventa con el juez territorialmente competente para el contrato crediticio. Precisamente, este problema parece encontrar su solución, al señalar el TJUE (*vid.* ap. 29 de la Sentencia): “aun suponiendo que una operación unitaria, (...) pueda dividirse en dos relaciones contractuales distintas (...), no cabe calificar esta última relación contractual de ‘meramente interna’, puesto que estaba indisolublemente vinculada a la primera relación contractual (...)”. Dicho apartado resulta de gran transcendencia para los contratos coaligados, en situación de dependencia o de igualdad, toda vez que el TJUE parece deducir, esta vez, la internacionalidad no tanto de elementos, de índole personal u objetivo, derivado de la dispersión espacial del contrato, como de una conexión funcional intrínseca al mismo; como resulta ser el origen de la causa al respecto de los contratos vinculados. El razonamiento del Tribunal responde, a tal fin, a una lógica de Derecho privado, al poner, de un lado, el acento en la existencia de una vinculación funcional entre las relaciones contractuales coaligadas para determinar la presencia de un elemento extranjero en el seno de la relación contractual aparentemente doméstica. Y, de otro, a una decisión valorativa propia del Derecho procesal civil, toda vez que basa también su fundamento respectivamente en “la protección del consumidor en cuanto ‘parte más débil’ del contrato, y a la reducción ‘al máximo [de] la posibilidad de procedimientos paralelos [para] evitar que se dicten en dos Estados miembros resoluciones inconciliables”” (*vid.* ap. 30 de la Sentencia). Concretamente, el Tribunal de Luxemburgo efectúa este planteamiento posicionándose en el caso hipotético de la ausencia de una regulación unitaria del contrato de viaje combinado, para afirmar la indisoluble vinculación entre las relaciones contractuales y, con ello, deducir la internacionalidad de ambas. *A sensu contrario*, en ausencia de vinculación entre los dos contratos independientes, la internacionalidad se presenta de manera individualizada, de modo que aquél que lo sea objetivamente, se le aplicará las normas de competencia judicial internacional del Reglamento, sin que ello tenga ninguna relevancia respecto del otro contrato considerado interno. Por ejemplo, la independencia de las relaciones de un contrato internacional de compraventa de consumo con el contrato doméstico de crédito que se procura por su cuenta el consumidor para financiar aquélla evita cualquier posibilidad de que la internacionalidad del primero la traspaese al segundo, que se ha de valorar como interno.

4. Habida cuenta de todo lo anterior, la acogida de la sentencia ha de ser favorable por la novedad que representa la toma en consideración de criterios materiales en la apreciación de la internacionalidad del contrato. La lógica material sirve, esta vez, de complemento a la lógica conflictual, lo que permite al TJUE deducir el elemento heterogéneo de aspectos intrínsecos al contrato. Con todo ello no queremos, ni mucho menos, decir que los criterios espaciales han de poseer siempre un carácter neutro. El Reglamento nº 1215/2012, de 12 diciembre 2011 (RB I bis) es un claro exponente de la adecuación de los criterios espaciales al servicio de la lógica de la integración en el ámbito que nos ocupa (*vid.* B. Añoveros Terradas, “Extensión de los foros de protección del consumidor a demandados domiciliados en terceros Estados”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 285–306), al incluir en el régimen especial de los foros de protección un abanico de litigios internacionales que, a la vista de sus elementos de extranjería, hasta hace poco eran absolutamente irrelevantes. La extensión del ámbito de aplicación de las normas de competencia judicial internacional por el art. 6 Reglamento nº 1215/2012 a profesionales domiciliados en terceros países irroga una ampliación del volumen de litigios intracomunitarios de consumo a los que resulta aplicable las reglas de protección previstas en sus art. 17 a 19. De este modo, con su entrada en vigor el consumidor podrá solicitar la reparación de sus derechos e intereses ante los tribunales frente a cualquier empresa con independencia de dónde esté domiciliada, siempre y cuando tanto desde el punto de vista material como subjetivo ese contrato entre dentro del ámbito de aplicación de la Sección 4º Capítulo II del Reglamento.

2013/19.– Tribunal de Justicia, Sala Octava, Sentencia de 14 noviembre 2013. Asunto C–478/12.
Ponente: C. Toader.

Competencia judicial en materia civil y mercantil.– Reglamento (CE) nº 44/2001.– Art. 16, ap. 1.– Contrato de viaje celebrado entre un consumidor domiciliado en un Estado miembro y una agencia de viajes domiciliada en otro Estado miembro.– Prestador de servicios utilizado por la agencia de viajes domiciliado en el Estado miembro del domicilio del consumidor.– Derecho del consumidor de entablar una acción judicial contra las dos empresas ante el tribunal del lugar de su domicilio.

Normas aplicadas: Art. 16.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

22. Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si el concepto de “otra parte contratante” utilizado en el art. 16, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias tales como las del litigio principal, designa igualmente al cocontratante del operador con el que el consumidor haya celebrado dicho contrato y que tenga su domicilio social en el territorio del Estado miembro del domicilio de ese consumidor.
[...]

29. En efecto, aun suponiendo que una operación unitaria, tal como la que llevó a los esposos Maletic a reservar y pagar su viaje combinado en el sitio de Internet de lastminute.com, pueda dividirse en dos relaciones contractuales distintas con la agencia de viajes en línea lastminute.com, por una parte, y con el organizador de viajes TUI, por otra, no cabe calificar esta última relación contractual de “meramente interna”, puesto que estaba indisociablemente vinculada a la primera relación contractual, al haberse realizado a través de la referida agencia de viajes domiciliada en otro Estado miembro.

30. Además, han de tenerse en cuenta los objetivos fijados en los cdos. 13 y 15 del Reglamento nº 44/2001, que se refieren respectivamente a la protección del consumidor en cuanto “parte más débil” del contrato, y a la reducción “al máximo [de] la posibilidad de procedimientos paralelos [para] evitar que se dicten en dos Estados miembros resoluciones inconciliables”.

31. Dichos objetivos se oponen a una solución que permita que los esposos Maletic entablen acciones paralelas tanto en Bludenz como en Viena, mediante acciones conexas, contra los dos operadores implicados en la reserva y en el desarrollo del viaje combinado del que se trata en el litigio principal.

32. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que el concepto de “otra parte contratante” utilizado en el art. 16, ap. 1, del Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias tales como las del litigio principal, designa igualmente al cocontratante del operador con el que el consumidor haya celebrado dicho contrato y que tenga su domicilio social en el territorio del Estado miembro del domicilio de ese consumidor.

[ARMIN MALETIC, MARIANNE MALETIC Y LASTMINUTE.COM GMBH, TUI ÖSTERREICH GMBH]

**DEMANDAS PRESENTADAS CONTRA VARIOS DEMANDADOS POR VIOLACIONES
SUSTANCIALMENTE IDÉNTICAS DE DERECHOS DE AUTOR BASADAS EN
LEGISLACIONES NACIONALES DE ESTADOS MIEMBROS**

2013/20.— Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 1 diciembre 2011. Asunto C-145/10.
Ponente: J. Malenovský.

Competencia judicial en materia civil.— Reglamento (CE) n° 44/2001: Art. 6, n° 1.— **Pluralidad de demandados.**— Directiva 93/98/CEE: Art. 6.— **Protección de fotografías.**— Directiva 2001/29/CE: Art. 2.— **Reproducción.**— Utilización de un retrato fotográfico como modelo para elaborar un retrato-robot: Art. 5, ap. 3, letra d).— **Excepciones y limitaciones para citas:** Art. 5, ap. 3, letra e).— **Excepciones y limitaciones con fines de seguridad pública:**— Art. 5, ap. 5.

Normas aplicadas: Art. 6, n° 1 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 5, aps. 3, letras d) y e), y 5 Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 mayo 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

[...]

80. Pues bien, al apreciar si existe un punto de conexión entre las distintas demandas, es decir, si existe un riesgo de que se dicten resoluciones inconciliables si dichas demandas fueran juzgadas por separado, la identidad de las bases jurídicas de las acciones ejercitadas constituye solamente un factor pertinente entre otros. Tal identidad no es un requisito indispensable para la aplicación del art. 6, n° 1, del Reglamento n° 44/2001 (véase, en este sentido, la sentencia Freeport, ap. 41).

81. Así pues, la diferencia en los fundamentos jurídicos de las acciones ejercitadas contra varios demandados no impide, por sí misma, la aplicación del art. 6, n° 1, del Reglamento n° 44/2001, siempre que sea previsible para los demandados que éstos pueden ser demandados en el Estado miembro en el que al menos uno de ellos tiene su domicilio (véase, en este sentido, la sentencia Freeport, ap. 47).

82. Ello es así con mayor razón cuando, como sucede en el asunto principal, las normativas nacionales en que se basan las acciones ejercitadas contra los diferentes demandados resultan, según el órgano jurisdiccional remitente, esencialmente idénticas.

83. Por otra parte, incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, a la luz de todos los elementos obrantes en autos, si existe una relación de conexión entre las diferentes demandas presentadas ante el mismo, es decir, si existe un riesgo de que se dicten resoluciones inconciliables si dichas demandas fueran juzgadas por separado. En este contexto, puede ser pertinente el hecho de que los demandados, a los que el titular de un derecho de autor reprocha violaciones sustancialmente idénticas de su derecho, hayan actuado o no de manera independiente.

84. En atención a las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 6, nº 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que no impide su aplicación el mero hecho de que las demandas presentadas contra varios demandados por violaciones sustancialmente idénticas de derechos de autor se basen en legislaciones nacionales diferentes, según los Estados miembros. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional, a la luz de todos los elementos obrantes en autos, apreciar si existe el riesgo de que se dicten resoluciones inconciliables si las demandas fueran juzgadas por separado.

Sobre la cuarta cuestión prejudicial

85. La cuarta cuestión prejudicial, que debe examinarse en segundo lugar, fue planteada por el órgano jurisdiccional remitente para que se apreciara el fundamento de la tesis de que las demandadas en el procedimiento principal no precisaban de la autorización de la Sra. Painer para publicar el retrato-robot controvertido elaborado a partir de un retrato fotográfico, por ser reducida o incluso nula la protección que se concede a tal fotografía, debido a las escasas posibilidades de creación que permitía. [...]

94. En vista de lo expuesto anteriormente, debe considerarse por tanto que un retrato fotográfico puede ser protegido por derechos de autor, en virtud del art. 6 Directiva 93/98, siempre que sea una creación intelectual del autor que refleje su personalidad y que se manifieste por las decisiones libres y creativas del mismo al realizarlo, lo cual corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional en cada caso concreto.

95. Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la cuestión de si la protección es inferior a aquella de que gozan las demás obras, en particular las demás obras fotográficas, se ha de comenzar señalando que el autor de una obra protegida tiene concretamente, en virtud del art. 2, letra a) Directiva 2001/29, el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de su obra, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte.

96. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el alcance de la protección conferida por dicha disposición debe entenderse en sentido amplio (véase sentencia Infopaq International, ap. 43).

97. Además, debe declararse que no hay nada en la Directiva 2001/29 ni en cualquier otra directiva aplicable en la materia que permita considerar que el alcance de esa protección depende de eventuales diferencias en las posibilidades de creación artística al realizar diversas categorías de obras.

98. Por lo tanto, respecto de un retrato fotográfico, la protección que confiere el art. 2, letra a) Directiva 2001/29 no puede ser inferior a aquella de que gozan otras obras, incluidas las demás obras fotográficas.

99. A la luz de cuanto se ha expuesto, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el art. 6 Directiva 93/98 debe interpretarse en el sentido de que un retrato fotográfico puede ser protegido por derechos de autor, en virtud de dicha disposición, siempre que sea una creación intelectual del autor que refleje su personalidad y que se manifieste por las decisiones libres y creativas del mismo al realizarlo, lo cual corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional en cada caso concreto. Dado que se ha acreditado que el retrato fotográfico de que se trata constituye una obra, su protección no es inferior a aquella de que goza cualquier otra obra, incluidas las obras fotográficas.

Sobre la cuestión prejudicial tercera, letras a) y b)

100. Mediante la cuestión prejudicial tercera, letras a) y b), el órgano jurisdiccional remitente pide fundamentalmente que se determine si el art. 5, ap. 3, letra e) Directiva 2001/29, en relación con el art. 5, ap. 5, de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que, en un asunto como el principal, su aplicación requiere un llamamiento concreto, actual y expreso de las autoridades de seguridad para la publicación de una fotografía con fines de búsqueda y, en caso de que tal requisito no sea necesario, si los medios de comunicación pueden invocar dicha disposición cuando decidan por su propia iniciativa, sin orden de búsqueda de las autoridades, la publicación de una fotografía en interés de la seguridad pública. [...]

111. En vista de las mencionadas exigencias y precisiones, no es dable permitir a un medio de comunicación, como una editora de prensa en este caso, que se atribuya la protección de la seguridad pública. En efecto, sólo el Estado, cuyas autoridades competentes cuentan con medios adecuados y con estructuras coordinadas, debe considerarse responsable y apto para garantizar el logro de ese objetivo de interés general con medidas apropiadas, incluida, por ejemplo, la emisión de una orden de búsqueda.

112. En consecuencia, tal editora no puede utilizar por su propia iniciativa una obra protegida por derechos de autor invocando un objetivo de seguridad pública.

113. Así las cosas, habida cuenta de la vocación de la prensa –en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho– de informar al público sin más restricciones que las estrictamente necesarias, no cabe excluir que una editora de prensa pueda contribuir puntualmente al logro de un objetivo de seguridad pública difundiendo una fotografía de una persona a la que se busca. No obstante, debe exigirse que esta iniciativa, por una parte, se inscriba en el contexto de una decisión adoptada o de una acción llevada a cabo por las autoridades nacionales competentes con objeto de garantizar la seguridad pública y, por otra, se tome de acuerdo y de forma coordinada con dichas autoridades, para evitar el riesgo de ir contra las medidas adoptadas por éstas. Sin embargo, no es necesario un llamamiento concreto, actual y expreso de las autoridades de seguridad para la publicación de una fotografía con fines de búsqueda.

114. La alegación de las demandadas de que, en nombre de la libertad de prensa, los medios de comunicación han de poder invocar el art. 5, ap. 3, letra e) Directiva 2001/29, sin orden de búsqueda de las autoridades de seguridad, no puede dar lugar a una conclusión diferente. En efecto, tal como señaló la Abogado General en el punto 163 de sus conclusiones, dicha disposición persigue únicamente el objetivo de garantizar la protección de la seguridad pública y no tiene por objeto ponderar la protección de la propiedad intelectual y la libertad de prensa.

115. Por otra parte, tal como se desprende del art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 noviembre 1950, y del art. 11 CDFUE, el ejercicio de la libertad de prensa no está destinado a proteger la seguridad pública, sino que son más bien las exigencias de la protección de la seguridad pública las que pueden justificar la restricción de dicha libertad.

116. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial tercera, letras a) y b), que el art. 5, ap. 3, letra e) Directiva 2001/29, en relación con el art. 5, ap. 5, de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que un medio de comunicación, como una editora de prensa, no puede utilizar por su propia iniciativa una obra protegida por derechos de autor invocando un objetivo de seguridad pública. No obstante, no cabe excluir que tal medio pueda contribuir puntualmente al logro de un objetivo de esa naturaleza publicando una fotografía de una persona a la que se busca. Debe exigirse que esta iniciativa, por una parte, se inscriba en el contexto de una decisión adoptada o de una acción llevada a cabo por las autoridades nacionales competentes con objeto de garantizar la seguridad pública y, por otra, se tome de acuerdo y de forma coordinada con dichas autoridades, para evitar el riesgo de ir contra las medidas adoptadas por éstas, sin que sea necesario un llamamiento concreto, actual y expreso de las autoridades de seguridad para la publicación de una fotografía con fines de búsqueda. [...]

129. Mediante la cuestión prejudicial segunda, letra a), el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si el art. 5, ap. 3, letra d) Directiva 2001/29, en relación con el art. 5, ap. 5, de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que no impide su aplicación el hecho de que un artículo de prensa que cita una obra o prestación protegida no sea una obra literaria protegida por derechos de autor. [...]

134. Pues bien, el art. 5, ap. 3, letra d) Directiva 2001/29 pretende establecer un justo equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión de los usuarios de una obra o prestación protegida y el derecho de reproducción conferido a los autores.

135. En este caso, el justo equilibrio se garantiza dando prioridad al ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los usuarios en relación con el interés del autor en poder oponerse a la reproducción de extractos de su obra que ya se ha hecho legalmente accesible al público, asegurando al mismo tiempo el derecho del autor a que se indique, en principio, su nombre.

136. Desde esta perspectiva bipolar, carece de pertinencia el hecho de saber si la cita se hace en una obra protegida por derechos de autor o bien en una obra o prestación no protegida por tales derechos.

137. En atención a las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial segunda, letra a), que el art. 5, ap. 3, letra d) Directiva 2001/29, en relación con el art. 5, ap. 5, de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que no impide su aplicación el hecho de que un artículo de prensa que cita una obra o prestación protegida no sea una obra literaria protegida por derechos de autor.

Sobre la cuestión prejudicial segunda, letra b)

138. Mediante la cuestión prejudicial segunda, letra b), el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se determine si el art. 5, ap. 3, letra d) Directiva 2001/29, en relación con el art. 5, ap. 5, de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que impide su aplicación el hecho de que la obra o prestación citada no vaya acompañada del nombre del autor o del intérprete. [...]

141. Pues bien, en la medida en que las fotografías controvertidas, antes de ser utilizadas por las demandadas en el procedimiento principal, estaban en posesión de una agencia de noticias, que posteriormente las transmitió a dichas demandadas, según afirman éstas, es legítimo presumir que la agencia de noticias tomó posesión de tales fotografías una vez puestas legalmente a disposición del público. Por tanto, debe considerarse que en este caso se indicó el nombre del autor de las fotografías controvertidas. En efecto, a falta de tal indicación, la puesta a disposición del público en cuestión sería ilegal y, en consecuencia, el art. 5, ap. 3, letra d) Directiva 2001/29 no sería aplicable.

142. Así pues, dado que ya se había indicado el nombre del autor de las fotografías controvertidas, no era en modo alguno imposible para el usuario posterior de tales fotografías indicarlo, conforme a la obligación establecida en el art. 5, ap. 3, letra d) Directiva 2001/29.

143. No obstante, procede señalar asimismo que el litigio principal presenta la particularidad de inscribirse en el contexto de una investigación criminal, en el marco de la cual, a raíz del secuestro de Natascha K. en 1998, las autoridades de seguridad nacionales competentes emitieron una orden de búsqueda, reproduciendo las fotografías controvertidas.

144. Por consiguiente, no cabe excluir que las autoridades de seguridad nacionales hayan estado en el origen de la puesta a disposición del público de las fotografías controvertidas, que posteriormente utilizaron las demandadas en el procedimiento principal.

145. Ahora bien, esta puesta a disposición no requiere, según el art. 5, ap. 3, letra e) Directiva 2001/29 y en contra de lo dispuesto por la letra d), de dicho precepto, la indicación del nombre del autor.

146. Por lo tanto, el hecho de que el usuario inicial, que puede invocar legítimamente el citado art. 5, ap. 3, letra e), omita indicar, al ponerse a disposición del público una obra protegida, el nombre de su autor, no afecta a la licitud de dicho acto.

147. En el caso presente, en el supuesto de que las fotografías controvertidas fueran, conforme al art. 5, ap. 3, letra e) Directiva 2001/29, puestas inicialmente a disposición del público por las autoridades de seguridad nacionales competentes, y en el supuesto de que en esa utilización inicial lícita no se haya indicado el nombre del autor, la utilización posterior de tales fotografías por la prensa requiere ciertamente, a tenor del art. 5, ap. 3, letra d), de dicha Directiva, la indicación de la fuente, pero no necesariamente del nombre del autor.

148. En efecto, dado que no corresponde a la prensa averiguar las razones de semejante omisión, le resulta imposible, en tal situación, identificar o indicar el nombre del autor y, por tanto, debe considerarse que no tiene la obligación fundamental de indicar el nombre del autor.

149. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial segunda, letra b), que el art. 5, ap. 3, letra d) Directiva 2001/29, en relación con el art. 5, ap. 5, de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que su aplicación está supeditada a la obligación de indicar la fuente, con inclusión del nombre del autor o del intérprete, de la obra o prestación protegida citada. No obstante, si, conforme al art. 5, ap. 3, letra e), de la referida Directiva, no se ha indicado el nombre, tal obligación debe considerarse cumplida aunque se haya indicado solamente la fuente.

[EVA-MARIA PAINER Y STANDARD VERLAGSGMBH, AXEL SPRINGER AG, SÜDDEUTSCHE ZEITUNG GMBH, SPIEGEL-VERLAG RUDOLF AUGSTEIN GMBH & CO KG, VERLAG M. DUMONT SCHAUERG EXPEDITION DER KÖLNISCHEN ZEITUNG GMBH & CO KG]

COMPETENCIA JUDICIAL RESPECTO A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE VENTA DE MERCANCÍAS

2013/21.- Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 19 diciembre 2013. Asunto C-9/12.
Ponente: M. Berger.

Competencia judicial en materia civil y mercantil.- Reglamento (CE) n° 44/2001: Arts. 2y 5.1° letras a) y b) – Competencia especial en materia contractual.- Conceptos de “compraventa de mercaderías” y de “prestación de servicios”.- Contrato de concesión de venta de mercancías.

Normas aplicadas: Arts. 2 y 5.1° letras a) y b) Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

17. Con su primera cuestión prejudicial el tribunal remitente pregunta en sustancia si, en el supuesto de que el concedente demandado en el litigio tenga su domicilio en un Estado miembro distinto del Estado miembro del tribunal que conoce del litigio, las disposiciones del Reglamento se oponen a la aplicación de una regla de competencia nacional como la enunciada en el art. 4 Ley belga de 27 julio 1961, que atribuye competencia a los tribunales nacionales para conocer de un litigio sobre la resolución de una concesión de venta cuando el concesionario está establecido en el territorio nacional. [...]

40. Se ha de tener en cuenta que el contrato de concesión descansa en una selección del concesionario por el concedente. Esa selección, aspecto característico de esa clase de contrato, confiere al concesionario una ventaja competitiva consistente en que sólo él tiene derecho a vender los productos del concedente en un territorio dado, o al menos en que un número limitado de concesionarios disfrutará de ese derecho. Además, el contrato de concesión prevé a menudo una ayuda al concesionario en materia de acceso a los soportes de publicidad, de transmisión de conocimientos técnicos mediante acciones de formación o también de facilidades de pago. El conjunto de esas ventajas, cuya realidad corresponde comprobar al tribunal remitente, representa para el concesionario un valor económico que puede considerarse constitutivo de una remuneración.

41. De ello se sigue que un contrato de concesión que comprende las obligaciones típicas precisadas en los aps. 27 y 28 de la presente sentencia puede ser calificado como contrato de prestación de servicios a efectos de la aplicación de la regla de competencia enunciada en el art. 5.1° letra b), segundo guión, del Reglamento.

42. Esa calificación excluye la aplicación a un contrato de concesión de la regla de competencia prevista en la letra a) del citado art. 5.1° Reglamento. En efecto, teniendo en cuenta la jerarquía normativa entre la letra a) y la letra b) establecida por la letra c) de esa disposición, la regla de competencia prevista en el art. 5.1° letra a) Reglamento sólo es aplicable de manera alternativa y supletoria en relación con las reglas de competencia enunciadas en el art. 5.1° letra b), de éste.

43. Por las anteriores consideraciones se ha de responder a las cuestiones segunda y tercera que el art. 5.1º letra b) Reglamento debe interpretarse en el sentido de que la regla de competencia enunciada en el segundo guión de esa disposición para los litigios sobre los contratos de prestación de servicios es aplicable en el supuesto de una acción judicial con la que un demandante establecido en un Estado miembro invoca frente a un demandado establecido en otro Estado miembro derechos derivados de un contrato de concesión, lo que requiere que el contrato que vincula a las partes incluya estipulaciones específicas referidas a la distribución por el concesionario de las mercancías vendidas por el concedente. Incumbe al juez nacional verificar si así sucede en el litigio del que conoce.

[CORMAN–COLLINS SA Y LA MAISON DU WHISKY SA]

Obs.: A.M. López Rodríguez, “El contrato de distribución exclusiva o concesión comercial como contrato de prestación de servicios a efectos de la aplicación del foro conflictual del RB I. Comentario a la STJ de 19 diciembre 2013 (Corman–Collins S.A.)”, *La Ley: UE*, nº 13, 2014, pp. 37–44.

CONSUMIDORES

CONTRATOS DE TRANSPORTE AÉREO CON CLÁUSULAS DE LEY APLICABLE Y DE JURISDICCIÓN COMPETENTE DE CARÁCTER ABUSIVO

2013/22.– Juzgado de lo Mercantil de Madrid Sentencia nº 113/2013, de 30 septiembre 2013.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Jesús García Marrero. AC\2013\2038

Contrato de transporte aéreo: cláusula sobre aplicación de la ley irlandesa y el sometimiento a la jurisdicción de ese país.– Eventual carácter abusivo.– Directiva 93/13.– Prohibición de inclusión en el clausulado general que la ley y jurisdicción aplicable sea la irlandesa cuando el domicilio habitual del consumidor radica en lugar diferente.– Consumidor residente en España, país donde emite su declaración negocial y donde se desarrolla la actividad de la demandada que tiene vuelos nacionales y en los internacionales tienen salida o llegada en España.– Cláusula redactada de forma clara y comprensiva: necesidad de imprimir la tarjeta de embarque.– Inexistencia de billetes en soporte papel.

Normas aplicadas: Arts. 5.2º y 6 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 17 junio 2008; art. 3 Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 abril 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

[...]

Las cláusulas controvertidas se refieren a la aplicación de la ley irlandesa y el sometimiento a la jurisdicción de ese país. Debemos sostener que estas cláusulas son nulas, en la medida que causan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Ese desequilibrio se concreta en la exigencia de obligar al consumidor español (en el sentido de tener su residencia habitual en España) que contrata en la demandada a acudir a Irlanda y en someter la resolución de su litigio a una normativa que no le es conocida, ya que no reside habitualmente en dicho domicilio; y además limita el acceso a la justicia, al tener que asumir gastos muy significativos como el desplazamiento a Irlanda y la necesidad de tener que contratar a un abogado irlandés, cuando recordemos que reside en España. Ante esta tesitura, y teniendo en cuenta el tipo de litigios que se ventilan, generalmente de escasa cuantía, los gastos que tendrá que asumir el consumidor no le compensarán y por ello estaremos ante una obstaculización del acceso a la justicia. Y en este punto, no podemos obviar que en el Anexo de la Directiva, letra q) se recoge como cláusula abusiva aquellas que tengan por

objeto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor. Frente a ello, para la demandada la situación es beneficiosa al centralizar las reclamaciones bajo la jurisdicción y con sometimiento al derecho propio del lugar de su domicilio social, lo que le evita gastos y molestias de desplazamiento, y cuando además goza de numerosos establecimientos en nuestro país

No cabe sostener, por otro lado, que el consumidor dispone de información para conocer el contenido de la cláusula antes de la contratación. En este punto, como indicó el Ministerio Fiscal, debemos recordar que nos encontramos ante un consumidor on line; la dinámica de este tipo de contratación conlleva que no se dispone de mucho tiempo para poder examinar las condiciones generales, ya que se corre el riesgo de que cuando se vaya a comprar el billete, si se han leído todas las condiciones, la plaza ya no esté en venta o su precio haya subido, ya que la reserva que se efectúa está limitada en el tiempo y no se ha justificado por la demandada que el tiempo de reserva sea suficiente para leer las condiciones. En este punto, la STJUE 21 marzo 2013 (asunto C-92/1144) ha abogado por la importancia fundamental que para el consumidor tiene disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información. Es decir, si no se dispone de esa información, no puede admitirse que haya habido "pacto" como sostiene la demandada para someter la cuestión litigiosa al derecho irlandés y a esa jurisdicción. Y ello, sin olvidar el carácter de protección que tiene la Directiva para el consumidor, como ha sostenido la jurisprudencia comunitaria (STJUE 14 marzo 2013)

Como consecuencia de ello, debemos sostener, en primer lugar que la Directiva 93/13 no permite al demandado que pueda incluir en su clausulado general que la ley y jurisdicción aplicable sea la irlandesa cuando el domicilio habitual del consumidor radica en lugar diferente. Y en el caso de España, el art 90 TRLGDCU, que es trasposición de la directiva, viene a sostener, que estas cláusulas son nulas por abusivas, precepto que es el aplicable al caso que analizamos, en la medida que se trata de un consumidor residente en España (para la sumisión de jurisdicción), y es en este país donde emite su declaración negocial (al contratar por internet) y donde se desarrolla la actividad de la demandada que tiene vuelos nacionales y en los internacionales tienen salida o llegada en España. En consecuencia, teniendo en cuenta además el tipo de consumidor y la forma de contratación con escaso tiempo para leer el clausulado general debemos declarar la nulidad de la cláusula del art 2.4º referida a la ley aplicable y jurisdicción. [...]

[ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS / RYANAIR LTD.]

Obs.: REDI 2014-13-Pr y nota de C.I. Cordero Álvarez.

CONTRATOS

LEY APLICABLE Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS CONTRATOS DE AGENCIA

2013/23.— Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoquinta, Sentencia nº 17/2013 de 18 enero 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos López-Muñiz Criado. JUR\2013\70982.

Contrato de agencia: indemnización.— Aplicación de la legislación mexicana.— Insuficiencia de la prueba del Derecho extranjero reclamado.— Contenido del Derecho extranjero: no puede limitarse a presentar un Código normativo.— Necesidad de acreditar toda la legislación aplicable al caso.— Necesidad de acreditar la necesaria exégesis de los preceptos de acuerdo con los mecanismos de

interpretación propios de la Legislación en la que estén integradas las normas cuya aplicación se pretenda.– Referencia a la existencia de doctrina judicial vinculante.

Normas aplicadas: Art. 281.2º LEC.

[...]

La sentencia de primera instancia decidió la cuestión litigiosa de acuerdo con el Derecho español al entender que no estaba demostrado el Derecho aplicable extranjero porque la parte demandada no aportó otra prueba que el Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, sin ningún documento que demuestre el alcance e interpretación de las normas foráneas por sus tribunales. [...]

[...] Con relación a la aplicación de la Legislación Mejicana, compartimos y hacemos nuestros los argumentos de la resolución apelada.

A ellos añadimos que el art. 281.2º LEC obliga a probar el Derecho extranjero en su contenido y vigencia, permitiendo al tribunal valerse de los medios de averiguación que estime necesarios para su aplicación. Por tanto, es a la parte a quien corresponde demostrar el contenido y la vigencia, de modo que, una vez justificados esos dos extremos, dependerá del Juez la aplicación, a cuyo fin podrá desplegar la actividad que estime necesaria. El contenido no puede limitarse a presentar un Código normativo, sino toda la legislación aplicable al caso, la general y especial, con la necesaria exégesis de los preceptos de acuerdo con los mecanismos de interpretación propios de la Legislación en la que estén integradas las normas cuya aplicación se pretenda, en especial si existe Doctrina Judicial vinculante. Así lo lleva entendiendo la Jurisprudencia de nuestro TS desde antiguo, bastando para ello reseñar la S de 5 noviembre 1971 donde se recogen referencias en el mismo sentido a las de 25 febrero 1926, 30 marzo 1928, 12 diciembre 1935, 30 junio 1962 y 9 junio 1969. En el caso estudiado resulta especialmente importante porque el Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos aportado con la contestación a la demanda ni siquiera menciona al Agente como una figura especial dentro de los contratos de comisión, lo cual obliga a interpretar la norma, si no existe otra especial, algo que se desconoce, en el contexto general legislativo y jurisprudencial donde se desarrolla, y ello resulta imposible sin tener conocimiento del sentido, alcance e interpretación que le hayan podido dar los Tribunales de Méjico y la certificación de no existir ninguna otra norma reguladora de esa figura contractual. Todo ello es labor de quien alega el Derecho extranjero y pretende su aplicación en un determinado sentido, y no puede esperar que sea el Juez quien le reclame de oficio mayor aportación probatoria, de modo que, con independencia de la actividad desplegada por aquél, si el Derecho foráneo no está suficientemente acreditado, tampoco podrá aplicarse. [...]

[ÁREA UNO, S.L. / COMPAÑÍA MEXICANA DE AVIACIÓN S.A. DE CAPITAL VARIABLE]

2013/24.– Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, Sentencia nº 200/2013, de 15 mayo 3013. Ponente: Ilma. Sra. Encarnación Caturla Juan. JUR\2013\266846.

Contrato de agencia.– Existencia de cláusula de sumisión expresa que atribuye la competencia a los tribunales italianos.– Eventual competencia de los tribunales españoles: Disp. adic. 2ª Ley de Contrato de Agencia.– Ley aplicable.– Aplicación del Derecho extranjero: falta de acreditación.– Aplicación de la ley española.

Normas aplicadas: Art. 5 y 26 Reglamento (CE) nº 44/2001 de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Disp. adic. 2ª Ley de Contrato de Agencia; art. 7.2º Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 julio 1980; arts. 10.5º y 12.1º y 6º Cc; art. 281.2º LEC.

[...]

Dicho lo cual, debemos señalar, al efecto de las normas de atribución de la competencia, que siendo que nos encontramos ante un contrato de agencia suscrito entre dos mercantiles domiciliadas en dos

Estados distintos, ambos miembros de la UE, resulta de aplicación el Reglamento (CE) n° 44/2001 de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en vigor en España desde el 1 marzo 2002. Esta norma internacional resulta, de conformidad con el art. 1.5° Cc de aplicación en nuestro Derecho interno. Y la misma, fija como criterio general el respeto al domicilio del demandado, sin embargo esta regla puede ser modificada, por unos foros alternativos por razón de la materia litigiosa y otros por razones procesales.

El citado Reglamento con carácter general dispone en su art. 5 que [...]

En todo caso es de señalar que, en el presente caso no nos encontramos ante un supuesto de competencia exclusiva o foro especial; sino ante una cláusula contractual contenida en el contrato de agencia suscrito en 1996, que atribuye la competencia para conocer de las cuestiones del mismo a favor de los Tribunales italianos, esto es, ante una cláusula contractual de sumisión expresa.

No obstante lo dicho, lo cierto es que la demanda se interpuso ante los Tribunales españoles, resultando consecuentemente de aplicación la legislación procesal española, la cual dispone en el art. 39 LEC relativo a la apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte [...]

Cuestión distinta sería determinar si pese a no poder atender a la falta de competencia a instancia de parte; podría ser la misma apreciada de oficio. A tal efecto dispone el art. 38 LEC que “La abstención a que se refieren los dos artículos precedentes se acordará de oficio, con audiencia de las partes u del Ministerio Fiscal, tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional.” Y el art. 36 LEC dispone que “La extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la LOPJ y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. [...]

En el presente caso, como ya hemos dicho no estamos ante una atribución de competencia o foro exclusivo; por lo que el Tribunal desconociendo los pactos que podían haber alcanzado las partes no podía pronunciarse sobre su competencia con anterioridad al plazo de personación del demandado; y siendo que la mercantil demandada si compareció, no planteando en forma la declinatoria, y por el contrario, si formulando respectivamente junto a la contestación a la demanda, demanda reconvenzional; entendemos que no resulta posible la apreciación de oficio de la falta de competencia internacional, al haber aceptado la mercantil demandada la competencia de los tribunales españoles mediante la sumisión tácita a los mismos, aunque al tiempo de interponerse la demanda los tribunales españoles no tuviesen competencia. En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Gerona 6 junio 2012.

En segundo lugar, por lo que respecta a que legislación, si la italiana o la española, resulta de aplicación; pretendiendo la parte demandada apelante la aplicación de la legislación italiana, al entender que el contrato de agencia por escrito, suscrito en el año 1996, así lo prevé. Al respecto debemos señalar que tal planteamiento constituye una cuestión nueva no alegada en la instancia, por cuanto que lo que se planteó ante ésta, al tiempo de contestar a la demanda y formular demanda de reconvencción, fue la cuestión relativa a la competencia y jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de la demanda.

No obstante ello, es de señalar que siendo aplicable como norma de conflicto, el Convenio de Roma de 19 junio 1980 (art. 7.2 °), resultaría aplicable en base a la prestación realizada, la Ley italiana; si bien siendo que fue la mercantil demandada la que planteó cual era el derecho aplicable, a la misma le correspondía la acreditación de su contenido, resultando aplicable en su defecto la legislación española. Efectivamente, en virtud de lo dispuesto en el art. 12.1° Cc “La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española”. El art. 12.6° Cc “Los Tribunales aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español”; y el ap. 5° del art. 10 Cc, determina la norma aplicable en materia de contratos internacionales, pero debe de tenerse en cuenta que España se adhirió a lo dispuesto en el Convenio de Roma de 19 junio 1980 y conforme al mismo, el Derecho aplicable sería en base a la actividad desarrollada, la legis-

lación italiana. Constatada tal circunstancia, recaía sobre la parte que lo invocaba, según reiterada doctrina unánime, la carga de acreditar no solo el contenido sino también la vigencia de la ley de aplicación al concreto caso.

El art. 281.2º LEC, establece que será objeto de prueba el Derecho extranjero, que deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. En esta materia la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo ha sentado que no puede aplicarse de oficio la ley extranjera cuando no se alega de forma suficiente, ni nadie se acoge a ella, y no bastando el simple informe hecho a instancia de parte recurrente, sino que es preciso se refiera expresamente al litigio ..., y que recoja el texto literal de los preceptos aplicables (SSTS de 17 marzo, 23 octubre 1992, y 4 mayo 1995), criterios reiterados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 diciembre 2000. [...]

Aplicando la doctrina unánime expuesta, al caso que nos ocupa, se ha de concluir que era la mercantil demandada a quien incumbía la carga de la prueba de la vigencia y contenido del Derecho extranjero invocado, por lo que no acreditado el mismo, debe ser aplicado el Derecho español. [...]

[BUSQUIER PEAUX INDUSTRIES S.L. / CONCERTIA FRATELLI GUARINO DI DONATO S.N.C.]

2013/25.– Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, Sentencia nº 502/2013, de 11 noviembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Lahoz Rodrigo. JUR\2014\172832.

Contrato de agencia.– Competencia judicial internacional.– Ley aplicable: ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes.– Documento extranjero.– Eficacia probatoria.– Traducción.

Normas aplicadas: Art. 10.5º Cc; art. 281.2º LEC; art. 3 Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 julio 1980.

[...] La conclusión a la que se llega es que los tribunales civiles españoles tienen jurisdicción para la resolución del conflicto existente entre ambas mercantiles.

El segundo motivo de apelación afecta a la ley aplicable a la relación de agencia constituida entre las partes en virtud del contrato de 27 abril 2009 [...].

Las partes convinieron someterse a la Ley de la República Eslovaca, y mediante la no aportación del documento nº 10 debidamente traducido, se ha pretendido ocultar los términos en los que se formalizó el contrato de distribución suscrito en fecha 27 abril 2009, por lo que el derecho invocado para fundamentar la pretensión económica ejercitada en la demanda no es aplicable al procedimiento, pues la parte demandante, en virtud del sometimiento a la ley de la República Eslovaca, debió probar el Derecho extranjero que resultaba aplicable en la forma señalada en el ap. 2 del art. 281 LEC que establece: “también serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero. El Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.” En el presente caso, partiendo de que el conflicto entre las partes debe resolverse con aplicación de la ley de la República Eslovaca, la parte demandante ha fundamentado su pretensión en una ley que resulta inaplicable, además de haber infringido las normas procesales respecto a la aportación de documentos en lengua no oficial, cuya consecuencia es la desestimación íntegra de la demanda. [...]

GATO BLANCO, GATO NEGRO. LO IMPORTANTE ES QUE CACE RATONES

Federico F. GARAU SOBRINO *

1. Cuando leo algunas sentencias tengo la sensación de que el Tribunal ha buscado más la *justicia material* que un resultado ajustado a Derecho. Es decir, le importa más llegar a un resultado concreto, considerado por “él” justo, que la solución esté realmente prevista en la consecuencia jurídica de una norma legal. Esta actitud puede resumirse en la conocida afirmación pragmática del antiguo dirigente comunista chino Deng Xiaoping “es igual que el gato sea blanco o negro, lo importante es que cace ratones”. Dentro de ese grupo de sentencias incluiría la que ahora es objeto de comentario, pues al leerla he tenido la impresión de que el órgano jurisdiccional tenía muy claro lo que quería –declarar la competencia internacional de los tribunales españoles para conocer del asunto– y si para ello tenía que retorcer las normas o hacerles decir lo que no dicen, pues se hace, que no es cuestión de ponerse ahora melindrosos.

Por otro lado, y ya desde un punto de vista formal, la sentencia es bastante farragosa, pues está en la línea de lo que parece viene siendo costumbre en medios forenses y que es reproducir (copiar) en una primera parte, y a modo de introducción, las alegaciones de las partes del recurso. En el presente caso, éstas ocupan dos terceras partes de la resolución, haciendo su lectura lenta y pesada. Para lo único que me ha servido la lectura de la reproducción del escrito de interposición del recurso y de su contestación ha sido para formarme una idea del nivel de conocimientos de DIPr que tienen los letrados de cada una de las partes, y que es superior en el de la parte apelante que en el de la apelada.

En este comentario no analizaré algunas de las cuestiones abordadas en la sentencia, puesto que, en última instancia, se reducen a un problema de prueba. Al no haber tenido acceso al expediente, carezco de elementos suficientes para emitir un juicio de valor sobre la fundamentación de la solución adoptada por el Tribunal. Por ejemplo, mientras la parte apelante solicita la nulidad de actuaciones alegando que la demanda no fue notificada a la parte demandada domiciliada en Alemania, la parte apelada alega el correcto emplazamiento a través de los mecanismos de auxilio judicial internacional. Finalmente, la Audiencia considera que sí hubo emplazamiento a través de los mecanismos del Reglamento 1348/2000. Como no he tenido acceso a la documentación aportada por cada una de las partes, no puedo pronunciarme sobre la conclusión a la que llega el tribunal *ad quem*. Sin embargo, me centraré en el tema que me parece básico, tanto para la resolución del asunto como para un comentario realizado desde el punto de vista del DIPr, y más concretamente del Derecho procesal civil internacional. Me refiero a la cuestión alegada por la parte recurrente como motivo de nulidad de todo lo actuado: la falta de competencia de los tribunales españoles.

2. Antes de entrar a analizar los argumentos del Tribunal, y con el fin de situarnos ante el tema, intentaré resumir los hechos de este complejo caso. El objeto de la demanda inicial era la reclamación de una cantidad que tenía su origen en un contrato privado de compraventa de acciones de una sociedad que poseía un terreno rústico en la isla de Formentera; contrato concluido el 19 junio 1992 entre dos personas domiciliadas en Alemania. El 30 junio 1992 se formalizó en escritura pública la compraventa de las acciones, abonándose por la parte compradora la cantidad de 1.235.000 pesetas de la época. La parte vendedora falleció en marzo de 1998, tras lo cual sus herederos reclamaron al comprador la cantidad de 34.751'41 euros, cantidad que resultaba de dividir por dos el valor total del terreno rústico, sumarle a dicho importe la mitad del coste del peritaje de valoración del terreno y restarle la cantidad ya percibida a cuenta por el vendedor en el año 1992. Tras varios intentos infructuosos, por parte de los herederos del vendedor, de llegar a un acuerdo extrajudicial –en otras cosas, a la parte compradora se le propuso comprarle el terreno en vez de exigirle el pago de las cantidades pendientes de pago–, el finalmente

* Catedrático de DIPr. Universidad de las Islas Baleares.

heredero de los derechos de la parte vendedora planteó la correspondiente demanda de reclamación de cantidad contra el comprador ante los tribunales de Ibiza en el año 2004. En la reclamación judicial se solicitaba la condena al pago de la cantidad pendiente más intereses y costas, y subsidiariamente se pedía que, al amparo de una cláusula contenida en el propio contrato privado de compraventa del año 1992, se declarase a la parte vendedora condueño junto con el comprador por mitades indivisas del terreno rústico objeto del contrato. Tras darse traslado de la demanda a la parte demandada y no haberla contestado en el plazo correspondiente, se le declaró en situación de rebeldía procesal. El demandado no compareció ni en la audiencia previa ni en el juicio. El JPI estimó la demanda y condenó a la parte demandada al pago de 34.751'41 euros más los intereses legales desde la interposición de la demanda y las costas. A partir de ese momento aparece la parte demandada, interponiendo recurso de apelación ante la AP.

3. Como ya he indicado, de entre los diferentes motivos alegados en el recurso, el primero era la falta de competencia internacional de los tribunales españoles. Basándose en el RB I, la parte recurrente entendía que eran competentes los tribunales alemanes, puesto que ninguno de los foros contenidos en los arts. 2, 5.1º.a), 22 y 23 del Reglamento otorgaban competencia a los órganos jurisdiccionales españoles: la parte demandada no estaba domiciliada en España, el contrato no debía cumplirse en territorio español, el objeto del litigio no constituía una competencia exclusiva de los tribunales españoles y, finalmente, afirmaba que las partes se habían sometido a la jurisdicción de los tribunales alemanes. Como he dicho antes, no examinaré aquellas circunstancias que constituyen una mera cuestión de prueba, como la de si existía o no entre las partes un acuerdo válido de sumisión a los tribunales alemanes; o si la demanda fue correctamente notificada a la parte demandada mediante los mecanismos de auxilio judicial internacional, concretamente, el Reglamento 1348/2000, de 29 mayo 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, que *ratione temporis* era la norma aplicable (de la sentencia se deduce que la notificación se realizó en julio de 2004).

A las afirmaciones anteriores la AP contesta que el foro del art. 5.1º.a) RB I —era aplicable *ratione temporis*, puesto que la demanda se interpuso con posterioridad al 1 marzo 2002 y el Reglamento era aplicable a las acciones ejercitadas a partir de esta fecha (vid. art. 66.1 e.r. con art. 76)— otorgaba competencia a los tribunales españoles, puesto que estábamos ante un contrato de “compraventa de un inmueble situado en España, cuya entrega o tradición debía hacerse en este país [...]. En definitiva, el objeto del contrato era la transmisión del derecho real de propiedad de un bien sito en Formentera, España...” (FD 2º). En mi opinión, con esta afirmación la AP comete un error al confundir, a efectos del foro para las obligaciones contractuales, el objeto del contrato con el objeto de la demanda. El art. 5.1º.a) establece la competencia de los tribunales “del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda”. Por tanto, centra su punto de atención en el objeto de la demanda y no en el del contrato.

Así las cosas, y a efectos de determinar la competencia internacional, el Tribunal debería haber establecido si el pago de las cantidades adeudadas constituía una “obligación” contractual que servía de base a la demanda. En otras palabras, era una *obligación contractual* o una obligación que sustituía a una obligación contractual incumplida [vid. STJUE 6 octubre 1976, as. 14/76: *De Bloos*, Rec. 1976, p. 1497, aps. 10 ss]. Por la información que figura en la sentencia, se puede concluir que la reclamación del pago era una obligación contractual. En virtud del contrato del año 1992, la parte vendedora tenía la obligación de poner a disposición de la parte compradora las acciones de la sociedad y transmitir la propiedad de la finca rústica, mientras que el comprador tenía la obligación de pagar el precio, que es lo que precisamente se reclamaba en la demanda. En definitiva, la obligación que servía de base a la demanda era el pago de las cantidades derivadas del contrato de compraventa del inmueble y no la entrega del bien. Acierta la AP cuando afirma que uno de los foros en los que fundar la competencia internacional era el del art. 5.1º.a), pero equivoca la fundamentación.

4. La segunda cuestión que se plantea en relación con el foro del art. 5.1º.a) era determinar el lugar en el que “hubiere sido o debiere ser cumplida” la obligación del pago. Como he dicho, el pago es una

cuestión que forma parte del contrato y como en el propio contrato nada se establecía sobre su lugar de cumplimiento, su determinación debía realizarse entonces de acuerdo con la *lex contractus* [vid. STJ 6 octubre 1976, as. 12/76: *Industrie Tessili italiana, Rec.* 1976, p. 1473, aps. 13–15]. La cuestión, pues, es cómo se determina la ley que rige este contrato. En los escritos tanto de la parte recurrente como de la recurrida y en la sentencia de la AP se aplica sin más el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (el abogado de la parte recurrida y también la AP se refieren al “Tratado de Roma sobre la ley aplicable...”, mezclando con esa denominación el antiguo Tratado Constitutivo de la CEE, llamado en forma abreviada “Tratado de Roma”, con el Convenio de Roma de 1980; sobran comentarios). El problema verdaderamente grave es que nadie se planteó la aplicabilidad por razón del tiempo de esta norma convencional. El contrato se celebró el 19 junio 1992 y el Convenio de Roma entró en vigor para España el 1 septiembre 1993 (véase instrumento de ratificación en el *BOE*, 19–VII–93; corrección de erratas en *BOE*, 9–VIII–93), siendo aplicable a los contratos celebrados después de esa fecha (art. 17). En conclusión, no se podía utilizar el Convenio de Roma para determinar la ley aplicable al contrato, es decir, el ordenamiento que establecía el lugar de cumplimiento de la obligación de pago. En su lugar, debería haberse utilizado el art. 10.5º Cc –es preciso reconocer que el recurrente, además del Convenio de Roma, invoca también el art. 10.5º Cc, pero no parece que lo haga por dudar de su aplicación sino como un simple argumento *ad abundantia*: “el presente litigio se debe resolver obligatoriamente conforme al Derecho alemán: así lo establece el art. 10.5º Cc y así lo prevé también el art. 4.2º del Convenio...”

5. Otro de los argumentos utilizados por la AP para reforzar la competencia internacional de los tribunales españoles en el caso es negar validez a un presunto acuerdo de sumisión entre las partes. En efecto, la parte recurrente afirmaba en su escrito que tal acuerdo existía porque entre los abogados de las partes había existido un intercambio de cartas en las que se hacía referencia a la sumisión de los tribunales de Düsseldorf (Alemania) y que “en Alemania es práctica común que entre Abogados –tras consultar a sus respectivos clientes– se acuerde la competencia territorial” (conviene precisar que el ordenamiento alemán carece de normas de origen interno que fijen la competencia internacional, deduciéndose ésta de la competencia territorial; esto es, si un tribunal alemán es territorialmente competente para conocer de un litigio, queda implícita su competencia internacional). La AP ventila esta importante cuestión con un argumento harto discutible, limitándose a afirmar que, puesto que el contrato se rige por la ley española, “esa ‘práctica común’ entre abogados alemanes a la que hace referencia la apelante, no es aplicable al no poderse, en el marco de la Ley española, alterar la competencia merced a pactos entre abogados que no hayan sido expresamente apoderados para tal fin por sus clientes” (FD 2º). Con este razonamiento, la AP desconoce y da al traste con el sistema de acuerdos atributivos de jurisdicción regulado en el art. 23 del RB I. Precisamente en su nº 1 se recogen los requisitos de forma de dichos acuerdos, entre los que, para nuestro caso, cabe destacar que el acuerdo se haya celebrado por escrito o verbalmente con confirmación escrita (letra a), o en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas (letra b). Por tanto, la validez formal del acuerdo no es una cuestión que deba resolverse por la *lex contractus*, como afirma la AP, sino por las normas sustantivas del propio Reglamento, concretamente su art. 23.1º.

6. La última cuestión que aborda la AP en relación con la competencia internacional de los tribunales españoles está relacionada con el suplico de la demanda original. Como ya he indicado, la parte demandante solicitaba el pago de las cantidades adeudadas y subsidiariamente, para el caso de que se desestimara ésta pretensión y en aplicación de una cláusula del contrato de compraventa, se declarase a la parte vendedora dueña junto con el comprador por mitades indivisas del terreno objeto del contrato. Pues bien, este pedimento lleva a la AP a afirmar que “sitúa la petición subsidiaria en el marco de una reclamación real inmobiliaria que, en base al art. 22.1º en relación con el 6.4º Reglamento 44/01, otorga nuevamente la competencia a los Tribunales Españoles sobre la base de que la acción real absorbe necesariamente, en la acumulación de acciones, la competencia a favor del Tribunal en el que se halla el inmueble, haciéndolo, además, con carácter exclusivo y no susceptible de prórroga o pacto en contrario (art. 23.5º Reglamento)” (FD 2º). Vayamos por partes. En primer lugar, el foro del art. 22.1º, p. 1º,

contiene un foro en materia de derechos reales inmobiliarios a favor de los tribunales de Estado miembro de situación del inmueble. Ahora bien, puesto que dicha exclusividad priva a las partes de la posibilidad de acudir a otros tribunales que, en principio, también serían competentes, el TJUE ha venido considerando que el contenido de este foro debe ser interpretado de forma restrictiva [por todas, STJ 14 diciembre 1977, as. 73/77: *Sanders, Rec.* 1977, p. 2383, aps. 17 y 18]. Así, este foro solamente engloba las acciones incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento y que estén destinadas a determinar la extensión, la consistencia, la propiedad o la posesión del inmueble, o la existencia de otros derechos reales sobre dichos bienes, y a garantizar a los titulares de esos derechos la protección de las facultades vinculadas a sus títulos [vid. STJ 10 enero 1990, as. C-115/88: *Reichert, Rec.*, 1990, p. I-27, ap. 11]. El propio TJUE ha afirmado que la diferencia entre un derecho real y uno personal estriba en que el primero, por gravar un bien corporal, surte sus efectos con respecto a todos, mientras que el segundo únicamente puede invocarse contra el deudor [STJ 9 junio 1994, as. C-292/93: *Lieber, Rec.* 1994, p. I-2535, ap. 14]. Por tanto, en nuestro caso, la petición de que la parte vendedora sea declarada conducta junto con la compradora del terreno rústico, es una acción real, puesto que la declaración (positiva o negativa) del tribunal tiene efectos *erga omnes*.

Cuestión diferente es si un *pedimento subsidiario* de carácter real transforma toda la acción en real y, por tanto, en competencia exclusiva de los tribunales del lugar de situación del inmueble. Para ello, la AP invoca el art. 6.4º RB I, en el que se contiene un foro de vinculación procesal para un caso de acumulación de acciones *in rem* e *in personam*. Hay que precisar que el foro del art. 6.4º está pensado para acumular acciones personales y reales *que guarden una estrecha relación entre sí*. Tal es el caso, v.gr., de un préstamo relativo a la adquisición de un bien inmueble y que esté garantizado por hipoteca. Este foro permitiría la acumulación de la acción personal (relativa al préstamo) con la de ejecución hipotecaria, ambas dirigidas contra el deudor (Informe Almeida/Desantes/Jenard al Convenio de adhesión de España y Portugal al Convenio de Bruselas de 1968, pp. 45 y 46; Informe Jenard/Möller al Convenio de Lugano de 1988, nº 46). En mi opinión, y teniendo en cuenta que en este caso no estamos ante dos acciones independientes que deben ser acumuladas sino ante pedimentos de diferente naturaleza pertenecientes a la misma demanda, el *forum connexitatis* del art. 6.4º no permite la acumulación de una acción para reclamar el pago del precio de un inmueble con otra acción real inmobiliaria incluida en el art. 22.1º (en este sentido, R. Geimer y R. Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2010, A1 – Art. 6 EuGVVO, nº 90). Finalmente, y por exigencia del propio art. 6.4, las acciones deben poder acumularse (“si la acción pudiese acumularse”), lo que obliga a tener en cuenta las normas procesales del país del Tribunal sobre acumulación de acciones (Informe Almeida/Desantes/Jenard, p. 46; Informe Jenard/Möller, nº 47). En este sentido, cuando la *lex fori* sea el Derecho español se plantean problemas de acumulación en estos casos, pues estamos ante procesos de distinta naturaleza: ejecutiva y declarativa (vid. arts. 73.2º y 698.1º LEC).

7. Para concluir, después de leer los recursos reproducidos en los antecedentes de hecho segundo y tercero de la sentencia, debo decir que el escrito presentado por la parte recurrente está mucho mejor redactado y fundamentado que el escrito de oposición e, incluso, que la sentencia. Los argumentos están bien hilvanados y no contiene errores de bulto en materia de DIPr ni de Derecho procesal civil internacional. La sentencia, como acabamos de ver, es otra historia.

Esta sentencia creo que demuestra una vez más la escasa preparación en materia de DIPr que se viene exigiendo en los programas de oposiciones para el acceso a la judicatura. A estas alturas no voy a reivindicar nuevamente un mayor protagonismo del DIPr y del Derecho procesal civil internacional en la formación de los miembros de la carrera judicial. Creo que es suficiente con recordar la creciente importancia, cuantitativa y cualitativa, de la normativa de la UE en estos ámbitos: Reglamento 1346/2000 (insolvencia), Reglamento 1206/2001 (cooperación judicial), Reglamento 2201/2003 (Bruselas II), Reglamento 805/2004 (Título Ejecutivo Europeo), Reglamento 1896/2006 (Proceso Monitorio Europeo), Reglamento 861/2007 (Proceso Europeo de Escasa Cuantía), Reglamento 864/2007 (Roma II), Reglamento 1393/2007 (notificación), Reglamento 593/2008 (Roma I), Reglamento 4/2009 (obligaciones alimenticias), Reglamento 1259/2010 (Roma III), Reglamento 650/2012 (sucesiones),... ¿Es preciso continuar insistiendo?

2013/26.– Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia nº 95/2013, de 12 marzo 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández. JUR/2013/220642.

Competencia judicial internacional en el orden civil.– Competencia de los tribunales españoles.– Compraventa de acciones de una sociedad que tiene por objeto la transmisión de un inmueble situado en España.– Entrega o tradición en España a través de la escritura pública notarial.– Preferencia de la competencia del tribunal en que se halla el inmueble.– Ley aplicable.– Aplicación de la ley de los vínculos más estrechos: ley española.

Normas aplicadas: Arts. 2, 5.1º, 6.4º y 26 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 22.1º LOPJ; art. 4 Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 junio 1980.

[...]

Afirmando la parte apelada que, respecto al Tratado de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 junio 1980: “..., no es de aplicación el art. 4.2 del Tratado de Roma para establecer la competencia sino que, en el supuesto de que no existiera elección ni expresa ni tácita, sería de aplicación el art. 4.1º que establece la Ley aplicable a falta de elección: 1. En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del art. 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los lazos mas estrechos. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión mas estrecha con otro país, podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país”. Concluyendo dicha parte que: “El vínculo más estrecho del contrato lo tiene con el lugar de su celebración, tanto el contrato privado como su elevación a público, que es el lugar donde tenía su domicilio la sociedad cuyas acciones fueron objeto de compraventa, cuya sociedad, además, era titular de la finca rústica ubicada en Formentera y que se transmitía con dichas acciones, la cual formaba parte de la condición resolutoria al establecer la posibilidad de adquirir la mitad indivisa de dicha finca por parte del vendedor en caso de incumplimiento contractual. Incluso el precio se pactó en pesetas.”.

Así las cosas, observa la Sala que, nuevamente, como quiera que se trata de un contrato de compraventa de acciones de una sociedad patrimonial que tiene por verdadero objeto la transmisión del derecho real de propiedad de una finca rústica sita en Formentera, y que, además, la sociedad cuyas acciones se transmiten es, también, una sociedad española constituida y domiciliada en dicha localidad, la ley aplicable, a falta de elección de las partes, debe ser la contenida en la regla general de art. 4.1º Referido Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 junio 1980, que establece, para el caso de falta de elección de la ley aplicable, que el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los “vínculos más estrechos” (nótese que la apelante no pretende que una parte del contrato fuera separable del resto del contrato); estando claro que dicho país, en el caso de autos, es España, tanto si atendemos a que el contrato tiene por objeto último la transmisión de un inmueble (cuyos vínculos más estrechos lo serán siempre con el país en el que se halla éste – art. 4.3º–), como si atendemos a que se trata de la venta de acciones de una sociedad constituida y domiciliada en Formentera (doc. obrante al folio 10 de autos), pues hay que entender, en defecto de prueba en contrario, que la administración central de la sociedad está en su domicilio social en España (art. 4.2º). Por lo tanto, la conclusión es siempre favorable a la Jurisdicción española.

En consecuencia, no solo la competencia judicial internacional es de los Tribunales españoles, sino también la ley aplicable es la Ley española, por lo que ni los plazos de prescripción de la Ley alemana son aplicables, ni se aplica dicha ley para la interpretación del contrato y sus consecuencias jurídicas, ni tampoco para la práctica e interpretación de las pruebas, entre ellas las periciales.

Por lo tanto, no siendo aplicable el art. 195 ni el art. 319, ambos del Código Civil Alemán, y habida cuenta de que el contrato no está prescrito con arreglo a la Ley española y no se aporta una valoración pericial alternativa del inmueble, ni se cuestiona por la parte apelante, con arreglo al Derecho aplicable, el Derecho español, la valoración judicial de la prueba pericial, no puede prosperar el recurso en cuanto al fondo del asunto. [...]

LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

2013/27.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimocuarta, Sentencia nº 213/2013 de 5 abril 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pereda Gámez. JUR/2013/187084.

Contratos mercantiles internacionales.– Ley aplicable.– Inexistencia de sometimiento a una ley.– Aplicación del art. 4 del Convenio de Roma de 1980.– Inexistencia de prueba del Derecho extranjero reclamado.– Aplicación de la ley española por tener los vínculos más estrechos.

Normas aplicadas: Arts. 3 y 4 Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 junio 1980; art. 281.2º LEC.

[...]

Respecto a las relaciones de MR con la parte actora, se basan en la carta– contrato de 8 octubre 1987 (...), sobre etiquetadoras, repuestos y accesorios, que no hace ninguna referencia a pacto de determinación de ley aplicable.

La mención genérica de las confirmation order (...) a las condiciones generales, realizada unilateralmente por MR, no puede suponer un pacto de determinación de ley aplicable, ni cabe construir una presunción de que las partes quisieron tal sometimiento. No existiendo prueba alguna de pacto de determinación de ley aplicable no es aplicable el art. 3 sino el art. 4 del Convenio de Roma de 1980, que fija como ley de aplicación la del país que mantenga los vínculos más estrechos con el contrato. No niega MR que los vínculos más estrechos del pacto se mantienen con España, y así es en cuanto a los efectos de la distribución en nuestro país y el origen de la indemnización pretendida: la obtención de una cartera de clientes en España y los beneficios económicos que ha reportado a las demandadas.

Respecto a Multivac, el contrato de 1 enero 1982 (...) en su cláusula XVI.2 decía que el contrato se regía por la legislación suiza, pero este contrato fue sustituido por el de 12 marzo 2001 (...). La cláusula 16.1 de este documento dice que el contrato y todas las transacciones vinculadas están sometidas al Derecho suizo, con la excepción del Convenio de Viena de 11 abril 1980 (Convenio Uncitral) y de la ley federal sobre derecho internacional privado.

La alegación de que el Derecho alemán (antes el suizo) es el aplicable no se basa en la interpretación de los “vínculos más estrechos” establecido como criterio en el art. 4 del Convenio de Roma, sino en un supuesto pacto de sumisión, enmarcado en el art. 3 del propio Convenio de Roma .

Sin embargo, existe el inconveniente de que los impugnantes no han probado cuál es el Derecho suizo o alemán supuestamente aplicable (art. 281.2º LEC, que deroga el art. 12.6º Cc) ni, específicamente, que dichos ordenamientos excluyan el derecho de indemnización por clientela, por lo que deviene aplicable el Derecho español. Ni siquiera citan qué Ley y en qué sentido sería de aplicación, dificultan-do su localización. [...]

[EQUIPOS PARA MANUTENCIÓN Y OBRAS, S.A. (EMO) / MR ETIKETTIERTECHNIK GMBH & CO.KG]

COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

2013/28.– Audiencia Provincial de Ávila, Sección Primera, Sentencia nº 88/2013 de 12 junio 2013. Ponente: Ilma. Sra. María José Rodríguez Duplá. JUR\2013\229355.

Compraventa internacional de mercaderías.– Ley aplicable.– Aplicación de la Convención de Viena de 1980 como Derecho propio.– Carácter dispositivo.

Normas aplicadas: Art. 10.5º Cc; arts. 6, 38 y 39 Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías; Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 17 junio 2008.

[...]

Lo hasta aquí dicho vale igualmente para descartar el camino oblicuo articulado por la recurrente para llegar a la aplicabilidad de la Convención de Viena, a saber, mediante el Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, sustituido en realidad por el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), merced al concepto de “prestación característica”, que señalaría el Derecho interno de Líbano como país de residencia habitual de la vendedora, pues verdaderamente lo que predica el Reglamento es la libertad de elección de la ley aplicable a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil –vid. art. 3–, y es asentable en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, admitiendo la ley designada aunque no pertenezca a un Estado miembro –caso de Líbano–, siempre que no contradiga el Derecho comunitario; en el presente supuesto no existió expresa elección –aunque sí actos propios posteriores que sugieren la aplicación del Cc y el Ccom – y conforme a su art. 4.1º.a) el contrato había de regirse por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual, y a igual colofón lleva el art. 4.2º conforme al criterio de realización de prestación característica (entrega de la cosa transmitida), pero lo cierto es que se ignora cuál sea ese lugar ni donde radique la administración central, como señala el art. 19 para determinar la residencia habitual de las personas jurídicas, y la propia mercantil demandante no reivindica ese fuero. [...]

[PROMOPHOS S.A.L. / S.A.T. MADRIGAL]

2013/29.– Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 438/2013, 1 julio 2013. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo. RJ\2013\5190.

Compraventa internacional de mercaderías.– Culpa contractual.– Responsabilidad: procedencia.– Compraventa internacional de cereal formalizada a través de un intermediario y de acuerdo con los usos de comercio imperantes en el mercado del cereal.– Aplicación el Convenio sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena de 1980.– Aplicabilidad en la formación del contrato de un uso vigente en el tráfico mercantil del cereal: emisión de la minuta por el intermediario.– Acuerdo de compraventa manifestado verbalmente en atención al principio general de libertad de forma de celebración del contrato previsto en el art. 11 CCIM: falta de pago del precio: resolución contractual: daños y perjuicios: cuantificación: determinación.

Normas aplicadas: Arts. 1, 4, 7, 8, 9 y 11 Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

[...]

La minuta, cuando identifica a la compradora, indica como domicilio el de la Avenida de los Olmos 1, de Vitoria, y cuando se refiere a la vendedora, señala una dirección en Francia, en Nogent sur Seine.

No le falta razón al recurrente cuando argumenta que esta compraventa estaba regulada por la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena (en adelante, CCIM), pues, de conformidad con el art. 1.a) CCIM, la compradora y la vendedora tienen sus establecimientos en Estados diferentes (España y Francia) y ambos son Estados contratantes. Esta Convención regula la cuestión que resultaba controvertida en este caso: la formación del contrato y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de este contrato (art. 4 CCIM). Y al respecto, el art. 9.2º CCIM dispone que “salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

La emisión de una minuta como la extendida por GAP, en la intermediación de la compraventa, y la ausencia de denuncia por alguna de las partes tras su recepción, supone para ellas la asunción de un uso de comercio en el mercado del cereal, por el que esta minuta acredita la existencia del acuerdo de compraventa manifestado verbalmente –por teléfono–, en atención al principio general de libertad de forma de celebración del contrato previsto en el art. 11 CCIM (sin que opere la excepción del art. 29 CCIM).

A igual conclusión deberíamos llegar aunque consideramos que no resultaba de aplicación la Convención Internacional, caso de entender que se trataba de una transacción nacional, al operar también aquellos mismos usos y regir en nuestro ordenamiento el principio general de libertad de forma (art. 1.278 Cc) y no existir ninguna exigencia especial de forma para estas transacciones. En este sentido nos pronunciamos en la sentencia 696/2012, de 26 de noviembre.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación y considerar concertado el contrato de compraventa. Acreditada la puesta a disposición del comprador de las tres primeras entregas, en el puerto de Tarragona, que era el lugar pactado para la entrega, y la falta de pago del precio, debemos declarar correctamente resuelto el contrato de compraventa por la vendedora, de conformidad con lo previsto en los arts. 61.a) y 64.1.b) CCIM. Se entiende resuelto el contrato, cuando la vendedora lo comunicó a la compradora, mediante un fax de 16 octubre 2008, tal y como lo acredita el documento nº 60 de la demanda. [...]

[SOUFFLET NEGOCE S.A. / ALTO EBRO SOCIEDAD COOPERATIVA]

2013/30.– Audiencia Provincial de Lleida, Sección Segunda, Sentencia nº 344/2013, de 19 septiembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Albert Guilanyà i Foix. JUR\2014\7846.

Compraventa internacional de mercaderías.– Incoterm pactado (Ex Work) autorizando a la compradora a la devolución de la mercancía a cargo de la vendedora.– Momento en que el riesgo sobre la mercancía se transfiere del vendedor (fabricante o no) al comprador.

Normas aplicadas: Arts. 25 y 88 Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

[...]

Debe añadirse a ello que la mercancía viajó de vuelta y desde Turquía a Barcelona bajo el incoterm CIF, es decir, Cost, Insurance and Freight, o sea, coste, seguro y flete a puerto de destino convenido. En este el vendedor (en este caso la actora) se hace cargo de todos los costes, incluidos el transporte principal y el seguro, hasta que la mercancía llegue al puerto de destino.

En definitiva, el flete de ida no puede reclamarse por estar incluido en el incoterm EXW y ser imputable a la compradora la “inhabilidad” de la mercancía; las demoras y almacenaje en el puerto de Turquía exactamente lo mismo; respecto del flete de vuelta se realiza bajo el incoterm CIF; las demoras y almacenaje en el puerto de Barcelona son imputables a la falta de entrega de la documentación que

impedía el despacho aduanero y la retención de la mercancía por parte del transportista al no habersele abonado la factura por parte de la hoy apelante; los gastos de destrucción asimismo son imputables a la actora al no haber puesto la mercancía a disposición de la parte demandada en tiempo hábil provocando la caducidad de la misma; y por último el precio de la mercancía debe soportarlo también el comprador ya que no le fue devuelta a la vendedora. [...]

EVENTUAL CARÁCTER IMPERATIVOS DE LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

M^a Pilar JIMÉNEZ BLANCO *

1. Las cautelas y la expresa autolimitación que asume el TJUE en el análisis de las cuestiones prejudiciales que se plantean ante él, deja al operador jurídica en una situación análoga a la que tenía en su punto de partida: la deliberada ambigüedad y flexibilidad de la decisión judicial no permite acertar exactamente el resultado de la decisión en el caso concreto y, por tanto, mucho menos su impacto futuro. Esta es la sensación que se constata con la Sentencia objeto de este comentario: entre lo que no se pregunta el tribunal remitente (si es arbitrable o no un litigio relativo a un contrato de agencia comercial) y lo que expresamente se contesta (otorgando un amplio margen de apreciación a los tribunales nacionales sobre la calificación de las leyes de policía) no podemos saber a ciencia cierta si en el caso concreto prevalecerán las disposiciones del Derecho foro (a saber, el Derecho belga) sobre la ley elegida (a saber, el Derecho búlgaro) para resolver la cuestión de la indemnización o reparación por resolución de un contrato de agencia internacional. Analicemos los hechos, las cuestiones suscitadas y anticipemos una posible respuesta.

Esencialmente, el ámbito de la controversia versa sobre la indemnización o reparación debida a un agente comercial (la sociedad belga *Unamar*) como consecuencia de la resolución del contrato de agencia por parte de la empresa principal (la sociedad búlgara *Navigation Maritime Bulgare, NMB*). En el contrato, figuraba una cláusula compromisoria a favor del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de comercio e industria de Sofía (Bulgaria) y una cláusula de elección de Derecho aplicable a favor de la ley búlgara. La cuestión suscitada era esencialmente si cabía que los tribunales belgas podían aplicar la Ley belga de 1961 sobre contrato de agencia, como ley de policía, frente a la ley búlgara elegida.

Las respuestas del Abogado General N. Wahl y del TJUE van en una dirección similar, aunque con un grado de intensidad diferente. El Abogado General da una respuesta radical: muestra una aplicación casi automática de las normas más protectoras del foro sobre los agentes comerciales “en razón al especial interés que el Estado miembro concede a dichas disposiciones” incluso cuando el Derecho rector del contrato sea el de un Estado miembro que haya transpuesto correctamente la Directiva. El TJUE ofrece una respuesta menos concluyente: deja en manos del tribunal la comprobación “si en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial” conceder al agente comercial una mayor protección “teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas”.

Detrás de todo ello subyace un diferente posicionamiento de los Derechos nacionales sobre el régimen de protección del agente comercial dentro de los márgenes que el art. 17 de la Directiva 86/653/CEE permite para los casos de terminación del contrato. En concreto, mientras que unos Estados miembros optan por el sistema estricto de la indemnización (el Derecho alemán o, en el caso, el Derecho búlgaro) otros optan por el sistema de reparación (como es el sistema francés o británica). Bélgica se sitúa entre estos últimos, dentro de un modelo proteccionista de los agentes comerciales y concesiona-

* Profesora titular (habilitada Catedrática) de DIPr. Universidad de Oviedo.

rios establecidos en este Estado (O. Cachard, “Les lois de police communautaire n’existent pas, ce n’est qu’une illusion...”, *Dr. mar. fr.*, 2014, nº 757, pp. 299 ss, esp. pp. 303–304).

En este contexto, se trata esencialmente de calificar el alcance del art. 27 de la Ley belga de 1961 relativa al contrato de agencia comercial que dispone: “Sin perjuicio de la aplicación de los convenios internacionales de los que Bélgica es parte, toda actividad de un agente comercial con establecimiento principal en Bélgica quedará sujeta a la ley belga y a la competencia de los tribunales belgas”. En concreto, se trata de valorar su incidencia en relación con los convenios arbitrales incluidos en los contratos de agencia y con la elección de ley aplicable.

2. La cuestión de la arbitrabilidad o no de los litigios relativos al contrato de agencia no se plantea por el órgano judicial remitente ante el TJUE. El Tribunal de Justicia lo subraya expresamente, justificando la ausencia de su pronunciamiento sobre una cuestión que, evidentemente, es crucial sobre el desarrollo del litigio: sirve para medir el verdadero alcance de la imperatividad de las normas de protección del agente; pero también incide en la identificación de las normas de policía eventualmente aplicables al contrato. En efecto, siendo la perspectiva del “foro” diferente, también lo serán las normas imperativas que eventualmente deban considerarse.

En las Conclusiones del Abogado General se incluyen las consideraciones realizadas por el tribunal belga que afirma su competencia basándose en la falta de arbitrabilidad de esta materia debido a las normas imperativas belgas. La respuesta depende de una adecuada conciliación entre lo manifestado en el citado art. 27 de la Ley belga sobre agencia y lo dispuesto en el art. II.3º Convenio de Nueva York de 1958 que obliga al tribunal a remitir a las partes al arbitraje a menos que compruebe que dicho acuerdo “es nulo, ineficaz o inaplicable”. La práctica judicial belga suele establecer la nulidad de los convenios arbitrales a partir de la *lex fori* y asegurar con ello la aplicación de las leyes de policía belgas (O. Cachard, *loc. cit.*, p. 307).

Sin embargo, el alcance de esta imperatividad de las normas del foro en relación con la validez de los convenios arbitrales requiere una especial justificación. La Directiva 86/653/CEE no contiene limitaciones expresas sobre acuerdos de sumisión a tribunales o convenios arbitrales. Existe un amplio consenso sobre que el carácter imperativo del contrato no equivale a falta de arbitrabilidad del litigio [M. Gómez Jene, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007, pp. 63–64; J. Fernández-Armesto, “El arbitraje internacional”, en A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro (Coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 731 ss., esp. p. 761], de modo que lo determinante es que el objeto de la controversia sea disponible para las partes, al margen de que esté disciplinado por normas imperativas (*vid.* claramente esta distinción en M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2º ed., Navarra, Thomson/Civitas, 2007, p. 322). Y ésta sería precisamente la situación del contrato de agencia, en la medida en que nos encontramos ante una materia típicamente contractual, de libre disposición, aunque sometida en diversos aspectos a reglas imperativas no derogables por la voluntad de las partes. Tampoco el argumento de la protección del agente como parte débil limita la arbitrabilidad de litigio en tanto que no ha sido ésta la finalidad esencial de la Directiva 86/653/CEE. Finalmente, entender en todo caso la imperatividad como límite a la arbitrabilidad supone obviar el papel que las normas de policía eventualmente existentes pueden tener durante el desarrollo del proceso arbitral: el órgano arbitral debe considerar las normas imperativas que puedan incidir en el contrato objeto de litigio so pena de llegar a una resolución arbitral que carezca de efectividad práctica en sede de reconocimiento y ejecución por falta de arbitrabilidad o por el control de orden público, conforme al art. V.2º del Convenio de Nueva York de 1958 (J.D. Lüttringhaus, “Eingriffsnormen im Internationalen Unionsprivat- und Prozessrecht: Von Ingmar zu Unamar”, *IPRax.*, 2014, pp.146 ss., esp. p. 151). Bien es cierto que el test del orden público a superar en este precepto es el del Estado de la ejecución de la decisión que, en los litigios sobre la compensación a los agentes por terminación del contrato, será habitualmente el Estado del establecimiento del principal, lo que nos llevaría en el asunto suscitado al Derecho búlgaro.

Por lo demás, en sede de competencia judicial, el TJUE ya ha tenido ocasión de pronunciarse expresamente sobre la primacía del Reglamento Bruselas I sobre las reglas de competencia judicial establecidas en la citada Ley belga de 1961, en relación con los contratos de concesión de venta (Sent. TJUE de 19 diciembre 2013, asunto C-9/12: *La Maison du Whisky SA*). Por tanto, en relación con la competencia de los tribunales belgas en el supuesto analizado, debe entenderse que su fundamento no se encuentra en el art. 27 de su Ley de agencia (establecimiento en Bélgica del agente), sino que será el criterio de la prestación de servicios en Bélgica [ex art. 5.1º.b) RB I; art. 7.1º.b) RBV I bis).

La aplicación del régimen Bruselas sobre los Derechos autónomos supone además la admisión para los contratos de agencia del criterio de la sumisión a los tribunales de los Estados miembros (P. Jiménez Blanco, “Alcance de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de agencia”, *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 129 ss.). En ausencia de criterio propio en la citada Directiva 86/653/CEE, nada impide en el ámbito de los contratos de agencia la validez de los acuerdos de sumisión a tribunales establecido en el RB I (ahora también, en el RB I bis). Este margen reconocido en la autonomía de la voluntad en el ámbito de la competencia, como indicaremos, contribuye a relativizar notablemente el impacto real de una decisión como la sustentada en el presente caso *Unamar*.

3. Desde la perspectiva de la ley aplicable, la respuesta del TJUE deja un importante margen de incertidumbre en la decisión final y no ofrece ninguna pauta o criterio de solución claro para los tribunales belgas. Aun así, de la respuesta del TJUE sí se derivan algunas consideraciones importantes sobre las normas imperativas estatales: su juego cuando hay armonización europea, su calificación como leyes de policía y su incidencia en función del Derecho estatal rector del contrato.

4. En primer lugar, el TJUE deja espacio, en función del margen de apreciación reconocido a los Derechos y tribunales nacionales, a las normas imperativas estatales incluso en los sectores que hayan sido objeto de armonización europea. En este ámbito, debe hacerse una precisión previa adicional: en este caso, aunque el marco general es la Directiva sobre agencia, esta sólo cubre expresamente a los agentes de ventas o de compras de mercancías y no a los agentes, como en el presente supuesto, encargados de la negociación y conclusión de operaciones comerciales (la explotación de un servicio de transporte marítimo). Ha sido, por tanto, un criterio de oportunidad, y no de legalidad, el que ha justificado la opción seguida por el legislador belga para extender no sólo el grado de protección de los agentes sino el ámbito material de aplicación de la Directiva. Esto excluye, por sí misma, la identificación de una *policy* europea detrás de esta normativa estatal lo que obliga a justificar especialmente el criterio de imperatividad subyacente y su compatibilidad con el Derecho europeo.

Al margen de esta matización sobre el ámbito de aplicación material de la Directiva (aspecto en todo caso despreciado por el TJUE en su argumentación posterior), es importante subrayar que la Directiva 86/653/CEE se entiende que parte del modelo “clásico” de Directivas de armonización de “mínimos” que no impide que se superen los niveles de protección por parte de los Estados miembros. Sobre esta base, se legitimaría la posibilidad de invocar el Derecho del foro frente al Derecho de otro Estado miembro aunque éste hubiera transpuesto correctamente la Directiva. Tal planteamiento subyace en la posición del TJUE y es manifestada expresamente por el Abogado General.

Esta posición ofrece una doble lectura. La primera es que el juego comparado de estándares de protección no sería posible en el marco de las Directivas de “última generación” que optan por un sistema de armonización completa o de “máximos”, sin margen de apreciación para elevar los niveles de protección por parte de los Derechos de los Estados miembros. Tal es lo que ocurre particularmente en el ámbito de la Directiva 2011/83/CE sobre consumidores. En efecto, en la medida en que la Directiva cierre el sistema de armonización, no está legitimada una competencia estatal de protección suplementaria. El margen de “imperatividad comunitaria” estaría definida y delimitada por arriba y por abajo y sería inconciliable, para ese sector, con la invocación de una “imperatividad nacional” de los Estados miembros. En este ámbito, habría que entender excluidos los modelos de mayor protección por parte de los Derechos nacionales y, por tanto, su calificación como leyes de policía (en el mismo sentido, *cf.* J.D. Lüttringhaus, *loc. cit.*, p. 152).

Pero la conclusión también es cuestionable en relación con las Directivas sobre mínimos, particularmente, como ocurre en el ámbito de la Directiva sobre agencia, si su finalidad no es la de proteger al agente, sino suprimir las restricciones al ejercicio de la profesión de agente comercial, uniformar las condiciones de competencia dentro de la Comunidad e incrementar la seguridad de las operaciones comerciales (aps. 23, 24 y 25 STJCE 9 noviembre 2000, as. C-381/98: *Ingmar*). En este contexto, la posibilidad de un mayor nivel de protección estatal al agente debe conciliarse con los objetivos expuestos que si bien permite un margen en el ámbito de los Derechos materiales estatales, no debería tener trasladarse automáticamente a la ley aplicable al contrato. El margen de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección de ley es un factor esencial para la seguridad de las operaciones cuando precisamente tal Derecho rector pertenece a un Estado miembro que cumple con los mínimos exigibles. Sin embargo, el posicionamiento del TJUE ha ido más allá, dejando abierta la posibilidad de que el estándar de protección estatal limite el funcionamiento de la cláusula de elección de ley incluso en estos supuestos.

5. El TJUE deja abierta la posibilidad que las normas imperativas estatales que tutelan intereses privados (la protección del agente) entren en la calificación de normas materiales imperativas a los efectos del art. 7.2º CR 1980 (art. 9.2º RR I). La misma idea subyacía ya en la Sent. *Ingmar*, para los supuestos en los que la actividad del agente se desempeñe en un Estado miembro. No obstante, y a diferencia de la posición más contundente del Abogado General, el Tribunal de Justicia intenta ajustar su decisión a la interpretación sobre leyes de policía que se ha incorporado ya al vigente art. 9.2 de Roma I, lo que obligaría a una aplicación estricta y restrictiva a la hora de calificar a las leyes como normas materiales imperativas, más propio de lo que se ha dado en llamar las normas de carácter ordopolítico.

La pregunta, evidente, en el caso planteado es si el tribunal belga puede encontrar pautas suficientes en la Sentencia del Tribunal de Justicia para justificar la calificación del sistema reparador belga como leyes de policía. Tales criterios deben ser excepcionalidad, en el sentido de que la mayor protección se base en un interés particular que el Estado atribuya a esa categoría de nacionales (cdo. nº 50), y su conciliabilidad con el efecto armonizador de la Directiva y la aplicación uniforme del Convenio de Roma de 1980 (cdo. nº 51). Es decir, la cuadratura del círculo.

El criterio sobre el que se ha asentado tradicionalmente el Derecho belga es el favorecimiento general a los agentes comerciales y distribuidores establecidos en dicho Estado (O. Cachard, *loc. cit.*, pp. 303-304). Con mucha probabilidad, el tribunal belga entenderá que el TJUE ampara con esta decisión la calificación de su Derecho como norma material imperativa. La cuestión, incierta, es si esta *policy* nacional acaso no distorsiona el marco de seguridad en las operaciones intracomunitarias bloqueando la elección de ley y limitando el juego de la “libre competencia entre ordenamientos”. Es decir, muy probablemente la *policy* estatal sea inconciliable con la *policy* europea en la medida en que puede contribuir a cierta deslealtad en el juego entre los Derechos de los Estados miembros: justificada una libertad inicial de elección de ley, tal autonomía de la voluntad queda desvirtuada sólo con que el agente acuda a los tribunales del Estado de su establecimiento (siempre que preste allí sus servicios, conforme a los arts. 5.1º y 7.1º RB I/RB I *bis*, respectivamente).

6. Finalmente, el fallo final del TJUE no discrimina su respuesta en función de que el Derecho rector sea el de un tercer Estado o el de un Estado miembro. No obstante, hay una diferencia de grado entre esta decisión del TJUE y lo previamente manifestado por el Abogado General. Este último declara expresamente la irrelevancia de que el Derecho reclamado pertenezca a un Estado miembro; el Tribunal de Justicia, sin embargo, en sus consideraciones previas advierte este aspecto como una pauta que los tribunales belgas deben considerar en la calificación de sus normas como leyes de policía (Considerando 51). En efecto, la calificación como ley de policía y su incidencia sobre la elección del Derecho aplicable no pueden ser las mismas en ambos supuestos.

Cuando la ley elegida es la de un tercer Estado, se trata esencialmente de blindar la aplicación del régimen imperativo (en su doble vertiente, de normas simplemente imperativas y normas materialmente imperativas) ofrecido por el Derecho de la Unión. Esto justifica la aplicación de sus normas imperativas

cuando la actividad del agente se desempeñe en un Estado miembro (FFJJ 24 y 25 de la Sentencia en el asunto *Ingmar*). El régimen indisponible para las partes, fijado a través de la ley del foro, también se blindó frente a la elección del Derecho de un tercer Estado cuando la relación jurídica es intracomunitaria a través del art. 3.4º RR I.

Cuando la ley elegida es la de un Estado miembro, la aplicación de las leyes de policía del foro debe ser más estricta. Si el Derecho reclamado no ha transpuesto adecuadamente la Directiva, la imperatividad derivada de ésta justificaría por sí sola la activación de la ley del foro. Pero si el Derecho elegido cumple con los estándares armonizados mínimos, la intervención de una ley de policía del foro supone la aplicación un criterio exclusivo de política legislativa estatal que, por definición, debería cumplir con los requisitos de excepcionalidad indicados.

La imperatividad derivada de la armonización europea está plenamente justificado que opere hacia fuera (cuando la ley contractual elegida sea la de un tercer Estado que incumpla los estándares fijados en la normativa europea) pero no lo está hacia dentro (cuando la ley elegida cumple con esos estándares mínimos). Es decir, no puede alcanzarse el mismo resultado en las Sentencias *Ingmar* y *Unamar* en la medida en que sus presupuestos son diferentes: en el primer caso, se trata de evitar las distorsiones en el mercado europeo que se derivarían de optar la ley de un tercer Estado que incumple los estándares mínimos europeos; en el segundo caso, se trata de hacer prevalecer un criterio estrictamente nacional en detrimento de la seguridad en las operaciones comerciales europeas.

7. La decisión del TJUE obliga, en la práctica, a incorporar en los contratos de agencia cláusulas de sumisión a los tribunales del Estado miembro cuya ley haya resultado elegida. Desde este punto de vista, el impacto de la Sentencia *Unamar* puede ser limitado, dado que en un caso como el presente la mera inserción en el contrato de agencia de una cláusula de sumisión a los tribunales búlgaros desactivaría el régimen de ultraprotección del Derecho belga.

La liberación de servicios en el mercado europeo introduce un régimen de libre competencia que evidentemente tiene su traducción en los costes. La elevada protección que fijan Estados como Bélgica para sus agentes comerciales corre peligro de vaciarse de contenido: o bien porque dejen de contratarse los servicios de dichos agentes por la búsqueda de prestación de servicios a menos coste, o bien porque se obligue a estos a pasar por un régimen de elección *forum-ius* más favorable a los intereses del empresario. Tal tendencia ya había sido detectada, por ejemplo, en relación con la “huida” del Derecho francés debido a su oneroso sistema de reparación [vid. el Informe de la Comisión sobre la aplicación del art. 17 de la Directiva, Documento COM (96) 364 final p. 8].

En consecuencia, una tendencia hacia un modelo europeo de protección del agente requeriría no sólo de un posicionamiento desde la perspectiva del Derecho aplicable, sino también desde la perspectiva de competencia judicial internacional y el Derecho aplicable: si no ocurre así, no queda blindada la protección que quiera establecerse para los agentes de un determinado Estado. Y también resulta muy difícil sostener la calificación de leyes de policía nacionales en detrimento de la seguridad que proporciona la elección de la ley de un Estado miembro que cumple con los mínimos que la armonización europea impone.

2013/31.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 17 octubre 2013. Asunto C-184/12.
Ponente: C. Toader.

Convenio de Roma relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales: arts. 3 y 7, ap. 2.– Libertad de elección de las partes.– Límites.– Leyes de policía.– Directiva 86/653/CEE.– Agentes comerciales independientes.– Contratos de venta o compra de mercancías.– Resolución del contrato de agencia por parte del empresario.– Normativa nacional de transposición que prevé una protección más amplia que la protección mínima que exige la Directiva y que prevé asimismo la protección de los agentes comerciales en el ámbito de los contratos de prestación de servicios.

Normas aplicadas: Arts. 3 y 7, ap. 2 Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 junio 1980, en relación con la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 diciembre 1986, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.

[...]

45. De lo expuesto anteriormente se deduce que, en virtud del ap. 1 del art. 7 del Convenio de Roma, la aplicación por el juez nacional de las disposiciones imperativas de una ley extranjera tan sólo puede tener lugar en condiciones expresamente definidas, mientras que el ap. 2 de esa misma disposición no prevé expresamente ningún requisito especial para la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley del foro.

46. Sin embargo, ha de señalarse que la posibilidad de invocar leyes de policía en virtud del art. 7, ap. 2, del Convenio de Roma no exime a los Estados miembros de la obligación de velar por la conformidad de tales leyes de policía con el Derecho de la Unión. En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la pertenencia de las normas nacionales a la categoría de leyes de policía y de seguridad no las exime de la observancia de las disposiciones del Tratado, so pena de vulnerar la primacía y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión. Éste sólo puede tomar en consideración los motivos en que se sustentan dichas legislaciones nacionales a la luz de las excepciones a las libertades expresamente previstas por el Tratado y, en su caso, como razones imperativas de interés general (S 23 noviembre 1999, *Arblade* y otros, C-369/96 y C-376/96, ap. 31).

47. A este respecto, debe recordarse que la calificación de disposiciones nacionales de leyes de policía y de seguridad por un Estado miembro se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él (sentencia *Arblade* y otros, ap. 30, y de 19 junio 2008, Comisión/Luxemburgo, C-319/06, ap. 29).

48. Esta interpretación se atiene asimismo al contenido literal del art. 9, ap. 1, del Reglamento Roma I, aunque este Reglamento no resulte aplicable *ratione temporis* al litigio principal. En efecto, según el citado artículo, una ley de policía es una disposición imperativa cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el citado Reglamento.

49. De este modo, si se quiere atribuir plena eficacia al principio de autonomía de la voluntad de las partes en el contrato, principio que constituye la piedra angular del Convenio de Roma y que se reproduce en el Reglamento Roma I, es preciso hacer todo lo necesario para garantizar que se respete la elección realizada libremente por las partes en cuanto a la ley aplicable en el marco de su relación contractual, de conformidad con el art. 3, ap. 1, del Convenio de Roma, de manera que la excepción relativa a la existencia de una "ley de policía" según la legislación del Estado miembro de que se trate, tal como la contemplada en el art. 7, ap. 2, de dicho Convenio, debe interpretarse en sentido estricto.

50. Así pues, incumbe al juez nacional, a la hora de apreciar el carácter de "ley de policía" de la ley nacional que se propone aplicar en lugar de la ley elegida expresamente por las partes en el contrato, tener en cuenta no sólo los términos exactos de aquella ley sino también su configuración general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó, para poder deducir de ello que tal ley reviste carácter imperativo, en la medida en que conste que el legislador nacional la adoptó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial por el Estado miembro de que se trate. Tal como ha subrayado la Comisión, así puede suceder en caso de que la transposición en el Estado del foro garantice, en virtud de la extensión del ámbito de aplicación de una Directiva o mediante la opción de un uso más amplio del margen de apreciación que ésta concede, una mayor protección a los agentes comerciales en razón del interés particular que el Estado miembro atribuya a esa categoría de nacionales.

51. No obstante, en el marco de tal apreciación y para no poner en entredicho ni el efecto de armonización que pretende conseguir la Directiva 86/653 ni la aplicación uniforme del Convenio de Roma, es necesario tener en cuenta el hecho de que, a diferencia del contrato objeto de controversia en el asunto que dio lugar a la sentencia Ingmar, antes citada –en el que la ley que dejó de aplicarse era la ley de un país tercero–, en el marco del litigio principal la ley que se dejaría de lado para aplicar en su lugar la ley del foro sería la de otro Estado miembro que, en opinión unánime de todos los coadyuvantes y a juicio del órgano jurisdiccional remitente, llevó a cabo correctamente la transposición de la Directiva 86/653.

52. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que los arts. 3 y 7, ap. 2, del Convenio de Roma deben interpretarse en el sentido de que la ley de un Estado miembro de la Unión que garantiza la protección mínima prescrita en la Directiva 86/653, ley elegida por las partes en un contrato de agencia comercial, podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado en otro Estado miembro, para aplicar en su lugar la lex fori, basándose a tal efecto en el carácter imperativo que, en el ordenamiento jurídico de este último Estado miembro, tienen las normas que regulan la situación de los agentes comerciales independientes, pero ello únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva, teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas.

[UNITED ANTWERP MARITIME AGENCIES (UNAMAR) NV Y NAVIGATION MARITIME BULGARE]

Obs: REDI 2014–10–Pr y nota de S. Álvarez González.

DERECHO DEL TRABAJO

SITUACIÓN DEL TRABAJADOR CON OCASIÓN DE LA EJECUCIÓN DE UN CONTRATO DE OBRA O SERVICIOS A DESARROLLAR POR LA EMPRESA CONTRATANTE EN EL TERRITORIO DE OTRO ESTADO MIEMBRO

2013/32.– Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 230/2013 de 1 febrero 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Martín Morillo. AS\2013\752.

Contrato de trabajo: ley aplicable.– Trabajador español contratado en Portugal que presta sus servicios en España.– Sumisión expresa a la ley portuguesa.– Mejora de la prestación de incapacidad no reconocida en la legislación portuguesa.– Legislación que no vulnera los mínimos de derecho necesario del ordenamiento jurídico español.– Situación del trabajador con ocasión de la ejecución de un contrato de obra o servicios a desarrollar por la empresa contratante en el territorio de otro Estado miembro.– Improcedencia de la calificación de desplazamiento.

Normas aplicadas: Art. 8.2º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); art. 3.1º Directiva 96/71/CE, de 21 de enero, sobre desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional; Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

[...]

En el supuesto analizado, bien que el trabajador reside y trabaja habitualmente en España y que el contrato concertado tenía por objeto la prestación de servicios en la zona de Avilés y Gijón, entre las partes se pactó expresamente que la ley aplicable a la relación laboral sería la legislación portuguesa (Codigo do Trabalho–Ley 7/2009, de 12 de fevereiro) por ser este el país en el que tiene su domicilio social la demandada, y en consecuencia y de acuerdo con lo hasta aquí razonado, lo que procedería es la comparación entre dicha ley del contrato con las normas de derecho necesario del ordenamiento español, según lo dispuesto en el art. 8.1º, para verificar si estas disposiciones limitan la libertad de elección de las partes.

Sucede sin embargo que, el art. 8.1º no clarifica que se ha de entender por “disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo”, siendo así que el TJUE ha amparado una aplicación restrictiva de esta categoría, en vistas a permitir su compatibilidad con las libertades comunitarias; como se aprecia en sus decisiones en los asuntos Arblade (STJUE, de 23 noviembre 1999, en los asuntos acumulados C–369/96 y C–376/96, Jean–Claude Arblade, Arblade & Fils SARL c. Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL) y Mazzoleni (STJUE 15 marzo 2001, en el asunto C–165/98, André Mazzoleni). Por lo que, únicamente aquellas disposiciones que establezcan condiciones mínimas de trabajo podrán contar con tal calificación; sirviendo de ejemplo las establecidas en el art. 3 Ley 45/1999 –al concretar el conocido como “núcleo duro” –; tal y como serían aquéllas que se refieran a: la salud, seguridad e higiene en el trabajo, el derecho de huelga, la protección por desempleo, periodos de descanso.... Recuerda en este sentido la STSJ Galicia 30 junio 2008 que “las disposiciones imperativas españolas son, en el caso de autos, aplicables 1º) porque, si atendemos a las circunstancias de la relación laboral, existen motivos sobrados para considerar la existencia de lazos más estrechos con la ley española, y 2º) porque, en todo caso, las leyes de policía españolas son aplicables al ser competentes los órganos judiciales españoles”.

En concreto el art. 3.1º.b) Ley 45/1999 se refiere a la cuantía mínima del salario; precisando el art. 4 que aquella cuantía es la que corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en las disposiciones legales o reglamentarias o en los convenios colectivos (en su caso, el laudo arbitral) aplicable en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate, al grupo o a la categoría profesional en la que encaje la prestación del trabajador, en cómputo anual y sin el descuento de los tributos, de sus pagos a cuenta y de las cotizaciones de Seguridad Social a cargo del trabajador, por el salario base y los complementos salariales, las gratificaciones extraordinarias y, en su caso, la retribución correspondiente a horas extraordinarias y complementarias (en el caso de trabajadores a tiempo parcial) y trabajo nocturno. Por si hubiere alguna duda, aclara, que en ningún caso se incluirán en la cuantía mínima del salario cualesquiera mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Tal expresión es más amplia, sin duda, que la utilizada por el art. 3.1º.c) Directiva 96/71/CE, referida exclusivamente a los importes satisfechos en concepto de contribuciones a los regímenes complementarios de jubilación profesional, y no cabe la menor duda que con todos los matices que se quiera el complemento de IT aquí reclamado no deja de ser una mejora voluntaria de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social. Afirma en tal sentido la STS 4 abril 2006 (rec. 333/2005), “Ante tal planteamiento procesal no cabe la menor duda de que la doctrina correcta se recoge en la sentencia ahora impugnada, toda vez que lo reclamado en concepto de Incapacidad Temporal no es, sino, un mero complemento voluntario a cargo exclusivo de la empresa y amparado en Convenio Colectivo que, por más que incida en una prestación de Seguridad Social, no puede merecer la catalogación de tal y si, en cambio, la de una contraprestación empresarial que mejora el verdadero subsidio o prestación previstos legalmente para los casos de incapacidad temporal”.

La aplicación de esta doctrina y normativa expuestos, conducen a la desestimación del recurso, al entender la Sala que la mejora de la prestación de IT reclamada en la demanda no forma parte del núcleo indisponible o de mínimos de derecho necesario del ordenamiento jurídico interno y, habida cuenta por otra parte, que la Seguridad Social queda fuera del ámbito estrictamente laboral y también del ámbito de aplicación de las normas de conflicto europeas que han sido analizadas, puesto que no

cabe dentro de la expresión de “contratos individuales de trabajo”, de manera que no resulta beneficiado de la indemnización complementaria reclamada. [...]

Obs.: REDI 2013–28–Pr y nota de L. Carballo Piñeiro.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL ORDEN SOCIAL

2013/33.– Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección Quinta, Sentencia nº 519/2013 de 10 junio 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alicia Catalá Pellón. AS\2013\2742.

Competencia judicial de los tribunales españoles en el orden social.– Incompetencia de los tribunales españoles.– Demanda interpuesta por trabajador español que ha prestados servicios en varios Estados.– Competencia de los tribunales del país en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador.– Invalidez de la cláusula de sumisión expresa por ser anterior al nacimiento del litigio sin ofrecer al trabajador la posibilidad de formular demandas ante otros tribunales.– Tribunales normalmente competentes en virtud de las reglas especiales del Reglamento CE 44/2001.

Normas aplicadas: Arts. 18, 19 y 21 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 25 LOPJ.

[...] pese a los argumentos que trata de hacer valer el actor, no cabe duda de que éste prestó servicios en cuatro Estados, sin que podamos admitir para acreditar que sólo los prestó en España el e-mail que convenientemente traducido al español (...), ya que con él no se prueba que durante la ejecución del contrato no se realizara ningún servicio en Italia, Portugal ni en Costa Rica (es más, corroboraría, en su caso, la consideración del Magistrado de instancia en el sentido de que la relación que vinculó a las partes con el segundo de los contratos suscritos entre las mismas, no fue laboral porque en el correo electrónico parece que el demandante reconoce que era autónomo).

Cuestión distinta, de no haber concurrido, como concurren, las circunstancias antedichas, sería la validez o no de la cláusula por la que las partes se sometieron territorialmente a la jurisdicción británica.

Y ello porque a la luz de la jurisprudencia del TJUE y del propio art. 21, la eficacia de la cláusula en concreto, quedaría mermada al tratarse de un pacto notablemente anterior al litigio y de carácter restrictivo pues limita, las facultades de que el actor acuda al órgano jurisdiccional que reputa “más cercano a sus intereses”, en el caso, España, por lo que la interpretación sistemática del art. 23 apartado quinto, en relación con el art. 21 del Reglamento, determinaría que aquél cediera sobre éste y la solución al caso, podría suponer la resolución de la cuestión de competencia prescindiendo de los términos en los que las partes pactaron someterse a la jurisdicción británica, por realizarse el pacto con mucha antelación al nacimiento del concreto litigio y no con posterioridad, como obliga el art. 21 del Reglamento para poder atender a la elección del fuero por las partes.

Debemos partir pues, de la premisa de que el trabajador desarrollaba, según indica con claridad su contrato, la prestación en cuatro Estados diferentes, de modo que, resultando competente la jurisdicción del Reino Unido como ha quedado expuesto, la ley aplicable al contrato de trabajo suscrito entre las partes sería, conforme a lo establecido en los arts. 3 y 6 del Convenio de Roma, la ley elegida (la del Reino Unido) o resultando ser ésta menos “protectora” que la que habría resultado aplicable a falta de elección, la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador art. 6 b), a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país, vínculos que en el caso, no

se acreditan ni consta que existieran, lo que nos conduce de nuevo, en este caso, a la legislación del Reino Unido.

Por todo ello y aún prescindiendo de las cuestiones planteadas sobre el necesario sometimiento de la cuestión a un arbitraje conforme a la normativa Británica o de la ausencia de laboralidad de la relación, es evidente que la jurisdicción española no es competente para enjuiciar ninguno de los aspectos litigiosos, porque acceder a las pretensiones del demandante supondría tanto como condenar a una empresa inglesa, que no consta que tuviera en España ninguna delegación, sucursal, agencia o representación, con motivo de una relación laboral sostenida con un trabajador español que se desarrolló en tres estados miembros de la Unión y uno extracomunitario.

Razonamientos todos ellos que abonan a la conclusión de que ha de mantenerse la declaración de incompetencia contenida en el auto recurrido.

Obs.: REDI 2014-12-Pr y nota de L. Carballo Piñeiro.

2013/34.- Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 5535/2013, de 29 noviembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Isabel Olmos Pares. JUR\2014\26300.

Competencia judicial internacional en el orden social.- Falta de jurisdicción de los tribunales españoles.- Despido.- Empresa empleadora portuguesa.- Prestación de servicios en Portugal.- Noción de "grupo de empresas" en sede laboral.

Normas aplicadas: Art. 5 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 25 LOPJ.

[...]

En el caso concreto, lo único que se declara aquí probado es que ambas empresas tienen el mismo administrador. Ni siquiera se ha declarado probado que la española Teksilón España S.L. es la única socia de la portuguesa. Y aún y así, como se acaba de exponer, para la Jurisprudencia social, la sola vinculación entre ambas derivada de tener el mismo administrador y por tanto una dirección común no permitiría concluir que el grupo no es lícito y constituido sólo para defraudar los derechos de la actora. No existen otros datos, como los que se ponen de manifiesto en el recurso que no olvidemos no es de apelación en el que el tribunal pueda revisar de nuevo la prueba practicada, sino extraordinario de suplicación de modo que la revisión de los hechos probados sólo es posible a instancia de la parte recurrente con amparo en prueba documental y pericial con determinados requisitos formales que, en modo alguno, se han cumplido en el caso de autos.

En definitiva, los datos suministrados permiten confirmar la falta de jurisdicción de los tribunales españoles y que este orden jurisdiccional no sea precisamente competente para determinar si existe o no una prestación de servicios con las notas que caracterizan al contrato de trabajo, sea común o especial, por lo que el recurso debe ser sin más desestimado.

2013/35.- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 30 diciembre 2013. Ponente: Excmo. Sr. Fernando Salinas Molina. RJ\2013\8369.

Competencia judicial internacional en el orden social.- Incompetencia de la jurisdicción española.- Despido de un trabajador domiciliado en España, cuando ninguna de las codemandadas como empleadoras tiene domicilio social en España sino en otro país comunitario.- Oficina en España.- Contrato de trabajo no suscrito en España.- Prestación de servicios efectuada fuera de España.- Existencia de cláusula de sumisión a tribunales en un país comunitario pactado en el propio contrato de trabajo.- Prioridad de aplicación de normativa europea.

Normas aplicadas: Art. 4 y 18.2º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 25 LOPJ.

La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si los tribunales españoles son o no competentes para conocer de una demanda de despido de un trabajador domiciliado en España, cuando: a) ninguna de las codemandadas como empleadoras tiene domicilio social en España sino en otro país comunitario; b) una de las empleadoras tiene oficina en España; c) el contrato de trabajo no se suscribió en España; d) la prestación de servicios se efectúa fuera de España; y, e) finalmente, aun existiendo una cláusula de sumisión a unos tribunales en un país comunitario, la misma se pactó en el propio contrato de trabajo. [...]

Partiendo de la normativa y jurisprudencia expuesta, es lógico concluir que el lugar en que tengan los demandados su domicilio es el determinante para fijar la competencia internacional en la presente litis, pues, tratándose de empresarios domiciliados en un Estado miembro, serán competentes los tribunales del Estado donde el empresario demandado tenga el domicilio, o a elección del propio trabajador demandante, los tribunales del Estado donde desempeñare habitualmente su trabajo o ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado, o si el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador, todo ello a salvo de que concurrieran competencias exclusivas (que no son de aplicación a la materia laboral) (arts. 18.1º y 19 Reglamento (CE) nº 44/2001), o que las partes hubieran comprometido expresamente su sumisión expresa a los tribunales de un determinado Estado mediante un pacto celebrado después del nacimiento del litigio o, cuando se celebre con anterioridad, permita al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de aquellos a los que las reglas del citado Reglamento confieren la competencia (art. 21 Reglamento CE 44/2001 en su interpretación jurisprudencial).

En el presente caso que nos ocupa, y según se desprende de los datos fácticos contenidos en la sentencia recurrida y que con anterioridad se detallaron, el trabajador demandante, español con domicilio en España y residencia habitual en Oslo (Noruega), donde desarrollaba de forma habitual y últimamente su relación laboral, formula su demanda de despido en Madrid (España) contra dos empresas cuyos domicilios están en Dublín (Irlanda), figurando en la resolución judicial impugnada que una de ellas tiene oficina o base en el Aeropuerto de Madrid y existiendo en el contrato de trabajo una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Irlanda.

Con respecto a la eficacia a efectos competenciales de la citada cláusula de sumisión expresa, –la que, en su caso, que sería prioritaria a la regla del domicilio–, resulta que, primero, no es posterior al nacimiento del litigio, y además, no proporciona fueros distintos de los generados por el art. 19 Reglamento (CE) nº 44/2001 (domicilio de las empresas y lugar de prestación de servicios) puesto que la cláusula de sumisión remite a los tribunales de Irlanda, que es el Estado miembro de la UE del domicilio de las dos codemandadas, por lo que sigue siendo prioritario el fuero del domicilio de las demandadas. Como se dispone en el antes transcrito art. 21 Reglamento (CE) nº 44/2001 y ha interpretado la jurisprudencia del TJUE, entre otras, en la ya citada sentencia 19 julio 2012 (C-154/11), “El art. 21 del Reglamento nº 44/2001 limita la posibilidad de que las partes de un contrato de trabajo pacten una cláusula de sumisión procesal. De este modo, ese acuerdo debe haber sido celebrado después del nacimiento del litigio o, cuando se celebre con anterioridad, debe permitir al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de aquellos a los que esas reglas confieren la competencia. Habida cuenta de la finalidad del art. 21 del Reglamento nº 44/2001, este último requisito ha de entenderse... en el sentido de que esa cláusula, pactada con anterioridad al nacimiento del litigio, debe atribuir la competencia para conocer de la demanda interpuesta por el trabajador a fueros que se añadan a los previstos en los arts. 18 y 19 del Reglamento nº 44/2001. Por lo tanto, esa cláusula no produce el efecto de excluir la competencia de estos últimos, sino de ampliar la posibilidad de que el trabajador elija entre varios órganos jurisdiccionales competentes. Además, del tenor de dicho art. 21 del Reglamento nº 44/2001 se

deduce que las cláusulas de sumisión procesal pueden “permitir” al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en sus arts. 18 y 19. De ello se sigue que no cabe interpretar esa disposición en el sentido de que una cláusula atributiva de competencia podría aplicarse de manera exclusiva y prohibir, en consecuencia, al trabajador formular demandas ante los tribunales que son competentes en virtud de los arts. 18 y 19. En consecuencia, el pacto de sumisión expresa a los tribunales de Irlanda que figura en el contrato de trabajo del demandante no tiene eficacia en el presente litigio para alterar las reglas generales competenciales establecidas en el Reglamento CE 44/2001, ya que, en definitiva, la citada cláusula remite a los tribunales de Irlanda, domicilio de las dos codemandadas, y en virtud de lo previsto en el art. 19 RB I el trabajador podía elegir entre los tribunales del Estado donde las empresas codemandadas tenían su domicilio (Irlanda), o los del Tribunal donde hubiese prestado habitualmente sus servicios o ante los tribunales donde últimamente hubiere prestado sus servicios (en ambos casos Noruega, pues desde marzo 2010 prestó servicios en las aeronaves de Ryanair con base en Oslo).

Con relación a la regla competencial de determinación relativa a la habitualidad en el Estado de prestación de servicios o del último lugar en que lo hubiere desempeñado o donde hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador, en el presente caso no cabe entender que lo haya sido en España; debiendo interpretarse el art. 5.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, conforme a la antes citada STJCE 10 abril 2003 (Pugliese, C-437/00), en el sentido de que, en materia de contratos de trabajo, el lugar en que el trabajador desempeña su trabajo es el único lugar de cumplimiento de una obligación que puede tomarse en consideración para determinar el tribunal competente. En efecto, no puede sostenerse que se trata de trabajador que no ha prestado sus servicios “habitualmente” en un único Estado, –con pretendido apoyo en que al comienzo de su prestación, en un inicial contrato entre junio de 2007 y marzo de 2010, la base de operaciones fue Madrid–, pues es lo cierto que la condición de habitualidad, interpretada como servicios prestados en el último periodo continuado de prestación de servicios, concurre en el Estado de Noruega, que es donde el trabajador prestó sus servicios desde el 3 marzo 2010 hasta su despido el día 17 enero 2011 y donde en palabras del TJUE tenía lugar el cumplimiento de sus “obligaciones características”, esto es, el lugar de ejecución de la prestación de servicios (STJCE 6/10/1976, asunto De Bloos 14/76). Sólo en el caso de que los servicios habitualmente se hubieren prestado en diversos Estados, podría articularse una conexión competencial con España, con base en que en nuestro país estuvo, durante un tiempo, la base de operaciones de la empresa donde prestaba sus servicios (el lugar donde “estuviera o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador”, en palabras del art. 19 Reglamento) pero no estamos en ese supuesto. Al respecto del concepto de habitualidad, es conveniente recordar que según la jurisprudencia del TJUE, dicha habitualidad concurre en aquel lugar en el que se concentra la parte más importante del quantum total del contrato (STJCE 27 febrero 2002, Asunto Herbert Weber, C-37/2000), o el lugar donde tenga el trabajador su centro de operaciones o el lugar en el que el trabajador “cumpla principalmente sus obligaciones con respecto a la empresa” (STJCE 13 julio 1993, Asunto Mulox, C-152/92, para un caso en el que el trabajador tenía un despacho desde el que actuaba). Así pues, el actor pudo elegir entre los tribunales del Estado donde las codemandadas tienen su domicilio, o el del lugar habitual de su prestación de servicios, o el del último lugar donde lo hizo (“ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado”), y en ningún caso es España, como ratificaremos al analizar lo que debe entenderse por domicilio.

Finalmente en lo que se refiere a las reglas competenciales contenidas en el aplicable Reglamento (CE) nº 44/2001 relativas al domicilio de la empresa o empresas demandadas, sostiene el trabajador demandante en su escrito de impugnación de los recursos de casación unificadora que al tener Ryanair unas oficinas, establecimiento abierto o base (“oficina abierta” dice la sentencia de instancia en su fundamentación jurídica) en España, en el Aeropuerto de Madrid-Barajas, ello le habilita para presentar la demanda en los tribunales españoles, como ha efectuado. Tal interpretación no puede acogerse. Si partimos del concepto de domicilio, que se establece en el art. 60 Reglamento (CE) nº 44/2001 cuando el demandado sea una sociedad o una persona jurídica, como el del lugar en que se encuentre su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal, resulta patente ninguno

de esos lugares con relación a ninguna de las dos codemandadas radica en España según se desprende de los hechos probados. Si se pretendiera que acudiéramos, por su pretendida especificidad, a las reglas establecidas en materia de contrato de trabajo que asimilan al “domicilio” la sucursal, agencia, o cualquier otro establecimiento, por así contemplarlo el art. 18 Reglamento CE 44/2001, – que establece que “Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tuviere su domicilio en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que tiene su domicilio en dicho Estado miembro”–, resulta, también, pero como claramente el propio precepto se encarga de aclarar, que tal concepto de domicilio es solamente aplicable para los casos en los que se demande a empresas que no tengan su domicilio en un Estado miembro, lo que no es el caso que nos ocupa, y además tampoco, conforme a los hechos probados, consta que la oficina referida ubicada en el Aeropuerto de Madrid-Barajas quepa configurarla como “sucursal, agencia o establecimiento” tal como lo ha interpretado la jurisprudencia del TJUE, en especial en la ya referida STJUE 19 julio 2012 (C-154/11) que exige la concurrencias de dos presupuestos, el primero, “la existencia de un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz ...” y “debe estar dotado de una dirección y materialmente equipado para poder negociar con terceros que, de ese modo, quedan dispensados de dirigirse directamente a la casa matriz”, y el segundo que “el litigio debe referirse bien a actos relativos a la explotación de dichas entidades, bien a obligaciones contraídas por éstas en nombre de la casa matriz, cuando esas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentren tales entidades”, recaída en un asunto en el que se acudió a dicho precepto para concluir que la embajada de un Estado tercero (Argelia) situada en el territorio de un Estado miembro (Alemania) constituía un “establecimiento” a efectos de dicha disposición, en un litigio relativo a un contrato de trabajo celebrado por ésta en nombre del Estado acreditante, cuando las funciones desempeñadas por el trabajador no forman parte del ejercicio del poder público. [...]

[WORKFORCE INTERNATIONAL CONTRACTORS LTD. Y RYANAIR LTD.]

CONTRATO DE TRABAJO QUE PRESENTA VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS CON OTRO ESTADO MIEMBRO

Paula PARADELA AREÁN *

1. La Sentencia anotada se refiere a la aplicación de la cláusula de escape del art. 6 CR y su relación con el resto de conexiones del artículo. Con esta resolución el TJ da un paso más en su jurisprudencia sobre la ley aplicable al contrato de trabajo, iniciada con los asuntos *Koelzsch y Voogsgeerd*. Tras una somera exposición de los hechos nos centraremos en el análisis jurídico de las cuestiones a las que se refiere específicamente el TJ: la aplicación de la cláusula, la posibilidad de introducir consideraciones materiales en su aplicación y los factores relevantes para la determinación de los vínculos más estrechos en el plano laboral.

Los hechos en los que la resolución trae causa son, en síntesis, los que siguen: la Sra. Boedeker estuvo empleada por la empresa alemana Firma Anton Schlecker en Alemania y posteriormente en Países Bajos durante más de doce años de forma ininterrumpida. Ante la decisión unilateral del empleador de modificar el lugar de trabajo la Sra. Boedeker interpuso una demanda ante los tribunales neerlandeses solicitando la anulación del contrato y una indemnización. Sostuvo que la ley aplicable era la ley neerlandesa de conformidad con el art. 6.2º.a) CR. Era la ley más protectora y la ley del lugar en el que realizaba habitualmente su trabajo. La empresa sostuvo que la ley aplicable era la ley alemana de con-

* Universidad de Santiago de Compostela.

formidad con la cláusula de escape del art. 6.2º *in fine* del CR ya que el contrato presentaba vínculos más estrechos con este país. En este escenario el Tribunal neerlandés remitente planteó al TJ si en los casos en los que el trabajador realice el trabajo de forma duradera y sin interrupción en un mismo país debe aplicarse el Derecho de éste en todos los casos aunque todas las demás circunstancias determinen que existe un vínculo más estrecho con otro país.

2. En la resolución aparecen dos hechos indiscutidos: el primero, que la Sra. Boedeker realizó su trabajo en los Países Bajos no sólo habitualmente, sino de forma duradera y sin interrupción durante doce años. Y el segundo, que a excepción del lugar de prestación habitual del trabajo, el resto de circunstancias conectaban el contrato con Alemania. Ante esta situación era necesario determinar qué conexión entraba en juego y, por tanto, cuál era la ley aplicable: la ley neerlandesa, lugar de prestación habitual del trabajo, o la ley alemana, vínculos más estrechos. En esencia se trataba de determinar la relación de la cláusula de escape con el resto de conexiones del artículo y establecer cuándo entraba en juego. El TJ se refirió a la relación de las conexiones del art. 6 CR en los asuntos *Koelzsch* (STJ 15 marzo 2011, as. C-29/10, *Heiko Koelzsch v. État du Grand-Duché de Luxembourg*) y *Voogsgeerd* (STJ 15 diciembre 2011, as. C-384/10, *Jan Voogsgeerd v. Navimer, S.A.*). En ambos asuntos estableció que la conexión relativa al país de prestación habitual del trabajo debe interpretarse de forma amplia con respecto a la conexión del país del establecimiento que contrata al trabajador.

Por lo que respecta a la cláusula de escape del contrato de trabajo, el TJ no se había referido con anterioridad específicamente a la misma, pero sí se ha referido a la cláusula general del art. 4 en el asunto *ICF* (STJ 6 octubre 2009, as. C-133/08, *Intercontainer Frigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV*). En este caso el TJ tuvo que determinar si la aplicación de la cláusula de escape general de los vínculos más estrechos del art. 4 CR funcionaba cuando las conexiones precedentes no establecían vínculos reales o también cuando simplemente existía un vínculo preponderante con otro país. Estableció que corresponde al juez aplicar la conexión cuando del conjunto de circunstancias resulte claramente que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del que resulta de las conexiones precedentes. Tanto la cláusula del art. 4 CR como la del art. 6 CR se fundamentan en el principio de proximidad (*vid.* el Informe Giuliano-Lagarde, JO C nº 282, de 31 octubre 1980 y la nota de M. Requejo Isidro, *REDI*, 2005-I, pp. 412-419, p. 416). Sin embargo, tal y como se deriva de la nueva redacción del art. 4 en el RRI y del Libro Verde de la Comisión sobre la transformación del Convenio en Reglamento, la cláusula de escape del art. 4 tiene carácter excepcional. Por el contrario, la cláusula de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo del RRI es idéntica a la que figura en el CR y no se ha puesto de manifiesto una necesidad de cambio. En este supuesto, de conformidad con su redacción, no es preciso que los vínculos sean manifiestamente más estrechos o que se deriven claramente, sino simplemente que existan. Esta es la postura del TJ en la resolución, en la que establece que incluso en el caso de que el trabajador realice su trabajo de forma habitual, durante un largo período de tiempo y sin interrupción en el mismo país el órgano jurisdiccional remitente puede descartar esta conexión si el contrato está más estrechamente vinculado con un Estado distinto.

Como norma general nuestros tribunales nacionales aplicaban la cláusula de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo cuando las conexiones del art. 6 CR conducían a un ordenamiento estatal escasamente conectado con la situación. Fundamentalmente se utilizaba en relación con contratos de embarque en los que los elementos conectaban la situación con un ordenamiento estatal distinto al del país de pabellón. Además, la ley aplicable de conformidad con la cláusula siempre resultaba ser la ley española (*vid.* entre otras, la STS 25 mayo 2001, AEDIPr 2003-51). Nuestros tribunales han utilizado el art. 6.2º, *in fine*, CR en los casos en los que las conexiones de los apartados a) y b) del artículo no ofrecían un verdadero valor de conexión. El pronunciamiento del TJ amplía las posibilidades del precepto al determinar que puede aplicarse siempre que existan vínculos más estrechos con un país distinto sin requerir que las conexiones precedentes sean inadecuadas.

3. Un segundo factor que tuvo que ser tenido en cuenta para la determinación de la ley aplicable fue la posibilidad de introducir consideraciones materiales en la aplicación de la cláusula de escape. Este problema resultaba especialmente trascendente en el asunto porque la ley neerlandesa otorgaba a la

trabajadora una mayor protección. El tema de la materialización de la cláusula de escape ha sido una cuestión controvertida [vid. sobre los debates al respecto M.A. Moreau, nota a la sentencia de *cour d'appel* de París de 7 junio 1996, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997-I, pp. 55-65, pp. 63 y 64 y S. Corneloup, nota a la sentencia *cour de cassation* (Ch. Soc.) de 28 marzo 2012, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2012-3, pp. 587-598, p. 597 y 598]. El TJ toma partido en esta vieja disputa y opta por la ausencia de consideraciones de orden material en su aplicación y su consideración como una regla neutra basada en el principio de proximidad. Cierra, así, la posibilidad de utilizar la cláusula como mecanismo de protección del trabajador. Consideramos que la cláusula cumple una función simplemente localizadora. Esta es la opción que se adecua mejor al fundamento de la cláusula de escape en el marco del contrato de trabajo (vid. P. Paradelo Areán, "Ley aplicable al contrato individual de trabajo y determinación de los vínculos más estrechos (Comentario a la STJ de 12 septiembre 2013)", *La Ley: UE*, nº 14, 2014, pp. 41-46 y REDI 2014-9-Pr y nota de P. Paradelo Areán).

Nuestros tribunales han utilizado la cláusula de escape del art. 6 CR en un sentido proteccionista y no como un simple mecanismo localizador. El hecho de que el trabajador sea la parte débil de la relación contractual ha motivado pronunciamientos *in favorem* que siempre han llevado, además, a aplicar la ley española al contrato. Nuestros tribunales han interpretado el art. 6.2º *in fine* CR como un precepto orientado a conseguir la aplicación de la ley que resultase más ventajosa para el trabajador. La introducción de consideraciones materiales en la utilización de la cláusula y la aplicación de la ley del foro no son exclusivas de nuestros tribunales. La doctrina ha señalado, por ejemplo, la tendencia de los tribunales franceses de aplicar en virtud de la cláusula no la ley más próxima, sino la más protectora con el trabajador y de recurrir en aplicación de la cláusula de escape de forma recurrente a la ley francesa (vid. P. Lagarde, "Sur le contrat de travail international: analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée", *Les transformations du droit du travail. Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, París, Dalloz, 1989, pp. 83-96, p. 84) Esta tendencia también se ha señalado en la aplicación de la cláusula de escape en materia laboral por los propios tribunales neerlandeses (E. Haan, "The Application of Exception Clauses of the Rome Convention and the Rome I Regulation by the Dutch Courts. An Escape from Reality?", *European Journal of Law Reform*, vol. 15, 2013, pp. 38-58, p. 39).

El pronunciamiento del TJ no deja lugar a dudas y acaba con el debate doctrinal al respecto y con el peligro de una interpretación divergente por parte de los distintos tribunales nacionales y la consiguiente inseguridad jurídica.

4. La resolución aporta, como tercer elemento fundamental, datos relevantes sobre la valoración de los vínculos más estrechos. El TJ destaca que la determinación de la existencia de vínculos más estrechos no se valora por el número de circunstancias que conectan la relación con otro país, sino por el peso de cada una de estas circunstancias. Recoge una serie de elementos significativos de vinculación para el caso concreto, entre los que destaca: el país en el que el trabajador está afiliado a la seguridad social, regímenes de jubilación, seguro de enfermedad e invalidez, el país en el que paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad. En definitiva, se trata de elementos que están directamente relacionados con la relación laboral.

La determinación de los vínculos más estrechos no puede hacerse en abstracto, sino que se hace necesario atender a la concreta relación jurídica y al asunto de que se trate para poder establecer qué factores deben ser tenidos en cuenta y realizar una valoración adecuada. Nuestros tribunales han utilizado la cláusula de escape en el marco del contrato de trabajo utilizando como factor relevante para la determinación de los vínculos más estrechos la nacionalidad de las partes (vid. M. Gardeñes Santiago, "Ley aplicable al contrato de trabajo de los empleados de la Administración Española en el exterior y prueba del Derecho extranjero", *AEDIPr*, 2006, t. VI, pp. 910-913, esp. p. 911). La importancia que se le ha dado a la nacionalidad de forma recurrente por parte de los tribunales españoles contrasta con el pronunciamiento del TJ. El pronunciamiento del TJ pondrá fin al abuso de la utilización de la nacionalidad como factor relevante para determinar vínculos más estrechos al otorgar una guía para la consideración y valoración de los elementos significativos.

5. La Sentencia del TJ presenta una gran relevancia práctica tanto en relación a los futuros pronunciamientos de los tribunales nacionales sobre el art. 8 RR I como, todavía, para los pronunciamientos sobre el art. 6 del CR. Son tres los elementos clave de la resolución que deben ser valorados positivamente: la determinación de la relación de la cláusula de los vínculos más estrechos con el resto de conexiones del artículo, la consagración de la cláusula de escape en el ámbito laboral como un mecanismo localizador ausente de consideraciones materiales y la delimitación de los factores significativos en el marco del contrato de trabajo para establecer los vínculos más estrechos. La sentencia posibilita la uniformidad en los pronunciamientos de los distintos tribunales nacionales, acaba con las divergencias sobre las consideraciones materiales en aplicación de la cláusula de escape evitando la inseguridad jurídica y aporta una guía para la valoración de los factores que determinan los vínculos más estrechos

2013/36.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 12 septiembre 2013. Asunto C–64/12. Ponente: C. Toader.

Convenio de Roma relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales.– Contrato de trabajo: Art. 6, ap. 2.– Ley aplicable a falta de elección.– Ley del país en el que el trabajador “realiza habitualmente su trabajo” – Contrato que presenta vínculos más estrechos con otro Estado miembro.

Normas aplicadas: Art. 6.2º Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 junio 1980

[...]

17. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 6, ap. 2, del Convenio de Roma debe interpretarse en el sentido de que, incluso en el supuesto de un trabajador que desempeña el trabajo que es objeto del contrato de trabajo no sólo de modo habitual, sino también durante un largo período y sin interrupción en el mismo país, el juez nacional puede no aplicar, en virtud de la última frase de dicha disposición, la ley del país en que se realiza habitualmente el trabajo cuando de las circunstancias apreciadas en su conjunto se desprenda que existe un vínculo más estrecho entre el citado contrato y otro país. [...]

35. Según resulta del tenor y de la finalidad del art. 6 del Convenio de Roma, el juez debe, en un primer momento, determinar la ley aplicable sobre la base de los criterios de vinculación específicos que figuran en el ap. 2, letra a), y, respectivamente, letra b), de dicho artículo, los cuales obedecen a la exigencia general de previsibilidad de la ley y, por tanto, de seguridad jurídica en las relaciones contractuales (véase, por analogía, S 6 octubre 2009, ICF, C–133/08, ap. 62).

36 No obstante, como subrayó el Abogado General en el punto 51 de sus conclusiones, cuando de la totalidad de las circunstancias resulte que el contrato de trabajo presenta vínculos más estrechos con otro país, corresponde al juez nacional dejar de lado los criterios de vinculación contemplados en el art. 6, ap. 2, letras a) y b), del Convenio de Roma y aplicar la ley de ese otro país.

37 En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el órgano jurisdiccional remitente puede tomar en consideración otros elementos de la relación laboral, cuando los relativos a uno u otro de los dos criterios de vinculación enumerados en el art. 6, ap. 2, del Convenio de Roma, llevan a considerar que el contrato presenta vínculos más estrechos con un Estado distinto del que indican los criterios que figuran en el art. 6, ap. 2, letras a) o b), de dicho Convenio (véase, en ese sentido, S Voogsgeerd, ap. 51).

38. Esta interpretación también concuerda con el tenor de la nueva disposición sobre las reglas de conflicto relativas a los contratos de trabajo, introducida por el Reglamento Roma I, que sin embargo no es aplicable *ratione temporis* al asunto principal. En efecto, según el art. 8, ap. 4, de dicho Reglamento, si de la totalidad de las circunstancias resulta que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del contemplado en el ap. 2 o 3, se aplicará la Ley de ese otro país (véase, por analogía, la sentencia Koelzsch, ap. 46).

39. De las consideraciones anteriores resulta que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar la ley aplicable al contrato conforme a los criterios de vinculación definidos en el art. 6, ap. 2, primera frase, del Convenio de Roma, y en particular al criterio del lugar de ejecución habitual del trabajo, contemplado en ese ap. 2, letra a). No obstante, en virtud de la última frase del mismo apartado, cuando un contrato esté vinculado más estrechamente a un Estado distinto del de la realización habitual del trabajo, procede dejar de lado la ley del Estado de cumplimiento del trabajo y aplicar la ley de ese otro Estado.

40. A tal efecto, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta la totalidad de los elementos que caracterizan la relación laboral y apreciar el elemento o elementos que, a su juicio, son más significativos. Como destacó la Comisión y señaló el Abogado General en el punto 66 de sus conclusiones, el juez que debe resolver un caso concreto no puede sin embargo deducir automáticamente que la norma del art. 6, ap. 2, letra a), debe descartarse por el mero hecho de que, por su número, las demás circunstancias pertinentes, distintas del lugar de trabajo efectivo, indiquen otro país.

41. Entre los elementos significativos de vinculación, procede, por el contrario, tener en cuenta particularmente el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez. Por otra parte, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta también la totalidad de las circunstancias del asunto, como, en particular, los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo.

42. De las consideraciones anteriores resulta que el art. 6, ap. 2, del Convenio de Roma debe interpretarse en el sentido de que, incluso en el supuesto de que el trabajador realice el trabajo objeto del contrato de trabajo de modo habitual, durante un largo período y sin interrupción en el mismo país, el juez nacional puede descartar, en aplicación del párr. 2º de dicha disposición, la ley aplicable en dicho país cuando de la totalidad de las circunstancias se desprende que existe un vínculo más estrecho entre dicho contrato y otro país. [...]

[ANTON SCHLECKER Y MELITTA JOSEFA BOEDEKER]

DERECHO MARÍTIMO

TRANSPORTE MARÍTIMO EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE

2013/37.— Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, Sentencia nº 175/2013, de 29 abril 2013. Ponente: Ilma. Sra. Marta Rallo Ayezuren. JUR\2013\218778.

Transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque.— Cláusula Himalaya.— Declinatoria internacional.— Cláusula de sumisión a tribunales extranjeros.— Asimilación jurisprudencial entre naviero y consignatario .

En el apartado de la declinatoria que defiende la aplicabilidad de la cláusula de sumisión expresa a Evge, esta demandada no se limita a invocar para sí los efectos de la Cláusula Himalaya, sino que acepta —más que tácitamente— la equiparación o asimilación de la consignataria a la naviera recogida por el TS y cita expresamente sentencias que se pronuncian por la aplicabilidad de las cláusulas de sumisión expresa a las consignatarias que son demandadas solidariamente con las navieras. Evge afirma (con letras mayúsculas, en negrita y subrayadas) que nuestro TS ha aceptado la plena aplicación de las cláusulas de jurisdicción insertas en los conocimientos de embarque “a los agentes consignatarios de buques y así ha establecido que el pretender que los agentes consignatarios deben ser demandados en España es pretender imponer dos fueros distintos para resolver una cuestión en la que predomina la unidad contractual y que, en todo caso, las cláusulas de jurisdicción alcanzan a los agen-

tes consignatarios respecto de los cuales se ejercitan las pretensiones deducidas en la demanda en su condición de representante del porteador en el puerto, identificado subjetivamente con el naviero por la parte actora". [...]

La condición de consignataria que Evge enarboló en este mismo juicio para sostener la falta de jurisdicción, no puede abandonarla cuando, desestimada la declinatoria internacional, esa misma condición le resulta incómoda. [...]

[ALCONZA BERANGO, S.L. / EUKOR CAR CARRIERS INC.]

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE AL DIVORCIO DE NACIONALES EXTRACOMUNITARIOS

2013/38.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 3/2013 de 9 enero 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. JUR\2013\73908.

Divorcio de nacionales hondureños residentes en España.– Ley aplicable.– Aplicación del Derecho español.– Pensión compensatoria.– Pensión alimenticia de la hija.– Aplicación de la ley hondureña.

Normas aplicadas: Arts. 9.7º y 107.2º.b) Cc.

[...]

La sentencia apelada omite toda consideración del Derecho internacional, salvo en un único aspecto (donde no usa el criterio correcto), pese a que debe aplicarse de oficio en vista de la nacionalidad hondureña común de los litigantes y de la menor, todos ellos residentes de Cataluña.

Ciertamente los tribunales españoles son competentes para decidir sobre el divorcio según el art. 3 del Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis) –no el derogado por éste, el Reglamento 1347/2000, que invoca la demanda– por la común residencia de los litigantes en España, cuya norma competencial desplaza. Siendo la demanda anterior al 21 junio 2012, cuando entró en vigor el Reglamento 1259/2010, que sustituye al art. 107 Cc, viene determinada por ese art. 107 Cc según la nacionalidad común, de manera que es la ley hondureña; no obstante, estando ambos de acuerdo con el divorcio y siendo residentes (art. 107.2º.b Cc), esa declaración según el Derecho español debe mantenerse.

Tampoco es discutida en esta alzada la denegación de compensación económica del art. 232.5 CCC, no porque no se den los aspectos fácticos necesarios, como dice la sentencia apelada, sino porque es premisa previa que el régimen económico matrimonial haya sido de separación de bienes catalana, y no cualquier separación de bienes, en este caso hondureña.

La pensión compensatoria, cuya extinción se discute, también cae bajo la jurisdicción de los tribunales españoles por común residencia, en este caso según el art. 5.2º Reglamento 44/2001, Bruselas I, al ser la demanda anterior al 18 junio 2011, inicio de la vigencia del Reglamento 4/2009. La ley aplicable, al ser la demanda anterior a esa fecha, no viene determinada por el Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007, sino todavía por los arts. 9.7º y 107 Cc, que designan la ley hondureña.

Dado que la pensión entre ex cónyuges (alimenticia según el derecho hondureño) está condicionada a la inocencia de quien la pide, según el art. 239 de Código de Familia de Honduras, y no hay declaración de causa culpable imputable al ex esposo, no procedía fijarla en primera instancia. Pero este tribunal no puede conceder más de lo pedido por el apelante, que se limita a la extinción de la pensión por haberse cumplido la condición extintiva fijada en la sentencia apelada. Habiendo admitido la

beneficiaria, en esta alzada, tener ese permiso, debe declararse extinguida la pensión a su favor, desde la fecha del permiso, a determinar en ejecución de sentencia.

El primer aspecto discutido en relación con la hija común es la tarde intersemanal que reclama el padre.

Vista su residencia en Cataluña, hay competencia internacional para la cuestión según el art. 8 del citado Reglamento 2201/2003. Siendo la demanda posterior al 1 enero 2009, el art. 15.1º del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 designa a la ley española como rectora de la medida discutida. Debe aplicarse Derecho civil catalán en virtud de su territorialidad como criterio principal (arts. 14.1º del Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 CCCat). Por razón de la fecha de la demanda, posterior al 1 enero 2011, en que entró en vigor el Libro II del CCCat según la disposición final quinta de la ley aprobatoria del Libro II CCCat, debe aplicarse ese texto legal a las relaciones paterno-filiales. [...]

Obs.: REDI 2013-27-Pr y nota de S. Álvarez González.

2013/39.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 199/2013, de 19 marzo 2013. Ponente: Ilma. Sra. Myriam Sambola Cabrer. JUR\2013\169839.

Divorcio de nacionales marroquíes domiciliados en España.- Competencia de los tribunales españoles.- Aplicación del Derecho marroquí.- Divorcio, a instancias de la esposa, por incumplimientos graves del marido respecto a determinadas obligaciones, como la del mantenimiento y la de la ausencia del domicilio familiar.

Normas aplicadas: Art. 107.2º Cc; art. 281.2º LEC; Reglamento (CE) nº 2201/2003 de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

[...]

Admitido por ambas partes y documentado en autos que el matrimonio se contrajo en Marruecos y que en la actualidad la residencia de ambos está en España, el Tribunal español es competente para conocer de la demanda de divorcio presentada en junio de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento 2201/2003. La ley aplicable para resolver el vínculo es la marroquí, ley nacional común originaria de ambos esposos. Así lo establece el art. 107.2º Cc, en la redacción dada por LO 11/2003, de 29 de septiembre, precepto vigente al tiempo de la presentación de la demanda. La ley de la residencia habitual queda reservada a los casos en los que no exista nacionalidad común o a aquellos en que las leyes nacionales no reconocieran la separación o el divorcio, fuesen discriminatorias o contrarias al orden público. Ninguna oposición directamente dirigida a obstar la disolución conforme a su ley personal ha formulado el apelante que se limita a reiterar que el matrimonio se ha celebrado en Marruecos. Admite la realidad de su celebración e incluso invoca la ley marroquí.

No es aplicable el Derecho español, ni el Código civil ni el Código de Familia de Catalunya invocado en la demanda y aplicado en la sentencia. Tratándose de una cuestión relativa al estado civil y en aplicación del principio iura novit curia procede su subsanación en esta alzada. Así lo establece el Tribunal Constitucional en la sentencia de 17 enero 2000 a propósito del art. 12.6º Cc, lo que debe ser trasladado al vigente art. 281.2º LEC. Atendido lo expresado por el apelante respecto al derecho extranjero debe indicarse que conforme a los anteriores precepto legal y sentencia, el Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. El precepto exige a los tribunales una labor activa de búsqueda.

El art. 98 de la Moudawana marroquí establece el divorcio, a instancias de la esposa, por incumplimientos graves del marido respecto a determinadas obligaciones, como la del mantenimiento y la de la ausencia del domicilio familiar. Para tales supuestos y, atendida la gravedad de la causa, la dura-

ción del matrimonio y la situación de la familia, faculta al juez para la imposición de una indemnización a cargo del marido, en los arts. 84 y 101. [...]

2013/40.– Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección Primera, Sentencia nº 117/2013, de 2 mayo 2013. Ponente: Ilma. Sra. Isabel Serrano Frías. AC\2013\1325.

Divorcio de nacionales ecuatorianos residentes en España.– Ley aplicable.– Aplicación del Derecho español.– Aplicación de la ley nacional común.– Derecho extranjero: la ley ecuatoriana.– Exigencia para que se declare el divorcio cuando no es de mutuo acuerdo de la concurrencia de una de las causas previstas al efecto.– Carácter restrictivo de la inaplicación de la ley extranjera por invocación del orden público internacional español.

Normas aplicadas: Arts. 9 y 107 Cc.

Se interpone el recurso que nos ocupa frente a la resolución que estima la demanda que interesaba la declaración de disolución del matrimonio por divorcio, manteniendo el demandado y recurrente que ha de rechazarse la pretensión pues ha de aplicarse la ley nacional común, la ley ecuatoriana, que exige para que se declare el divorcio cuando no es de mutuo acuerdo la concurrencia de una de las causas previstas al efecto. [...]

(R)esulta que ambos cónyuges, de nacionalidad ecuatoriana y casados en Ecuador, residen en España, habiéndose presentado la demanda de divorcio por la esposa oponiéndose el marido al divorcio. [...]

En el caso, las dudas que podría suscitar la prueba aportada por la actora sobre la legislación ecuatoriana, en orden a su ajuste a la realidad, podían ser despejadas por diversos medios y, entre ellos, los del fondo documental del CENDOJ proporcionado, a través de la intranet de Jueces y Magistrados, por el CGPJ, en el que se recoge el Código Civil ecuatoriano vigente que, en los artículos aplicables al caso, coincide plenamente con la prueba documental aportada por la parte demandada y recurrente.

No es este el supuesto de autos por lo que hemos de mencionar nuevamente el art. 9º Cc que se remite al art. 107 del mismo texto legal, señalando primero que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad, expresando después que dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. Y añadiendo que la nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el art. 107. El actual contenido de este precepto del Código Civil – modificado por Ley 30/1981, de 7 julio, y posteriormente redactado por el artículo tercero tres de la LO 11/2003 de 29 septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social – indica que la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España; cuando no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas; cuando en la demanda presentada ante Tribunal español la separación o el divorcio se pida por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro; o bien cuando las leyes indicadas en el párr. 1º de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público. Este precepto, referido a normas sustantivas, implica que el Tribunal español – que es competente como se apuntaba anteriormente ha de aplicar al caso presente la Ley nacional común a ambos cónyuges al presentar la demanda. [...]

2013/41.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 571/2013, de 19 julio 2013. Ponente: Ilma. Sra. Mª Eugenia Bodas Daga. JUR\2013\331825.

Divorcio de nacionales marroquíes domiciliados en España.– Competencia de los tribunales españoles.– Ley aplicable: aplicación de la ley marroquí.– Necesidad de intento previo de conciliación.

Normas aplicadas: Art. 107.2º Cc; arts. 3, 8 y 61.a) Reglamento (CE) nº 2201/2003 de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental

[...]

Visto que la sentencia apelada no examina la competencia de los tribunales españoles, como procede hacer de oficio, debe señalarse que los litigantes contrajeron matrimonio en Marruecos, siendo ambos súbditos marroquíes. En el momento de la interposición de la demanda de divorcio, la hija menor era ya ciudadana española, y además de vecindad civil catalana, teniendo todos ellos su residencia habitual en Cataluña.

A tenor de los arts. 3, 8 y 61.a) Reglamento (CE) 2201/2003, son competentes los tribunales españoles por residencia para el divorcio y las cuestiones sobre responsabilidad parental, y a tenor del art. 5.2º Reglamento CE /44/2001 (vigente en el momento de la demanda y todavía no sustituido por el Reglamento CE/4/2009) en cuanto a los alimentos.

Siendo la demanda anterior a la entrada en vigor del Reglamento (UE) 1259/2010, de acuerdo con el art. 107.2º Cc, debe aplicarse la ley marroquí al divorcio, concretamente el Código de familia marroquí (Mudawana).

Como cuestión previa, debemos poner de relieve (ya que el art. 81 del Código de la Familia de Marruecos –en sede de divorcio– impone el intento previo de conciliación instado por el Tribunal) que al tener esa norma carácter procesal, y al ser competentes los tribunales españoles para conocer del proceso de divorcio (art. 22 LOPJ) dicho precepto no será de aplicación al proceso de divorcio iniciado en España, debiendo regirse únicamente por la normativa procesal propia, esto es, por lo dispuesto en los arts. 779 ss LEC, que no exigen la conciliación previa.

Dicho ello, el art. 78 del Código de Familia de Marruecos prevé que los cónyuges podrán recurrir al divorcio como medio de disolución del matrimonio, indicando el art. 114 del mismo texto legal, que aquél podrá ser de mutuo acuerdo.

En el caso de autos el marido ha mostrado su conformidad con poner fin a su relación conyugal con la Sra. Casiano. Por lo tanto, la estimación del divorcio procede, no con el fundamento de derecho español que señala la sentencia apelada, sino de acuerdo con la legislación marroquí.

Por otra parte, la Sala observa (aunque la apelación no hace referencia a la acción principal de divorcio) que el juzgado a quo no ha procedido según el art. 755 LEC y concordantes de la LRC y su reglamento. Así pues, deberá comunicarse la sentencia de primera instancia, más los datos necesarios obrantes en autos, al Registro Civil Central para la inscripción soporte del matrimonio contraído en el extranjero y marginal del divorcio. [...]

2013/42.– Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, Sentencia nº 313/2013, de 10 septiembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Doreste Armas. JUR\2013\348975.

Divorcio de matrimonio iraní residente en España.– Liquidación del régimen económico matrimonial.– Inclusión de un inmueble dentro del activo de la sociedad de gananciales.– Derecho aplicable.– Aplicación del Derecho iraní por no ser contrario al orden público.– Derecho coincidente con el Derecho foral catalán.

Normas aplicadas: Art. 107.2º Cc.

La Sentencia de instancia estima íntegramente la demanda por la que la actora instó la inclusión de un inmueble (de cierto valor) en el activo de la sociedad legal de gananciales, a efectos de su liquidación tras el divorcio de los litigantes, ciudadanos iraníes casados en ese país pero residentes en España desde poco después de contraer matrimonio y durante muchos años, a quienes impone el citado régimen matrimonial legal de gananciales. [...]

2.– Discrepa la Sala de la conclusión judicial de instancia, por una razón básica, reforzada por otra complementaria.

a.– Efectivamente, cierto es lo que, como primera premisa de su conclusión afirma la Sentencia de instancia: en principio, los cánones normativos españoles de Derecho internacional privado contenidos en el Código Civil, tanto en general, (art. 9, en especial el segundo párrafo, inciso final, y el tercero) como en el 107, ap. 1 y 2, específicamente en los supuestos de separación y divorcio, por remisión del anterior precepto, conducen a la aplicación de la Ley nacional común, que claramente es la iraní.

Igualmente habrá que convenir el acierto de la segunda premisa, consistente en que tal régimen encuentra su excepción en el último inciso (ap. c) de tal art. 107, pues no puede admitirse la aplicación de tal Ley extranjera cuando contrarie el orden público (normas patrias de ius cogens, especialmente las antidiscriminatorias de rango constitucional), en cuyo caso se impone la norma nacional española.

Ahora bien, la normativa nacional iraní establece el régimen económico–matrimonial de separación de bienes (al folio 118 obra original del Certificado de la Embajada que reza “En el nombre del Altísimo. En contestación a su escrito del 7 abril 2011, solicitando la información sobre el régimen matrimonial en la legislación de la República Islámica de Irán ponemos en su conocimiento lo siguiente:

En virtud del Código Civil de la República Islámica de Irán, capítulo correspondiente a ‘estatutos personales’, cada uno de los cónyuges es dueño de sus bienes en el momento de contraer matrimonio, así como en el caso de divorcio no existe el régimen de gananciales, salvo que en el momento de contraer el matrimonio lo indiquen en el contrato matrimonial”.

Con ello, es de ver que –frente a lo que concluye la Sentencia de instancia– ese régimen económico matrimonial no contraría el orden público (entendido como el orden jurídico ex STS 16 diciembre 1985, o sea, las normas de ius cogens) nacional español, pues el Derecho civil común admite perfectamente el régimen económico–matrimonial de separación de bienes y la regla con detalle (arts. 1.435 ss Cc) de forma que la única diferencia entre el régimen económico–matrimonial iraní y el de Derecho civil común español es que en éste opera el de gananciales en defecto de pacto, o sea, de capitulaciones (art. 1.316 y ap. 2 del art. 1.435 citado antes), mientras que en el régimen iraní opera a la inversa; pero, naturalmente, esta diferencia no constituye –ni de lejos– infracción de norma imperativa alguna. Es más, es que ni siquiera puede afirmarse que contrarie el Derecho civil español, pues el régimen jurídico nacional iraní coincide exactamente con el del Derecho civil foral catalán (art. 10.2º del Código de Familia).

Por tanto, no puede aceptarse que la norma nacional común aplicable, la iraní, sea apartada por aplicación del art. 107.2º. Cc, lo que conlleva a la calificación del inmueble discutido como propio del demandado. [...]

2013/43.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 777/2013, de 12 noviembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. JUR\2013\384151.

Divorcio de nacionales marroquíes residentes en España.– Competencia de los tribunales españoles.– Ley aplicable.– Aplicación del Derecho marroquí.– Alimentos y pensión compensatoria.– Aplicación del Derecho español.– Sistema plurilegislativa.– Aplicación del Derecho catalán.

Normas aplicadas: Art. 107.2º.c) Cc; arts. 3, 8 y 61.a) Reglamento (CE) nº 2201/2003 de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; art. 3 Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

[...]

Visto que la sentencia apelada no examina la competencia de los tribunales españoles, como procede hacer de oficio según el art. 38 LEC, ni la ley aplicable a los temas objeto del procedimiento, debe señalarse que ambos litigantes tienen la nacionalidad marroquí y el hijo menor debe presumirse que también. Todos ellos son residentes en Cataluña.

Atendida la fecha de la demanda, 11 octubre 2011, a tenor de los arts. 3, 8 y 61.a) del Reglamento (CE) nº 2201/2003, son competentes los tribunales españoles por residencia de los litigantes y del menor para resolver la acción de separación y las cuestiones sobre responsabilidad parental, y a tenor del art. 3 Reglamento (CE) 4/2009, en cuanto a los alimentos y pensión compensatoria.

No estando en vigor todavía a la fecha de la demanda el Reglamento (UE) 1259/2010, la norma de conflicto de leyes para el divorcio viene determinada por el art. 107.2º Cc estatal, que por razón de la nacionalidad común es en principio la marroquí. Sin embargo, como bien señalaba la contestación a la demanda, la inexistencia de separación en el Código de familia de Marruecos (Mudawana) hace aplicable la ley española según el art. 107.2º.c) Cc, como hace de hecho la sentencia apelada.

Procede, no obstante, su subsanación en cuanto dispone la remisión de un testimonio al registro civil correspondiente. Dado que el matrimonio se celebró en el extranjero (Marruecos), el oficio debe ser remitido al Registro Civil Central, con testimonio de la sentencia y de la documentación acreditativa del matrimonio, para que se practique la inscripción del matrimonio como soporte a la de la separación (arts. 15.2º y 18.1º LRC).

La sentencia apelada tampoco fundamenta qué ley debe aplicarse por lo que atañe a la potestad parental y relaciones personales, a los alimentos y a la pensión compensatoria.

A tenor del art. 3 del Protocolo de La Haya de 2007, la ley de la residencia, la española en este caso, rige las pensiones. Según el art. 15.1º del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, debe aplicarse la ley del foro a las cuestiones sobre responsabilidad parental. Visto que el art. 16.2º.a) del Protocolo de La Haya de 2007 y el art. 48.a) del Convenio de 1996, remiten como primer criterio en estados plurilegislativos a las normas de conflicto internas y en atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo español, debe aplicarse el derecho civil catalán en virtud de su territorialidad, según los arts. 14.1º del Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 CCCat. [...]

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE EN SUPUESTOS DE DIVORCIO EN ESPAÑA PESE A LA EXISTENCIA DE SENTENCIA EXTRANJERA QUE LO DECLARA

2013/44.– Audiencia Provincial de Murcia, Sección Cuarta, Sentencia nº 598/2013, de 10 octubre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Martínez Pérez. JUR\2013\346600.

Competencia judicial internacional en el orden civil.– Competencia de los tribunales españoles.– Divorcio de dos españoles.– Marido residente en España.– Anterior sentencia francesa de divorcio.– Litispendencia.– Efectos de la sentencia francesa.– Incompetencia de los Tribunales españoles para modificar las resoluciones judiciales dictadas por Tribunales extranjeros.– Derechos que puedan ejercitarse ante los Tribunales franceses con motivo de la sentencia de divorcio dictada por los Tribunales españoles.– Reconocimiento de la pensión compensatoria.– Ley aplicable.– Aplicación de la ley española.

Normas aplicadas: Art. 9 Cc y 107.2º Cc; art. 22.3º LOPJ; art. 3 Reglamento (CE) nº 2201/2003, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

[...]

En el art. 22.3º LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se establece: "(...) en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro (...)".

Así, respecto a la competencia judicial internacional en materia de separación/divorcio, la norma principal aplicable es el Reglamento 2201/2003 de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, seguida de la LOPJ, ya que si ningún Tribunal de un Estado miembro, concretamente un Tribunal español, no es competente para conocer de la acción de separación, divorcio o nulidad, tendríamos que acudir, subsidiariamente, a los foros de competencia determinados o establecidos en nuestra LOPJ.

En el art. 3 Reglamento nº 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, se establece: [...]

A la luz de los hechos acreditados y de los preceptos citados, procede desestimar la excepción de incompetencia de jurisdicción, ya que los Tribunales españoles son competentes para conocer de la demanda de divorcio, tanto de acuerdo con lo establecido en el Reglamento citado, como de la LOPJ, siendo de aplicación también la ley sustantiva española en materia de divorcio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 107.2º Cc.

Que no obstante la desestimación de la excepción de incompetencia, y con base en las propias alegaciones que se formulan en el recurso y el Reglamento nº 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008, se considera que la sentencia de instancia y objeto del recurso de apelación, no puede dejar sin contenido la sentencia del Tribunal de Apelación de Toulouse de fecha 8 junio 2010, como se acuerda en la parte dispositiva, ya que los Tribunales españoles no tienen competencia para modificar las resoluciones judiciales dictadas por Tribunales extranjeros, y ello sin perjuicio de los derechos que pueda ejercitar D. Justiniano ante los Tribunales franceses con motivo de la sentencia de divorcio dictada por los Tribunales españoles y, en su caso, del reconocimiento de la pensión compensatoria. [...]

2013/45.- Audiencia Provincial de Málaga, Sección Sexta, Sentencia nº 737/2013, de 12 diciembre de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Alcalá Navarro. JUR/2014/100884.

Competencia judicial internacional en el orden civil.- Competencia de los tribunales españoles.- Divorcio.- Determinación de la residencia del marido en España.- Existencia de una sentencia de divorcio en el Líbano.- Intento infructuoso de plantear el exequátur en España.

Normas aplicadas: Art. 22.3º LOPJ; art. 40 Cc.

[...]

Rechazada la alegación de falta de jurisdicción internacional del tribunal de Marbella para conocer del asunto al que se refieren estas actuaciones por resolución de 17 en marzo de 2011, según el art. 66.2º LEC contra este auto solamente cabe recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de ese presupuesto procesal en la apelación contra la sentencia definitiva, por lo que este primer motivo del recurso constituye propiamente la apelación contra el referido auto de 17 marzo 2011. Insiste el demandado en que el precepto de aplicación es el ap. 3 del art. 22 LOPJ, que establece como presupuestos de la competencia de los tribunales españoles cualquiera de los siguientes: Primero, que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en España al tiempo de la demanda, Segundo, que el deman-

dante sea español y tenga su residencia habitual en España, y Tercero que ambos cónyuges sean españoles, con independencia de su residencia, siempre que promuevan el proceso de forma consensuada. En ese sentido entiende la parte apelante que el concepto de residencia a efectos civiles es equiparable al concepto de residencia habitual del art. 40 Cc, donde la persona vive la mayor parte del año, pero que resulta con evidencia que el demandado no era residente en España, como entiende acreditado en los presentes autos por las manifestaciones que aparece hechas por los interesados en el dictamen pericial judicial de 28 noviembre 2009, por la copia de acuerdo de divorcio llevado a cabo en el Líbano, en el que se parte de la base de que el domicilio familiar ha estado fijado en aquel país y en el resto de documentos, pasaporte del recurrente, certificado de residencia en Líbano y certificado emitido por la empresa donde trabaja, que acreditan sin lugar a dudas que su domicilio está en el Líbano y al no ser residente habitual en España el tribunal español no es competente para conocer de este divorcio. Estos argumentos expuestos en el escrito de recurso no pueden desvirtuar los recogidos en el auto de 17 marzo 2011 por el Juzgado a quo, mucho más contundentes y objetivos, mediante los que la Juez de Primera Instancia establece la competencia de su propio juzgado pues el hijo menor de edad de este matrimonio nació en Marbella, y en esa ciudad se otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales en el año 2003 siendo el demandado el titular de la vivienda donde residen en esa ciudad de Marbella, y en la que estaba domiciliada la mujer y el hijo al tiempo de interposición de la demanda de medidas en septiembre de 2008, constando que el apelante fue citado personalmente en el domicilio de Marbella reseñado por la parte actora, formulando en aquel procedimiento declinatoria por falta de jurisdicción por el mismo motivo que se reproduce en este procedimiento. En la documentación aportada en estas actuaciones, se comprueba que la actora es residente comunitaria en España desde el cinco febrero 2008, según consta en el certificado del registro de ciudadanos de la UE, que el menor Pedro cuenta con permiso de residencia en España desde el año 2008 renovado posteriormente y en el que figura como reagrupante el demandado, y que el demandado incluso contaba con permiso de residencia y trabajo en España cuya renovación solicitó en octubre 2008 ante la comisaría de policía; asimismo constaba documentado que la señora Verónica tenía permiso de residencia en el Líbano válido hasta enero de 2009 y que había residido en Líbano hasta su salida del país en el año 2008, consta igualmente que el menor estuvo escolarizada en el Líbano en el curso 2007/2008, pero en la actualidad reside con su madre en España donde está escolarizado. Llama poderosamente la atención a la Sala, que manifestando el demandado que su matrimonio se encuentra disuelto por un tribunal del Líbano, no obstante no se haya opuesto a la demanda por cuestiones de fondo e insiste reiteradamente tanto en las medidas previas como en el procedimiento de divorcio en alegar incompetencia de jurisdicción de los tribunales españoles, cuando sí es cierto lo que alega el matrimonio ha sido disuelto y no podría volver a plantearse una demanda de divorcio, sin embargo el demandado no ha contestado a la demanda y, por supuesto, no ha acreditado que el matrimonio conste como disuelto en Rumanía, país del que es natural la demandante y donde se celebró el matrimonio, habiendo intentado, pero infructuosamente, plantear el exequátur para la convalidación de la sentencia del tribunal de Beirut que le ha sido rechazado por motivos formales. [...]

DONACIONES

ESCRITURA PÚBLICA DE DONACIÓN EN RELACIÓN A UN INMUEBLE SITO EN ESPAÑA

2013/46.– Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Cuarta, Sentencia nº 6/2013 de 15 enero 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. María de la Paz Pérez Villalba. JUR/2013\159109.

Donaciones.– Donación de un inmueble situado en España.– Carácter sucesorial o real de la relación.

Normas aplicadas: Art. 10.7º, 11 Cc.

[...] Los actores, de nacionalidad finlandesa, dirigen la demanda contra su madre, también de nacionalidad finlandesa, interesando en su suplico que se declare la obligación de la demandada y se le condene a otorgar ante Notario público escritura pública de donación en relación al inmueble sito en España en el edificio... de Las Palmas de Gran Canaria pues se había celebrado en Raahé, Finlandia el 23 julio 2010 un contrato privado por el cual la demandada entregaba como herencia anticipada a los actores y a otro hermano, D Ismael, una tercera parte del inmueble sito en España, alegándose en síntesis reductor, a que con arreglo a la legislación finlandesa la cesión de fincas en régimen de propiedad horizontal es transmisión de bienes muebles, que en dicha legislación los anticipos de herencia son donaciones y para que las donaciones tengan validez no se requiere una formalidad específica, debiéndose aplicar en cuanto a la donación y su formalidad la legislación finlandesa al ser la Ley Nacional de todas las partes. [...]

Centrados en el anterior FJ los términos del recurso de apelación, el mismo debe ser desestimado, pues aún cuando esta Sala no comparte del todo el argumento expuesto por el Juez a quo sobre la aplicación en el conflicto internacional privado planteado en autos del derecho español aludiendo a cuestiones de orden público, es lo cierto que lo fundamental en el supuesto enjuiciado y como bien motiva el Juez a quo es que el acto privado otorgado en Finlandia es un contrato relativo a un inmueble sito en España y en virtud del cual se transmite su propiedad por mucho que sea por acto de liberalidad de la demandada a tres de sus hijos y ello así, y aún cuando con la legislación Finlandesa los anticipos de herencias, no permitidos en nuestro Código civil, son donaciones y a las donaciones cuando exista un elemento de extranjería, deba aplicarse la legislación personal de la donante, en el supuesto enjuiciado para apreciar la validez formal del contrato privado de 23 julio 2010, habrá de estarse a la legislación española precisamente porque el inmueble está en España y se dispone sobre su propiedad en dicho acto y ello por cuanto existe una norma de remisión expresa a la legislación del lugar en que se encuentre el inmueble del que se dispone, en el denominado Reglamento de Roma I, en concreto en el Reglamento CE nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones Contractuales, aplicable directamente a España y Finlandia al ser ambos países, miembros de la UE. Aplicándose dicho Reglamento desde diciembre 2009, esto es, con anterioridad a la fecha de celebración del contrato objeto de autos, Reglamento de Roma que precisamente tiene por finalidad armonizar las distintas legislaciones nacionales al objeto de desarrollar un espacio común de libertad, seguridad y justicia, estableciendo claramente el art. 11 de dicho Reglamento en cuanto a la validez formal de los contratos, en concreto su punto 5 que todo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido en cuanto a la forma, a las normas de la Ley del país en que el inmueble esté sito, siempre y cuando en virtud de dicha Ley la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato y dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo, y siendo así que con arreglo al Código civil español la forma de escritura pública en la donación de inmuebles es constitutiva, ex art. 633 sin que quepa pacto en contrario, la consecuencia es que no pueda darse amparo a la pretensión de la demanda, pues insistimos con el anticipo de herencia, que efectivamente equivale a una donación, se está transmitiendo la titularidad de un inmueble que precisamente por estar radicado en España requiere con carácter constitutivo para su validez en España escritura pública.

Por todo lo expuesto y no existiendo las infracciones de Derecho positivo alegadas en el recurso, y menos aún de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo pues nunca ha resuelto un supuesto exacto al presente, la consecuencia no puede ser otra que la desestimación del recurso de apelación. [...]

Obs.: REDI 2014–14–Pr y nota de A. Font i Segura.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS I

2013/47.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décima, Auto nº 24/2013, de 18 enero 2013.
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Arias Rodríguez. JUR\2013\66484.

Competencia judicial internacional en el orden civil.– Competencia de los tribunales españoles.– Consumidor domiciliado en España que contrata para un uso ajeno a su actividad profesional con una entidad inglesa.– Aplicación del RB I.

Normas aplicadas: Art. 3.1º Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

(L)os razonamientos con cuyo acomodo la iudex a quo se ha abstenido de conocer por entender que han de conocer los tribunales marroquíes no son compartibles, lo que se predica, en primer lugar, de la normativa que con que ha de operarse, la que no es otra que el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (...). En dicho Reglamento, que es de aplicación directa y forma parte del Derecho interno español, se establece una serie de normas sobre competencia judicial, así como otras encaminadas al reconocimiento de resoluciones judiciales con la finalidad de mejorar el funcionamiento del mercado interior. Obviamente los litigios a los que se aplica el Reglamento antedicho debe presentar un nexo con el territorio de los Estados miembros sujetos a dicho Reglamento, nexo concurrente de forma apodíctica en el casus datus en que las partes procesales son una persona física, inglesa y una persona jurídica española domiciliada en Madrid y, por ende, las reglas comunes sobre competencia judicial del Reglamento 44/2001 han de aplicarse, en principio, cuando el demandado esté domiciliado en uno de los Estados miembros. El art. 3 del Reglamento resulta diáfano en el sentido de delimitar los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competente para el conocimiento de un asunto propio del ámbito civil o mercantil, sin otras salvedades que las previstas en el art. 1 del propio Reglamento, al disciplinar el art. 3.1º del tan meritado Reglamento “Las personas domiciliadas en un Estado miembro sólo podrán ser demandadas ante los tribunales de otro Estado miembro en virtud de las reglas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente Reglamento”. En suma, si yuxtaponemos de forma ensamblada los arts. 2 y 3 del Reglamento antedicho llegaremos a la conclusión de que las personas domiciliadas en un Estado miembro están sometidas necesariamente a los órganos judiciales de ese Estado, sea cual fuera su nacionalidad, y solo pueden ser demandadas ante los Tribunales de otro Estado miembro en virtud de las reglas establecidas en las Secciones 2 a 7 de este Reglamento, es llano que la entidad Unico International Development S.L. ha sido correctamente demandada en España. Ciertamente, caso de ser el demandante un consumidor que contrató para un uso ajeno a su actividad profesional, podría demandar tanto en el Estado miembro en que esté domiciliada la contraparte o ante el Tribunal del Estado en que estuviese domiciliado el consumidor a elección de este último, pero ello es ajeno al casus datus. In noce, la competencia ha de deferirse a favor de la jurisdicción especial, ítem más cuando no nos encontramos ante una materia de las adjetivadas como exclusivas en el art. 22 Reglamento; texto normativo recientemente modificado por el Reglamento (CE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, pero que, además de ser aplicable a partir del 10 enero 2015, con excepción de los arts. 75 y 76, los que se aplicaron a partir del 10 enero 2014, no altera esencialmente los preceptos del Reglamento actualmente vigentes. Corolario de lo expuesto es que el recurso ha de ser acogido y declararse la competencia del órgano jurisdiccional a quo para el conocimiento de la demanda. [...]

2013/48.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 11 abril 2013. Asunto C-645/11. Ponente: C. Toader.

Reglamento (CE) nº 44/2001: Arts. 1, ap. 1, y 6, nº 1.– Concepto de “materia civil y mercantil”.– Pago indebidamente realizado por una entidad estatal.– Pretensión de restitución de este pago en el marco de un recurso jurisdiccional.– Determinación del foro en caso de conexidad.– Relación estrecha entre las demandas.– Demandado domiciliado en un Estado tercero.

Normas aplicadas: Arts. 1.1º y 6.1º Reglamento (CE) nº44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

29. Mediante su primera cuestión, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el art. 1, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “materia civil y mercantil” incluye una acción de repetición de lo indebido en el supuesto de que un organismo público, al que una autoridad creada por una ley reparadora de las persecuciones llevadas a cabo por un régimen totalitario obliga a devolver a un perjudicado, en concepto de indemnización, una parte de los ingresos procedentes de la venta de un inmueble, hubiese abonado a dicha persona, por un error accidental, todo el importe del precio de venta y demandase posteriormente en vía judicial el cobro de lo indebido. [...]

35. A este respecto, procede observar que, como subraya el tribunal remitente, el derecho a indemnización en el origen de la acción entablada en el litigio principal se basa en unas disposiciones nacionales, en el caso de autos la Vermögensgesetz y la Investitionsvorranggesetz, relativas a la indemnización de las víctimas del régimen nacionalsocialista, que son idénticas para todos los propietarios de inmuebles gravados por derechos de restitución. En efecto, imponen la misma obligación de indemnización sin distinguir entre la condición de persona jurídica de Derecho privado o de entidad estatal del propietario del bien gravado.

36. Del mismo modo, como resulta de la petición de decisión prejudicial, el procedimiento administrativo relativo al derecho de los perjudicados a ser indemnizados es idéntico con independencia de la condición del propietario afectado. Además, en este procedimiento dicho propietario, ya sea una persona jurídica de Derecho privado, ya sea una persona jurídica de Derecho público, no goza de ninguna prerrogativa decisoria en relación con la determinación de los derechos de restitución del perjudicado.

37. Por otra parte, debe señalarse que la acción en el litigio principal se refiere a la repetición del exceso abonado por error cuando el Land Berlin dio cumplimiento a los derechos de los perjudicados a cobrar. Pues bien, por un lado, la devolución de este exceso no forma parte del procedimiento administrativo establecido por la Vermögensgesetz y la Investitionsvorranggesetz. Por otro, para devolver la cuantía percibida en exceso, el propietario, se trate de una persona jurídica de Derecho público o de Derecho privado, debe demandar a los perjudicados ante los tribunales civiles. Del mismo modo, la base jurídica de dicha devolución son las normas establecidas en el art. 812, ap. 1, del Código civil alemán relativas al cobro de lo indebido basado en el enriquecimiento sin causa.

38. A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión que el art. 1, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001 debe ser interpretado en el sentido de que el concepto de “materia civil y mercantil” incluye una acción de repetición de lo indebido en el supuesto de que un organismo público, al que una autoridad creada por una ley reparadora de las persecuciones llevadas a cabo por un régimen totalitario obliga a devolver a un perjudicado, en concepto de indemnización, una parte de los ingresos procedentes de la venta de un inmueble, hubiese abonado a dicha persona, por un error accidental, todo el importe del precio de venta y demandase posteriormente en vía judicial el cobro de lo indebido. [...]

39. *Mediante su segunda cuestión, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el art. 6, nº 1, del Reglamento nº 44/2001 debe ser interpretado en el sentido de que existe una relación estrecha, con arreglo a dicha disposición, entre las demandas presentadas contra varios demandados domiciliados en el territorio de otros Estados miembros en el supuesto de que éstos, en unas circunstancias como las del litigio principal, opongan derechos adicionales a indemnización sobre los que es preciso pronunciarse de manera uniforme. [...]*

48. *A la vista de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión que el art. 6, nº 1, del Reglamento nº 44/2001 debe ser interpretado en el sentido de que existe una relación estrecha, con arreglo a dicha disposición, entre las demandas presentadas contra varios demandados domiciliados en el territorio de otros Estados miembros en el supuesto de que éstos, en unas circunstancias como las del litigio principal, opongan derechos adicionales a indemnización sobre los que es preciso pronunciarse de manera uniforme. [...]*

[...]49. *Mediante la primera parte de la tercera cuestión, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si el art. 6, nº 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se aplica a los demandados que no están domiciliados en el territorio de un Estado miembro cuando son citados en el marco de una acción entablada contra varios demandados, entre los cuales se encuentran también personas domiciliadas en la Unión. [...]*

55. *De ello resulta que para demandar a un codemandado ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sobre la base del art. 6, nº 1, del Reglamento nº 44/2001, será preciso que aquél tenga su domicilio en el territorio de otro Estado miembro.*

56. *En estas circunstancias, procede responder a la tercera cuestión que el art. 6, nº 1, del Reglamento nº 44/2001 debe ser interpretado en el sentido de que no se aplica a los demandados que no están domiciliados en el territorio de un Estado miembro cuando son citados en el marco de una acción entablada contra varios demandados, entre los cuales se encuentran también personas domiciliadas en la Unión. [...]*

[LAND BERLIN Y ELLEN MIRJAM SAPIR, MICHAEL J. BUSSE, MIRJAM M. BIRGANSKY,
GIDEON RUMNEY, BENJAMIN BEN-ZADOK, HEDDA BROWN]

Obs.: REDI-2013-19-Pr y nota de L. Heredia Sánchez.

DEMANDA POR DAÑOS Y PERJUICIOS INTERPUESTA POR LAS AUTORIDADES DE UN ESTADO MIEMBRO CONTRA EMPRESAS ESTABLECIDAS EN OTRO ESTADO MIEMBRO POR EVASIÓN DEL IVA

Rafael ARENAS GARCÍA *

1. La determinación del ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) nº 44/2001 (y antes del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968) se ha mostrado como una de las más complejas en la interpretación de este instrumento. El art. 1 del Reglamento prevé que éste se aplique en materia civil y mercantil, excluyéndose las materias fiscal, aduanera y administrativa. El concepto materia civil y mercantil es familiar a los juristas continentales y a partir de él la exclusión de las materias fiscal, aduanera y administrativa resulta redundante; pero como es sabido esta aclaración tuvo que introducirse en el año 1978 como consecuencia de la incorporación al Convenio de Bruselas del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca ya que en el Derecho británico podrían plantearse ciertas dudas sobre la delimitación entre el Derecho civil y las materias fiscal, aduanera y administrativa.

* Catedrático de DIPr. Universitat Autònoma de Barcelona.

Dejando de lado, sin embargo, las peculiaridades del Derecho anglosajón en la consideración de la materia civil y mercantil, este concepto resulta lo suficientemente evidente como para que pueda realizarse una primera interpretación del mismo que no parece excesivamente problemática: estamos ante un litigio o una sentencia en materia civil y mercantil cuando el objeto de la misma son relaciones entre particulares, tanto en el ámbito personal como patrimonial. La delimitación entre la materia civil y mercantil puede presentar dificultades (y no pocas disputas entre los especialistas de ambas materias); pero si no es preciso determinar si tal o cual problema es civil o mercantil, sino que nos basta con saber que está incluida en alguna de las dos materias la calificación no resulta, inicialmente, excesivamente difícil. Cuestión distinta es la interpretación de las exclusiones que contiene el art. 1.2º RB I y que dejan fuera de su ámbito de aplicación material ciertas cuestiones sobre las que, sin embargo, no se duda –en principio– de su carácter civil (estado civil y capacidad de la persona, regímenes económico matrimoniales y sucesiones).

Las dificultades en la interpretación del concepto “materia civil y mercantil” surgen cuando se intenta proyectar a litigios o sentencias en las que una de las partes es una administración. En principio las relaciones entre la administración y los administrados son materia propia del Derecho público (Derecho administrativo, Derecho financiero); pero también pueden darse supuestos en los que la administración no actúa investida del poder público, esto es, en los que la autoridad opta por verse sometido a las mismas reglas que rigen las relaciones entre particulares. Estos supuestos podrían considerarse incluidos en la materia civil y mercantil a la que se refiere el art. 1 RB I; pero aquí la delimitación entre la materia civil y administrativa (o fiscal) ya no resulta tan sencilla y la abundante jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre este problema así lo muestra. La Sentencia que aquí comentamos de 12 septiembre 2013 [as. C-49/12, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs y Sunico ApS, M&B Holding ApS, Sunil Kumar Harwani*, en adelante *Sunico*; vid. R. Arenas García, “Ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001 y deudas fiscales. Comentario a la STJUE (Sala Tercera) de 12 septiembre 2013, Asunto C-49/2012, ‘The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs y Sunico ApS, M & B Holding ApS, Sunil Kumar Harwani’”, *La Ley: UE*, nº 10, 2013, pp. 29–44; RED I 2014–6–Pr y nota de R. Arenas García] es la última de esta difícil proyección del art. 1.1º RBI a litigios en los que una de las partes es una administración y resulta de interés tanto por la solución que da al caso planteado como por las dudas que deja abiertas sobre la línea general de interpretación del art. 1 RB I por parte del Tribunal de Luxemburgo.

2. En el caso *Sunico* el Tribunal ha de determinar si entra en el ámbito de aplicación del RB I una reclamación dirigida por la administración tributaria británica contra varios demandados (personas físicas y jurídicas) presuntamente integrados en una red dedicada a la defraudación en el pago del IVA mediante lo que se conoce como fraude “carrusel” en el que se simulan exportaciones que consiguen deducciones en el pago del IVA en el país de origen, pero sin que los productos aparente exportados se integren realmente en el Estado de destino, lo que implica que no llegan a pagar en dicho Estado el IVA deducido en el Estado de origen. Existía, pues, una deuda tributaria a la Hacienda británica derivada del IVA no pagado; pero el fisco británico no actúa ejercitando una acción de tipo fiscal, sino que plantea acciones en Dinamarca y el Reino Unido sobre la base de la responsabilidad extracontractual que se deriva del perjuicio sufrido por el no pago del IVA adeudado. Podría parecer que la diferenciación entre la acción tributaria y civil es una distinción formalista, ya que, además, de lo que se indica en la Sentencia *Sunico* se deriva que la cuantía de la reclamación civil coincidía con la deuda tributaria existente; pero esta distinción formal muestra tener también consecuencias substanciales, ya que, tal como veremos, el Tribunal de Luxemburgo da por buena esta diferenciación y acaba concluyendo que la demanda presentada por el fisco británico entra en el ámbito material de aplicación del RB I. Es evidente que si se tratara directamente de una reclamación tributaria estaría excluida de dicho instrumento, ya no solamente porque no se trataría de una acción civil, sino por la explícita exclusión del ámbito de aplicación del instrumento de la materia fiscal.

La interpretación del tribunal de Luxemburgo es, creo, llamativa y, a la vez, podría plantear ciertas dificultades de encaje con su jurisprudencia anterior en la materia. A continuación examinaremos los

argumentos del Tribunal en *Sunico* para, posteriormente, ver la forma en que han de interpretarse tales argumentos en el marco de la jurisprudencia preexistente.

3. Son dos las afirmaciones claves del TJUE en la Sentencia *Sunico*. La primera es la de que lo relevante para determinar si un litigio entra en el ámbito de aplicación del RB I es la naturaleza de la acción planteada y no el origen del crédito que pretende verse satisfecho con dicha acción. La segunda la de que para que sea aplicable el Reglamento en una acción planteada por la administración es preciso que dicha administración no goce de una situación de ventaja procesal; pero la valoración de la existencia de dicha ventaja ha de limitarse al desarrollo del proceso sin considerar sus antecedentes. Ambas afirmaciones son discutibles, tal como veremos en el siguiente punto, en este nos limitaremos a presentar los argumentos del Tribunal.

De acuerdo con lo que se acaba de adelantar, dos son las dificultades que plantea la inclusión en el ámbito de aplicación material del RB I de una demanda como la planteada por la Hacienda del Reino Unido. Por una parte ha de determinarse la naturaleza de la acción; por otra parte si la administración pública, que en este caso actúa como demandante, goza de alguna ventaja derivada de su carácter de poder público. La respuesta del Tribunal a ambas cuestiones conduce a la inclusión de la acción planteada en el ámbito de aplicación material del Reglamento.

En lo que se refiere a la naturaleza de la acción, tal como se ha indicado, no plantea excesivas dudas que nos encontramos ante una acción de naturaleza civil, ya que la Hacienda británica no basa (directamente) sus pretensiones en la normativa fiscal, sino en el daño derivado del incumplimiento de las mismas, pero encauzado a través de una acción de responsabilidad civil idéntica a la que podría plantear cualquier particular que se ve perjudicado por una actuación ilícita de otra persona.

En lo que se refiere a la posibilidad de que la Hacienda británica disponga de alguna ventaja procesal derivada de su carácter de autoridad pública, la duda surge porque con carácter previo al inicio del proceso la parte demandante había utilizado los mecanismos de cooperación entre autoridades en materia de IVA (Reglamento (CE) n° 1798/2003 del Consejo de 7 octubre 2003 relativo a la cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n° 218/92, DO L 264 de 15.10.2003), obteniendo mediante tales mecanismos información relativa al supuesto al que se refiere la demanda. El mecanismo de cooperación que establece este Reglamento no es accesible a los particulares, por lo que el demandante se habría visto beneficiado al disponer de información en relación al demandado que no estaría al alcance de un particular. Ahora bien, el Tribunal de Luxemburgo entiende que en tanto dicha información no se utilice en los procedimientos abiertos contra los presuntamente implicados en el fraude carrusel no estaríamos ante una situación de desequilibrio entre las partes que impidiera la aplicación del RB I. En este punto el Tribunal, sin embargo, mantiene que deberá ser el órgano jurisdiccional nacional quien verifique si se ha producido una situación de desigualdad en función de cómo se desarrolle el proceso.

4. Tal como adelantábamos la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo podría ser difícilmente compatible con la ya dictada en interpretación del art. 1.1° (sobre todo en lo referente a la valoración de la naturaleza de la acción ejercitada) y la valoración de la igualdad procesal que realiza el Tribunal de Justicia resulta excesivamente formalista. Examinaremos a continuación estas cuestiones.

En lo que se refiere a la naturaleza de la acción es cierto que podría resultar natural considerar que si la acción ejercitada se encuentra reservada a las autoridades públicas, sino que es una que podría utilizar cualquier particular debería interpretarse que nos encontramos ante un supuesto civil o mercantil que, inicialmente al menos, entraría en el ámbito de aplicación material del RB I. Ahora bien, esta aproximación no es acorde con lo establecido por el Tribunal de Luxemburgo en decisiones anteriores. Así, en la Sentencia *Lechouritou* [STJ (Sala Segunda) de 15 febrero 2007, as. C-292/05: *Eirini Lechouritou/Vasileios Karkoulas/Georgios Pavlopoulos/Panagiotis Brátsikas/Dimitrios Sotiropoulos/Georgios Dimopoulos y Dimosio tis Omospondiakís Dimokratías tis Germanías*] el tribunal mantuvo que aunque la acción ejercitada era una acción de responsabilidad extracontractual no podría entenderse aplicable el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 ya que los hechos por los que se pedía la responsabilidad

derivaban del ejercicio del poder público por parte del Estado. Como es sabido, en esta Sentencia se reclamaba a Alemania una indemnización por daños causados durante la Segunda Guerra Mundial en Grecia por el ejército alemán. En esta decisión, por tanto, se dotó de relevancia al origen de la deuda para determinar la aplicación del instrumento europeo.

Esta relevancia del origen de la deuda o del crédito no suponía, además, ninguna novedad en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. En el caso *Lechouritou* —a diferencia de lo que sucede en *Sunico*— la administración ocupaba la posición de demandada y no de demandante, lo que podría quizás ser argüido para negar la proyección de la jurisprudencia *Lechoritouru* sobre el caso resuelto por la Sentencia *Sunico*; pero en el asunto *Rüffer* (STJ 16 diciembre 1980, as. C-814/79: *Staat der Nederlanden y Reinhold Rüffer*), en el que era la administración la demandante (al igual que en *Sunico*) también se mantuvo la relevancia de la naturaleza del crédito que servía de base para la acción a la hora de determinar la aplicabilidad del Convenio de Bruselas. En estas sentencias (*Rüffer* y *Lechouritou*) se sostuvo que con independencia de la naturaleza de la acción ejercitada, también debía ser considerada la del crédito u obligación que servía de base a ésta. En el caso *Rüffer* la acción de la administración pretendía obtener el resarcimiento de gastos efectuados en el ejercicio de una función soberana, la de control de los puertos y aguas interiores, lo que incluía el rescate de los pecios potencialmente peligrosos que se hallaran en ellas. En el asunto *Lechouritou* la reclamación contra la administración se fundamentaba en daños que habían sido infligidos por el Estado en el ejercicio de funciones soberanas. En ambas decisiones la incidencia del poder público en la relación que servía de base a la acción planteada afectaba a la aplicación del instrumento europeo (en ambos casos el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 y no el RB I). En *Sunico*, en cambio, el Tribunal de Luxemburgo opta por no dotar de relevancia a la naturaleza del daño que sirve de base a la demanda con el resultado de que un supuesto en el que probablemente debería haberse defendido la inaplicación del Reglamento se acaba por mantener que dicho instrumento resulta aplicable, y basándose para ello tan solo en la naturaleza de la acción ejercitada.

Aquí se encuentra, de acuerdo con nuestro criterio, la incoherencia de la decisión adoptada por el Tribunal de Luxemburgo en el caso *Sunico*. A la luz de la jurisprudencia existente, y dado que la reclamación tenía como base la indemnización de un daño derivado del incumplimiento de obligaciones tributarias, hubiera resultado más coherente defender aquí también la inaplicación del RB I. Recíprocamente, la proyección de la jurisprudencia *Sunico* sobre los casos *Rüffer* y *Lechouritou* implicaría, entendemos, que en ambas decisiones debería haberse concluido que el Convenio de Bruselas resultaría aplicable toda vez que la acción ejercitada era una acción de responsabilidad civil en el caso *Lechouritou* o una acción de repetición, en el caso *Rüffer* que se encontraba abierta tanto frente a las administraciones públicas como a los particulares (*Lechouritou*) o ejercitable tanto por las administraciones públicas como por los particulares (*Rüffer*).

No se advierte, por tanto, que la decisión en el caso *Sunico* sea coherente con las anteriores citadas; salvo que consideremos —y en esto sí que coinciden las tres— que en todas ellas el criterio que finalmente adoptó el Tribunal era el que favorecía las pretensiones del Estado al que se refería el supuesto. En el asunto *Rüffer* la administración competente de los Países Bajos pretendía obtener el reembolso de los gastos derivados del rescate de un pecio mediante una acción planteada ante tribunales holandeses. Estos tribunales se declararon incompetentes por considerar que de acuerdo con el art. 5.3º CB la competencia correspondía a los tribunales alemanes. Era de interés, por tanto, de los Países Bajos que no se aplicara el Convenio de Bruselas para así poder obtener el resarcimiento por los gastos del rescate ante sus propios tribunales. En el caso *Lechouritou* el evidente interés del Estado alemán era que el Convenio de Bruselas no resultara aplicable, puesto que de serlo resultarían competentes los tribunales griegos para conocer de la indemnización solicitada y la sentencia que pudiera obtenerse sería de obligada ejecución en Alemania. Finalmente, en el caso que nos ocupa, *Sunico*, la aplicación del RB I resultaba imprescindible para que pudiera mantenerse en Dinamarca el embargo de los bienes de los demandados, ya que fuera del Reglamento no habría manera de conseguir la eficacia en Dinamarca de la decisión que pudiera adoptarse en el Reino Unido. A la Hacienda británica le interesaba, por tanto, que el supuesto entrara en el ámbito de aplicación del RB I. Evidentemente, esta es una constatación que en nada debería afectar al

análisis de la decisión del Tribunal de Luxemburgo, pero no puede dejar de señalarse dadas las dificultades para incardinar esta Sentencia en la línea jurisprudencial existente.

5. La estricta consideración de la naturaleza de la acción y no de la relación de la que surge el crédito que pretende satisfacerse mediante el ejercicio de la acción es el aspecto más relevante de la Sentencia que comentamos; pero tiene también interés el análisis que hace el tribunal de la ausencia de ventajas procesales de la administración derivadas de su carácter de poder público. Tal como hemos adelantado, el Tribunal de Luxemburgo mantiene que estas ventajas no existen toda vez que no se han utilizado en el procedimiento pruebas obtenidas mediante el mecanismo de cooperación entre autoridades que regula el Reglamento (CE) nº 1798/2003. Se trata de un acercamiento a nuestro juicio excesivamente formal, ya que desconoce que el propio planteamiento de la acción puede depender de las informaciones obtenidas por medio de este mecanismo de cooperación. No existen elementos en la sentencia que nos permitan conocer exactamente en qué forma la administración tributaria del Reino Unido utilizó las informaciones obtenidas por dicho mecanismo de cooperación; pero probablemente hubieran sido relevantes a la hora de identificar a las personas que habían de ser demandadas y en el establecimiento de las relaciones entre ambas. No es descabellado pensar que una vez obtenidas tales informaciones ya podría recurrirse a mecanismos abiertos también a los particulares para confirmar los datos obtenidos previamente. Si esto hubiera sido así es claro que el procedimiento estaría condicionado por las ventajas que para la Hacienda británica se derivan de la posibilidad de recurrir a los mecanismos de cooperación entre autoridades públicas competentes en materia de IVA a los que no pueden recurrir los particulares y, por tanto, limitar la consideración de la existencia de una ventaja al desarrollo estricto del proceso supone un acercamiento formalista que favorece la posición de la administración en este caso y, entendemos, no resulta acorde con la lógica y fines del RB I.

6. No cabe duda de que en el caso en el que se inserta la Sentencia *Sunico* la Hacienda del Reino Unido ha dado muestras de una gran habilidad. Ante la existencia de una deuda tributaria no limita su actuación a las posibilidades que ofrece el Derecho fiscal sino que explora las posibilidades que le proporciona el Derecho civil. Estas posibilidades son especialmente interesantes en lo que se refiere a los posibles responsables de la defraudación domiciliados en el extranjero (Dinamarca) y con bienes en el extranjero. Ahora bien, el recurso al Derecho privado sería insuficiente si no se contara con el apoyo que ofrece el RB I. De lo que se indica en la sentencia se deriva que el Derecho de origen interno danés no ampararía el intento británico de convertir en una cuestión de puro Derecho privado una deuda tributaria. La consideración de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que había interpretado el art. 1 RB I (y antes del Convenio de Bruselas) quizás conduciría a la misma solución que el DIPr autónomo danés: la imposibilidad de reconocer como legítima la hábil estrategia de la Hacienda británica; pero, como hemos visto, el Tribunal de Luxemburgo no es de esta opinión y consagra la posibilidad de que el RB I sea utilizado por las administraciones para la recuperación de créditos que han surgido como consecuencia del ejercicio de su actuación *iure imperium*. La expresa exclusión en el Reglamento 1215/2012 de la responsabilidad de los Estados por actos derivados de su actuación como autoridad pública garantiza que esta nueva doctrina del Tribunal no pueda ser revertida para perjudicar a los Estados y beneficiar a los particulares.

La simetría no parece que sea un elemento esencial en el sistema Bruselas I.

2013/49.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 12 septiembre 2013. Asunto C–49/12. Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil.– Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.– Reglamento (CE) nº 44/2001: Art. 1, ap. 1.– Ámbito de aplicación.– Concepto de “materia civil y mercantil”.– Acción ejercitada por una autoridad pública.– Indemnización de daños y perjuicios por la participación de un tercero que no es sujeto pasivo del IVA en un fraude fiscal.

Normas aplicadas: Art. 1, ap. 1 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

29. Con su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende saber, esencialmente, si el concepto de “materia civil y mercantil”, en el sentido del art. 1, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001, debe interpretarse en el sentido de que engloba una acción en la que una autoridad pública de un Estado miembro reclama una indemnización de daños y perjuicios a unas personas físicas y jurídicas residentes en otro Estado miembro a fin de reparar el perjuicio causado por una conspiración para defraudar el IVA adeudado en el primer Estado miembro.

30. Sunico, que desea la continuación de los procedimientos seguidos ante el órgano jurisdiccional remitente, alega que una sentencia dictada por los tribunales del Reino Unido en el marco de la acción de indemnización ejercitada contra ella no pueda tener efectos vinculantes en Dinamarca. Según Sunico, tal sentencia no es ejecutoria en Dinamarca en virtud de lo dispuesto en el Reglamento nº 44/2001, ya que la demanda de daños y perjuicios de los Commissioners se basa en el hecho de que un tercero sujeto al IVA en el Reino Unido no ha pagado dicho impuesto, de manera que esa demanda se rige por el Derecho inglés en materia de IVA. Por lo tanto, en opinión de Sunico, tal acción no entra dentro del ámbito de aplicación de este Reglamento, dado que las acciones en materia fiscal están expresamente excluidas.

31. Los Commissioners, que han solicitado la suspensión de los procedimientos seguidos ante el órgano jurisdiccional remitente, alegan que una sentencia dictada por los tribunales del Reino Unido en el marco de una demanda de indemnización formulada contra Sunico debe ser ejecutoria en Dinamarca, en aplicación del Reglamento nº 44/2001 y del Acuerdo CE–Dinamarca.

32. Con carácter preliminar, procede recordar que, en la medida en que el Reglamento nº 44/2001 sustituye a partir de su entrada en vigor, en las relaciones entre los Estados miembros, al Convenio de 27 septiembre 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, “Convenio de Bruselas”), la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a las disposiciones de éste es igualmente válida para ese Reglamento cuando las disposiciones de éste y las del Convenio de Bruselas puedan calificarse de equivalentes (véase, en particular, S 11 abril 2013, Sapir y otros, C–645/11, ap. 31). Además, el cdo. 19 Reglamento nº 44/2001 señala que procede garantizar la continuidad en la interpretación entre el Convenio de Bruselas y dicho Reglamento.

33. A este respecto, es preciso hacer constar que el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001, al igual que el del Convenio de Bruselas, está circunscrito al concepto de “materia civil y mercantil”. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicho ámbito de aplicación se determina esencialmente en atención a los rasgos que caracterizan la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes del litigio o el objeto de éste (véanse, en particular, SS 18 octubre 2011, Realchemie Nederland, C–406/09, ap. 39, y Sapir y otros, ap. 32).

34. El Tribunal de Justicia ha considerado así que, si bien determinados litigios surgidos entre una autoridad pública y una persona de Derecho privado pueden estar comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001, la situación es distinta cuando la autoridad pública actúa en ejercicio del poder público (véase, en particular, S Sapir y otros, ap. 33 y jurisprudencia citada).

35. Para determinar si concurre esta circunstancia en un litigio como el que se examina en el procedimiento principal, procede examinar la fundamentación y las modalidades de ejercicio de la acción entablada por los Commissioners en el Reino Unido, ante la High Court of Justice (véanse, por analogía, SS 14 noviembre 2002, Baten, C–271/00, ap. 31, y 15 mayo 2003, Préservatrice foncière TIARD, C–266/01, ap. 23).

36. A este respecto, procede observar que el fundamento fáctico de la demanda interpuesta ante ese órgano jurisdiccional es el comportamiento pretendidamente fraudulento de Sunico y de los otros no

residentes demandados ante él, a quienes se reprocha haber participado, en el territorio del Reino Unido, en una cadena de operaciones de venta de mercancías destinada a organizar un mecanismo de evasión fiscal de tipo “carrusel del IVA”, que permitió la evasión del impuesto adeudado, en concepto de IVA repercutido, por un sujeto pasivo de este Estado miembro, y haber sido así los auténticos beneficiarios de las cantidades obtenidas mediante esta evasión fiscal.

37. En cuanto al fundamento jurídico de la demanda formulada por los Commissioners, la acción ejercitada por éstos contra Sunico se basa, no en la legislación del Reino Unido en materia de IVA, sino en la presunta participación de Sunico en una conspiración para defraudar a la que se aplica el Derecho de ese Estado miembro sobre responsabilidad civil delictual o cuasidelictual.

38. Igualmente, de la resolución de remisión se desprende que Sunico y los demás no residentes demandados ante la High Court of Justice no son sujetos pasivos del IVA en el Reino Unido, de manera que no están obligados al pago de este impuesto con arreglo a la legislación de ese Estado miembro.

39. Tal como han señalado la Comisión y el Gobierno del Reino Unido, en el marco de esta relación jurídica los Commissioners no ejercen poderes exorbitantes comparados con las reglas aplicables en las relaciones entre sujetos de derecho privado. En particular, como puso de relieve la Abogado General en el punto 44 de sus conclusiones, los Commissioners no tienen la facultad, como es habitual en el ejercicio de sus prerrogativas como poder público, de emitir ellos mismos el título ejecutivo que les permita reclamar el cobro de sus créditos, sino que, en un contexto como el del presente asunto, deben acudir para ello a la vía jurisdiccional ordinaria.

40. De ello se deduce que la relación jurídica existente entre los Commissioners y Sunico no es una relación jurídica basada en el Derecho público –en este caso, el Derecho tributario– que implique el recurso a prerrogativas de poder público.

41. Es cierto que, según la resolución de remisión, el importe reclamado por los Commissioners en concepto de daños y perjuicios equivale al importe del IVA adeudado, en concepto de IVA repercutido, por un sujeto pasivo de dicho impuesto en el Reino Unido. Sin embargo, el hecho de que la extensión de la responsabilidad civil delictual de Sunico frente a los Commissioners coincida con el importe del crédito tributario que éstos tienen frente a un sujeto pasivo no puede considerarse una prueba de que la demanda presentada por los Commissioners ante la High Court of Justice constituya un acto de ejercicio del poder público por parte de éstos frente a Sunico, ya que consta que la relación jurídica entre los Commissioners y Sunico se rige no por la legislación del Reino Unido en materia de IVA sino por la legislación de este Estado miembro sobre responsabilidad civil delictual o cuasidelictual.

42. Finalmente, por lo que respecta a la cuestión de si la solicitud de información que los Commissioners dirigieron a las autoridades danesas basándose en el Reglamento nº 1798/2003 antes de interponer su demanda ante la High Court of Justice afecta a la naturaleza de las relaciones jurídicas entre los Commissioners y Sunico, es preciso señalar que no se desprende de los documentos obrantes en autos de que dispone el Tribunal de Justicia que, en el procedimiento pendiente ante la High Court of Justice, los Commissioners hayan hecho uso de medios de prueba obtenidos gracias a sus prerrogativas de poder público. [...]

44. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión prejudicial que el concepto de “materia civil y mercantil”, en el sentido del art. 1, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001, debe interpretarse en el sentido de que engloba una acción en la que una autoridad pública de un Estado miembro reclama una indemnización de daños y perjuicios a unas personas físicas y jurídicas residentes en otro Estado miembro a fin de reparar el perjuicio causado por una conspiración para defraudar el IVA adeudado en el primer Estado miembro.

[THE COMMISSIONERS FOR HER MAJESTY’S REVENUE & CUSTOMS Y SUNICO APS,
M & B HOLDING APS, SUNIL KUMAR HARWANI]

**CONVENIOS EN QUE LOS ESTADOS MIEMBROS FUEREN PARTE Y QUE, EN
MATERIAS PARTICULARES, REGULAREN LA COMPETENCIA JUDICIAL, EL
RECONOCIMIENTO O LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES**

Juan José ÁLVAREZ RUBIO *

1. Esta decisión del TJ cierra el círculo a una ya asentada orientación jurisprudencial que modula el sentido y alcance de la regla de especialidad prevista en el art. 71 del Reglamento nº44/2001 (RB I) como cauce de fijación de una técnica de compatibilidad y de fijación de criterios para delimitar el bloque normativo aplicable (norma convencional frente a Derecho Europeo) en caso de concurrencia de ambas fuentes normativas sobre una cuestión litigiosa. Y el TJ lo hace de forma muy acertada, al consagrar una orientación finalista de esta clásica regla o criterio de especialidad que, lejos del sentido inicialmente previsto para la aséptica norma consagrada en el art. 57 del viejo Convenio de Bruselas de 1968, se inclina ahora por admitir la aplicabilidad y operatividad práctica de tal criterio de compatibilidad entre normas solo cuando el recurso al empleo de la norma convencional no frustre los objetivos previstos como troncales o básicos en el RB I.

El resultado de esta evolución jurisprudencial del TJ, decantada a través de diversos pronunciamientos vinculados al área del transporte internacional, se resume en la consideración de que el citado art. 71 RB I debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un convenio internacional sea interpretado de forma que no quede garantizado, en condiciones al menos tan favorables como las establecidas en dicho RB I, el respeto a los objetivos y principios que inspiran esta norma europea.

El TJ logra consolidar en este pronunciamiento judicial un canon o criterio hermenéutico de especial trascendencia, ya que aporta un “plus” adicional en la suma de elementos interpretativos en torno al alcance y *ratio* última de la vieja regla de especialidad, al estimar que la remisión contenida en el precepto en beneficio de los foros competenciales establecidos en los Convenios especiales (en este caso, el CMR, en materia de transporte de mercancías por carretera) forma parte, en realidad, del propio Reglamento (CE) nº 44/2001, por lo que al aplicar la norma convencional especial se está dando cumplimiento a las previsiones de dicha norma Comunitaria.

La sentencia debe interpretarse en el sentido de que el art. 71 RB I, en cuanto garante del cumplimiento del objetivo superior concretado en el “buen funcionamiento del mercado interior”, incide de forma directa en la aplicabilidad o no de “normas convencionales en materias particulares”, porque, de facto, tales Convenios podrán recibir aplicación si, además de cumplir con la premisa clásica de regular la competencia judicial o el reconocimiento y/o ejecución de decisiones judiciales en materias específicas o particulares, no alteran con su aplicación el buen funcionamiento del Reglamento. Ésta es la verdadera “catársis” interpretativa derivada de esta decisión del TJ. En particular, el TJ responde a la cuestión prejudicial planteada señalando que sólo pueden aplicarse las reglas de reconocimiento y ejecución previstas en los convenios especiales contemplados en el art. 71 RB I si se respetan los principios de libre circulación de las resoluciones y de confianza recíproca que inspiran dicha norma europea.

Esta decisión del TJ permite abordar definitivamente el estudio del art. 71 RB I en cuanto cauce normativo para la articulación de las relaciones entre dicho Reglamento y los Convenios elaborados en ámbitos materiales especiales (como el CMR en materia de transporte terrestre internacional de mercancías) y permite apreciar a su vez la interacción existente entre ambos bloques normativos, presidida por la operatividad de dicha regla de especialidad como solución básica ante el conflicto normativo, reafirmada ahora como principal valor contenido en la decisión del TJ, al que se añade la interacción entre ambos bloques derivada de la obligada observancia del principio de no alteración del buen funcionamiento del mercado interior, parámetro clave para apreciar y valorar la aplicabilidad de la norma convencional especial frente al Reglamento.

* Catedrático de DIPr UPV/EHU.

Tal regla de especialidad vino establecida como solución inicial en el art. 57 del Convenio de Bruselas de 1968. Este precepto, que fue completado y matizado en los sucesivos Convenios de Adhesión, otorgaba primacía en la aplicación a aquellas normas convencionales que aportaran una mayor aproximación a la problemática específica de cada sector de la codificación internacional con regulación de la competencia judicial internacional (directa y/o indirecta). El doble presupuesto que debía concurrir para la aplicación de tal regla se concretaba en que el Convenio en cuestión fuera calificable como especial, es decir, regulador de una "materia particular", y que a su vez contuviera una ordenación de la competencia judicial internacional o del reconocimiento o ejecución de resoluciones judiciales.

2. Inobjetable desde la lógica o dinámica interna del RB I (que, como es sabido, limita temporalmente el alcance de la norma a los Convenios que estuvieran ya en vigor en el momento de aprobación del Reglamento), el contenido de su art. 71 no consigue sin embargo resolver los múltiples supuestos prácticos que tal concurrencia de normas (convencionales y Comunitaria) genera, ante la atomizada estructura de los respectivos Convenios especiales. En el caso ahora planteado, la decisión del TJ no deja lugar a dudas y reafirma la extensión de la regla de especialidad del art. 71 como cauce inicial para solucionar los conflictos entre el propio Reglamento y los Convenios reguladores de la competencia judicial internacional en sectores específicos, pero delimita la extensión de tal regla de especialidad, relativiza su alcance y no admite una mera aplicación automática de la misma, al señalar de manera inequívoca, como pronunciamiento final, que

“El art. 71 Reglamento (CE) nº 44/2001 (...) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación del art. 31 CMR párrafo 2, según la cual una demanda de declaración negativa o una sentencia declaratoria negativa en un Estado miembro no tienen el mismo objeto y la misma causa que una acción de repetición ejercitada en otro estado miembro con motivo de los mismos daños y perjuicios entre las mismas partes del litigio o sus derechohabientes”.

La afirmación de la sentencia es clara: para interpretar una disposición de Derecho de la Unión debe tenerse en cuenta no sólo su tenor literal sino también su contexto y los objetivos perseguidos con la normativa de la que forme parte. Sobre la base de un principio general, basado en la idea-motor de que cuando el litigio está comprendido en el ámbito de aplicación de un Convenio especial, en principio conviene aplicar las reglas enunciadas en éste y no las establecidas en el RB I, la sentencia del TJ cita precedentes jurisprudenciales anteriores para sostener que el objetivo del art. 71 del citado Reglamento es que se respeten las reglas que fueron dictadas teniendo en cuenta las características específicas de una materia particular (*vid.*, en relación con el art. 57 Convenio de Bruselas, las SS 6 diciembre 1994, *Tatry*, C-406/92, ap. 24, y 28 octubre 2004, *Nürnberger Allgemeine Versicherung*, C-148/03, ap. 14).

Sin embargo, el factor relativizador, que se opone a un alcance e interpretación extensiva, ilimitada o absoluta de tal regla de especialidad es expresado con claridad por el TJ, al subrayar que dicho artículo no puede interpretarse en el sentido de que, en un ámbito comprendido en el RB I (como el transporte de mercancías por carretera) un Convenio especial –como el CMR– pueda conducir a resultados menos favorables para la realización del buen funcionamiento del mercado interior que aquéllos a los que dan lugar las disposiciones del mencionado Reglamento.

Tal afirmación, coherente con los objetivos del RB I, permite afirmar que pese a la prioridad conferida a favor de la aplicación de la norma convencional especial (en este caso, el art. 31 CMR), tal precepto convencional sólo puede aplicarse en el seno de la Unión si permite alcanzar los objetivos de libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil así como el de la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión en condiciones al menos tan favorables como las resultantes de la aplicación del RB I.

3. Conforme a la doctrina jurisprudencial que consolida esta sentencia del TJ, no puede afirmarse que la Unión esté vinculada de forma incondicional por las reglas de la competencia judicial, de reconocimiento y ejecución previstas en el CMR. Al contrario, de la interpretación del art. 71 RB I que realiza el TJ en esta sentencia se desprende que las mencionadas reglas establecidas en el CMR sólo podrán aplicarse en el seno de la Unión si se respetan los principios que inspiran dicho Reglamento. Se abre por

tanto un margen de discrecionalidad judicial en la aplicación de la regla de especialidad, que deberá ser objeto de concreción en cada supuesto litigioso a través de un juicio valorativo, a modo de canon hermenéutico clave para decidir qué norma ha de recibir aplicación y que deberá sustentarse en la apreciación de si las normas contenidas en la norma convencional especial presentan un alto grado de previsibilidad, facilitan una buena administración de justicia y permiten reducir al máximo el riesgo de procedimientos paralelos y además garantizan, en condiciones al menos tan favorables como las previstas en el mencionado Reglamento, la libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil y la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión.

4. La sentencia del TJ aporta así elementos de enorme interés y clarificación en el marco del debate doctrinal y práctico abierto en torno al alcance y significado de la regla de especialidad contenida, cuya función es servir como cauce normativo para articular las relaciones entre dicha normativa europea y los elaborados en otros específicos ámbitos del Derecho convencional, y su relación, desde la lógica interna del Reglamento, con el resto de preceptos del mismo.

La decisión del TJ permite defender una correcta línea de interpretación integrada en relación al alcance del precepto, acorde con la sistemática, los objetivos y la finalidad del Reglamento y constituye un pronunciamiento judicial definitivamente aclaratorio sobre el sentido de la norma.

De inicio, el tenor de la regla contenida en el art. 57 Convenio de Bruselas de 1968 (ahora contenida en el art. 71 RB I) supuso incorporar un factor de fragmentación o aparente dispersión en la selección de la norma aplicable en materia de competencia judicial internacional, toda vez que provocaba indirectamente una multiplicación o atomización de los foros competenciales potencialmente aplicables en el marco normativo Comunitario. En este contexto, de relación entre los diversos bloques normativos en presencia, cobra especial relieve el pronunciamiento efectuado ahora por el TJ, al delimitar el alcance de la regla de especialidad, que no se configura como un criterio de simple subordinación o de remisión global, al estilo de lo dispuesto en el art. 30.2º Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. El contenido del precepto Comunitario viene a representar una traslación del principio *lex specialis derogat generalis*, regla que no persigue, en este caso, establecer una remisión global a la norma convencional especial.

En todo caso, la sentencia revela de nuevo en qué medida tal genérica regla de especialidad no soluciona toda la compleja problemática derivada de la frecuente concurrencia de bloques normativos y permite anticipar una primera conclusión: la solución contenida en el art. 71 RB I no opera como una referencia *in toto* a las normas convencionales especiales, sino que responde a una sistemática acorde a una remisión no global. Es decir, tal regla de especialidad y la remisión que incorpora llega o abarca en principio hasta donde alcance la regulación contenida en el Convenio especial.

Tal y como destacó el *Informe Schlosser*, pese a admitir que la regla general es que la normativa Comunitaria representa la regulación común válida para todos los Estados miembros, de forma que siempre que no exista regulación específica en los Convenios especiales el Derecho Comunitario primará en su aplicación, el grupo de expertos no quiso prejuzgar la respuesta a la cuestión de si el mencionado principio podía efectivamente aplicarse de forma consecuente en todas sus implicaciones. Y la sentencia ahora comentada pone de manifiesto y resuelve esta incógnita en sentido favorable a la aplicación preferente del Convenio especial pero de forma matizada, ya que deberán respetarse los principios y la *ratio* última del RB I.

5. La conclusión que cabe inferir de la sentencia del TJ es que deberá individualizarse cada norma convencional en particular y verificar la concurrencia de los presupuestos señalados en la sentencia. Si alguno de tales presupuestos no concurre, no se aplicará tal regla de especialidad, y entrarán en juego las reglas "comunes" de competencia establecidas en el propio RB I.

Parece pues fuera de toda duda, y la sentencia del TJ lo confirma, que las relaciones entre los diversos bloques convencionales en presencia deben interpretarse, de acuerdo con el art. 71 RB I, en términos de integración recíproca. De esta forma se logra coordinar la plena legitimidad del recurso a las reglas competenciales sentadas en los Convenios especiales con la necesaria aplicación de las

disposiciones del Reglamento para colmar las eventuales lagunas existentes en tales normas convencionales especiales y para garantizar en todo caso el cumplimiento de los objetivos previstos en el Derecho de la UE, en términos de aportar un alto grado de previsibilidad, facilitar una buena administración de justicia, reducir al máximo el riesgo de procedimientos paralelos y garantizar, en condiciones al menos tan favorables como las previstas en el Reglamento, la libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil y la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión.

En conclusión, la sentencia debe interpretarse en el sentido de que el art. 71 RB I, en cuanto garante del cumplimiento del objetivo superior concretado en el “buen funcionamiento del mercado interior”, incide de forma directa en la aplicabilidad o no de “normas convencionales en materias particulares”, porque, de facto, tales Convenios podrán recibir aplicación si, además de cumplir con la premisa clásica de regular la competencia judicial o el reconocimiento y/o ejecución de decisiones judiciales en materias específicas o particulares, no alteran con su aplicación el buen funcionamiento del Reglamento.

2013/50.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 19 diciembre 2013. Asunto C-452/12.
Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil y mercantil.– Reglamento (CE) n° 44/2001: Arts. 27, 33 y 71.– Litispendencia.– Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.– Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR): Art. 31, párrafo 2.– Concurso de normas.– Acción de repetición.– Acción declarativa negativa.– Sentencia declarativa negativa.

Normas aplicadas: Art. 71 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 31.2° Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), de 19 mayo 1956.

[...]

Primera cuestión prejudicial

34. *Mediante su primera cuestión, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el art. 71 Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un convenio internacional sea interpretado de manera que menoscabe los objetivos de dicho Reglamento y los principios en que se inspira.*

35. *Debe señalarse que el Tribunal de Justicia ya ha respondido a esta cuestión en su jurisprudencia.*

36. *En efecto, este Tribunal ha declarado que, si bien no se discute que el art. 71 del citado Reglamento dispone que, en las materias reguladas por convenios especiales, como es el caso del CMR, se apliquen estos últimos, dicha aplicación no puede menoscabar los principios que inspiran la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la UE, como los principios – recordados en los considerandos sexto, undécimo, duodécimo y decimoquinto a decimoséptimo de dicho Reglamento– de libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil, de previsibilidad de los órganos jurisdiccionales competentes y, por consiguiente, de seguridad jurídica para los justiciables, de buena administración de justicia, de reducción al máximo del riesgo de procedimientos paralelos y de confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión (véase S TNT Express Nederland, ap. 49).*

37. *El art. 71 Reglamento n° 44/2001 no puede tener un alcance que pugne con los principios que inspiran la normativa de la que forma parte. Por lo tanto, dicho artículo no puede interpretarse en el sentido de que, en un ámbito comprendido en el citado Reglamento, como el transporte de mercancías por carretera, un convenio especial –como el CMR– pueda conducir a resultados menos favorables*

para la realización del buen funcionamiento del mercado interior que aquellos a los que dan lugar las disposiciones del mencionado Reglamento (S TNT Express Nederland, ap. 51).

38. Por consiguiente, los preceptos correspondientes del CMR sólo pueden aplicarse en el seno de la Unión si permiten alcanzar los objetivos de libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil, así como el de la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión en condiciones al menos tan favorables como las resultantes de la aplicación del Reglamento nº 44/2001 (véase, en este sentido, S TNT Express Nederland, ap. 55).

39. Por lo tanto, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 71 del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un convenio internacional sea interpretado de forma que no quede garantizado, en condiciones al menos tan favorables como las establecidas en dicho Reglamento, el respeto de los objetivos y principios que inspiran este Reglamento.

Segunda cuestión prejudicial

40. Mediante su segunda cuestión, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el art. 71 Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación del art. 31 del CMR, párrafo 2, según la cual una acción declarativa negativa o una sentencia declarativa negativa en un Estado miembro no tienen el mismo objeto y la misma causa que una acción de repetición ejercitada a raíz de los mismos daños y perjuicios entre las mismas partes del litigio o sus derechohabientes en otro Estado miembro.

41. Para responder a esta cuestión, y a la vista de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, debe examinarse si tal interpretación del art. 31 del CMR, párrafo 2, garantizaría, en condiciones al menos tan favorables como las establecidas en el art. 27 o mediante otros preceptos del Reglamento nº 44/2001, el respeto de los objetivos y principios que lo inspiran.

42. A este respecto, hay que recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del art. 27 Reglamento nº 44/2001, 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 –como la acción de repetición en el procedimiento principal– tiene la misma causa y el mismo objeto que una demanda anterior mediante la que se solicita que se declare que el demandante no es responsable de tal perjuicio (véase, en este sentido, la sentencia Tatty, ap. 45, y S 25 octubre 2012, Folien Fischer y Fofitec, C-133/11).

43. En el caso de autos, se ha ejercitado una acción de repetición ante el tribunal remitente después de dictarse, a efectos de lo señalado en el art. 31, párrafo 2, del CMR, una sentencia del Rechtbank te Haarlem que contenía un pronunciamiento declarativo negativo basado en los mismos datos de hecho y de Derecho y referido a las mismas partes.

44. Es preciso concluir que la interpretación de ese precepto del CMR, según la cual dicha acción y la citada sentencia no tienen la misma causa y el mismo objeto, no garantizaría, en condiciones tan favorables como las establecidas en el Reglamento nº 44/2001, el respeto del objetivo de reducción al máximo del riesgo de procedimientos paralelos, que es, como se ha recordado en el ap. 36 de esta sentencia, uno de los objetivos y principios que inspiran la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la Unión.

45. A este respecto, es irrelevante que la sentencia del Rechtbank te Haarlem, haya adquirido firmeza poco tiempo después de ejercitarse la acción de repetición ante el tribunal remitente; es decir, en noviembre de 2010 según la resolución de remisión o, como se sostuvo por DTC en la vista, el 1 mayo 2011.

46. La firmeza adquirida por dicha sentencia implica que, si el asunto hubiera estado regulado por lo dispuesto en el Reglamento nº 44/2001 y no por lo dispuesto en el CMR, habrían sido aplicables no sólo las normas de ese Reglamento en materia de litispendencia, sino también las relativas al reconocimiento y, en particular, el art. 33 del citado Reglamento.

47. Ahora bien, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, en el seno de la Unión sólo pueden aplicarse las reglas de reconocimiento y de ejecución previstas en los convenios especiales contempla-

dos en el art. 71 Reglamento nº 44/2001 –como las que se desprenden del art. 31 CMR, párrafo 2– si se respetan los principios de libre circulación de las resoluciones y de confianza recíproca en la justicia que inspiran dicho Reglamento (véase, en este sentido, S TNT Express Nederland, ap. 54 y la jurisprudencia allí mencionada).

48. Esos principios no serían respetados en condiciones al menos tan favorables como las establecidas en el Reglamento nº 44/2001 si el art. 31 del CMR, párrafo 2, se interpretara en el sentido de que una resolución declarativa negativa en un Estado miembro no tiene el mismo objeto y la misma causa que una acción de repetición ejercitada con motivo de los mismos daños y perjuicios entre las mismas partes del litigio o sus derechohabientes en otro Estado miembro.

49. A la vista de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el art. 71 Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación del art. 31 CMR, párrafo 2, según la cual una demanda de declaración negativa o una sentencia declaratoria negativa en un Estado miembro no tienen el mismo objeto y la misma causa que una acción de repetición ejercitada en otro Estado miembro con motivo de los mismos daños y perjuicios entre las mismas partes del litigio o sus derechohabientes.

[NIPPONKOA INSURANCE CO. (EUROPE) LTD. Y INTER-ZUID TRANSPORT BV]

EXTRANJERÍA

EL TRIBUNAL SUPREMO ANULA DETERMINADOS PRECEPTOS DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA, APROBADO POR EL RD 557/2011, DE 20 DE ABRIL

2013/51.– Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Tercera, Sentencia de 12 marzo 2013. Ponente: Excmo. Sr. Manuel Campos Sánchez-Bordona. BOE, 24-IV-2013; RJ2013\7139.

Extranjeros.–Impugnación RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.–Naturaleza jurídica de las devoluciones.–Renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena: supuestos y condiciones para renovar dichas autorizaciones una vez expiradas.–Obtención de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, sin necesidad de visado.–Atribución a las misiones diplomáticas u oficinas consulares españolas en el exterior la competencia en materia de admisión a trámite de procedimientos iniciados en el extranjero.–Contratación de trabajador extranjero no residente en España.–Denegación de la autorización: facultad para interponer recurso: sujetos legitimados.

Normas aplicadas: RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000.

[...] La “devolución” a la que se refiere el art. 58.3º LO 4/2000 (para cuya adopción “no será preciso expediente de expulsión”) puede acordarse únicamente, como ya hemos expuesto, contra los extranjeros a) que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; o b) que pretendan entrar ilegalmente en el país.

Aunque el término “devolución” pudiera suscitar algún equívoco en relación con su opuesto (existe un principio de “no devolución” de los extranjeros al que aluden el art. 57 de la misma Ley 4/2000, las normas internacionales y nacionales sobre protección humanitaria y la Directiva 2008/115/CE, de 16 diciembre 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular) es el que usan los dos textos normativos y el que emplearemos en la sentencia. En cuanto figura jurídica con contornos propios difiere tanto de la expulsión de los extranjeros como del rechazo o denegación de

entrada en nuestro país (art. 26 4/2000). Y se enmarca en el más amplio concepto de “retorno” de los extranjeros en situación irregular que emplea la citada Directiva 2008/115/CE.

Si bien englobadas bajo un mismo término, las medidas u órdenes de “devolución” de extranjeros previstas en las dos hipótesis del art. 58.3º LO 4/2000 responden a dos realidades diferenciadas, con perfiles propios cada una.

A) Cuando se ordena la “devolución” del extranjero que fue expulsado y ha vuelto a nuestro país contraviniendo la prohibición, para él vigente, de entrar en España, dicha “devolución” no es sino un acto de ejecución material de aquella prohibición y carece de sustantividad sancionadora autónoma. Así lo ha declarado esta Sala en sentencias –cierto que relativas a versiones precedentes de la Ley de Extranjería– como la de 14 noviembre 2001 (recurso de casación 7924/1997) en la que afirmamos lo que sigue:[...]

Mantenemos esta misma doctrina (por lo demás, ya sentada por nuestra S 25 junio 1980) que no consideramos desvirtuada por los cambios normativos introducidos en la legislación de extranjería. La naturaleza jurídica de este primer tipo de órdenes de devolución es la correspondiente a una medida que se limita a ejecutar en sus propios términos un acto administrativo previo y aún vigente, aquel que impedía a su destinatario entrar en España. No se trata, pues, de una “sanción” adicional, autónoma, sino del mero cumplimiento de una orden preexistente cuya eficacia permanece inalterada.

B) Las órdenes de devolución contra los extranjeros “que pretendan entrar ilegalmente en el país” se aproximan más, sin embargo, a las medidas administrativas de rechazo o denegación de entrada que adoptan –pueden adoptar– los funcionarios encargados del control en los puestos fronterizos. El art. 23.2º del Reglamento aprobado por el RD 557/2011 considera incluidos entre los extranjeros sujetos a devolución por este título a los “[...] que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones”, sin mayores precisiones geográficas o temporales (no siendo esta previsión reglamentaria objeto del presente recurso).

Este segundo género de órdenes de “devolución” tampoco tienen carácter sancionador. En sí mismas consideradas no son sino medidas impeditivas de la entrada ilegal en España frente a quienes “pretendan” eludir la preceptiva entrada por los puestos de control fronterizos. Si quienes optan por la “entrada legal” a través de dichos puestos pueden verse rechazados, sin que ello constituya una sanción administrativa, ese mismo rechazo o denegación de entrada –ahora convertido en “devolución”– puede aplicarse a quienes sean aprehendidos, en la misma frontera o en sus inmediaciones, cuando intentan burlar el control reglamentario. No existe, a nuestro juicio, diferencia sustancial entre un supuesto y otro desde la perspectiva de su naturaleza jurídica aun cuando en la Ley 4/2000 ambos tengan un régimen diferenciado: se trata de actuaciones administrativas enmarcadas en la lógica propia de un sistema de control de entrada de los extranjeros en España, no en la del ejercicio del ius puniendi del Estado.

De hecho, la asimilación de ambas figuras subyace también en el art. 2 Directiva 2008/115/CE, a tenor del cual se permite a los Estados miembros no aplicarla “a los nacionales de terceros países a los que se deniegue la entrada con arreglo al art. 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro”.

Por lo demás, y finalmente, el carácter no sancionador de las órdenes de devolución, en sí mismas consideradas, ha sido expresamente reconocido en la reciente STC nº 17/2013, de 31 de enero, al pronunciarse sobre el recurso de inconstitucionalidad nº 1024–2004, interpuesto por el Letrado del Parlamento Vasco contra diversos preceptos de la LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000. Las entidades recurrentes, aun no compartiendo esta parte del pronunciamiento, reconocen que con ello queda “definitivamente zanjada la cuestión” (escrito de 21 febrero 2013). [...]

Aun rechazado el carácter sancionador de las devoluciones, no por ello era del todo desdeñable el argumento de que la prohibición de entrada en España al extranjero contra quien se ha dictado una orden de “devolución” constituye una restricción o limitación de derechos que, por ir más allá del restablecimiento de la legalidad inherente a la propia devolución, pudiera tener carácter sancionador.

Tiene en su contra, sin embargo, el reconocimiento ya consolidado de que no existe propiamente un derecho del extranjero a entrar en España fuera de los supuestos legales. Aun así, es cierto que en alguna sentencia de esta Sala (la de 25 mayo 2004, dictada en el recurso de casación número 4567/2000), con relación a la Ley de 1985 y a la falta de audiencia del interesado, ya habíamos afirmado que la prohibición de entrada en territorio español tenía “naturaleza sancionadora, donde la audiencia del interesado alcanza el valor de trámite esencial”.

Esta es la tesis que ha prosperado en la sentencia constitucional 17/2013, a la que antes nos referíamos, cuyo fundamento jurídico duodécimo afirma que “[...] tal prohibición de entrada no forma parte, en sí misma de la decisión administrativa que se expresa en la orden de devolución y presenta, por ello, una naturaleza diferente, propia de una sanción administrativa impuesta como consecuencia de una concreta conducta, el incumplimiento de las condiciones para la entrada y permanencia en España”. [...]

[...]Desde esta segunda perspectiva, y pese a lo que pudiera parecer a primera vista, las órdenes de prohibición de entrada en nuestro país de quienes pretendan entrar en él de modo ilegal, aun cuando tengan el carácter sancionador que el Tribunal Constitucional les ha reconocido, sólo resultan inconstitucionales, según la tesis aceptada por dicho Tribunal, si su adopción no viene precedida del procedimiento adecuado. Quiérese decir que, en sí mismas, subsisten como medidas válidas de reacción del Estado frente al intento de entrada ilegal de los extranjeros. Que dicha reacción puede no limitarse al “retorno” –en este caso devolución– del extranjero, sino también al establecimiento de una prohibición adicional de entrada durante un período temporal determinado (con las garantías que sean precisas, repetimos) es algo que, además, se deriva no ya de la legislación española sino del hecho, que hemos calificado de relevante, de la incorporación a ella de las disposiciones normativas que tienden a implantar un sistema armonizado europeo de lucha contra la emigración irregular. [...]

[...] Siendo todo ello así, negado el carácter sancionador de las órdenes de devolución propiamente dichas y admitida, aun cuando sólo fuera por aplicación de la Directiva 2008/115/CE, la validez –y aun la exigencia– de las prohibiciones de entrada a ellas anejas (cuando vinieran precedidas, en España, de las garantías que exige el Tribunal Constitucional), y no discutidos en el recurso los tiempos a que pueden elevarse dichas prohibiciones, estimamos que nada impide que el dies a quo del cómputo de los plazos para su “prescripción” sea el que fijan los preceptos reglamentarios impugnados, sin que necesariamente hayan de atenerse a lo dispuesto de modo supletorio para las sanciones administrativas en la Ley 30/1992.

Dicho plazo de prescripción no es, en definitiva y pese a su tenor literal, sino una mera limitación temporal de la eficacia del acto de modo que, transcurrido un determinado tiempo, aquél deja de ser ejecutable. Lo que en realidad el titular de la potestad reglamentaria ha decidido al aprobar, con una expresión quizás no demasiado acertada, el artículo impugnado del Reglamento y autolimitar las propias facultades gubernativas, es que las órdenes de devolución expiran en los dos supuestos ya referidos: esto es, carecen sobrevenidamente de eficacia si transcurren cinco años a partir del momento en que finalizó “el periodo de prohibición de entrada reiniciado” (para la primera hipótesis) o dos años a partir del final del periodo de prohibición de entrada determinado en la orden misma de devolución (para la segunda hipótesis).

Dado que el precepto impugnado (ap. 7º del art. 23) del Reglamento se limita a fijar el “plazo de prescripción de la resolución de devolución” y que estas últimas resoluciones no constituyen una modalidad de ejercicio del ius puniendi del Estado, no cabe aplicarles el sistema “común” de la Ley 30/1992 sobre el inicio de los plazos de prescripción fijados para las sanciones administrativas en general.

Por lo demás, ello produciría consecuencias contradictorias con las medidas mismas. Respecto de la segunda hipótesis a debate, única que podría suscitar reparos por la aplicación de la sentencia constitucional 17/2013 (cuyo pronunciamiento de inconstitucionalidad sólo afecta a las prohibiciones de entrada inherentes a las devoluciones acordadas frente a quienes “pretendan entrar ilegalmente en el país”, no a las inherentes a la devolución de quienes, una vez expulsados, han contravenido la prohibición de entrada previamente adoptada), respecto de esta segunda hipótesis, decimos, el alegato de las

entidades demandantes conduce a un resultado ilógico y contradictorio: implicaría, por ejemplo, que a los dos años, contados desde el momento en que se dicta y gana firmeza en vía administrativa, expiraría (“prescribiría”) una orden de devolución acompañada de la prohibición de entrada por un tiempo de duración de tres años. Es decir, con esta manera de computar el dies a quo la “sanción” prescribiría antes incluso de que finalizase el tiempo de prohibición en ella impuesto, lo que es contrario a la propia “sanción” y a la lógica jurídica. El sentido y el objetivo de la prohibición de entrada, temporalmente extensible –y no discutido en este litigio– a cinco o tres años, hace incompatibles con ella sistemas de determinación del día inicial como el que auspicia la demanda por remisión a las normas generales de la Ley 30/1992. [...]

Como refiere el precepto reglamentario son las consignadas en los arts. 31 bis (“mujeres extranjeras víctimas de violencia de género”), 59 (“colaboración contra redes organizadas”), 59 bis (“víctimas de la trata de seres humanos”) o 68.3º (arraigo demostrado) de la LO 4/2000, de 11 de enero. Para estas hipótesis singulares el Reglamento dispone en su art. 241.2 que la medida de expulsión no ejecutada “será revocada siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales”.

La pretensión de los recurrentes es que la misma previsión de revocar, excepcionalmente, la expulsión en los casos referidos se aplique tanto si la medida de expulsión no fue ejecutada (sólo a esta hipótesis se remite el Reglamento) como si lo fue. No impugnan, pues el Reglamento tanto por lo que dice, pues están de acuerdo en que se revoquen las órdenes de expulsión no ejecutadas, como por lo que omite. Y aducen en favor de su tesis el designio de protección de las víctimas que inspira los arts. 31 bis, 59 y 59 bis LO 4/2000, en su versión reformada de 2009 (por razones temporales no pueden alegar la versión de algunos de dichos preceptos que contiene la LO 10/2011, pero ello no altera significativamente el debate sobre este punto).

El Reglamento no impide que los extranjeros con órdenes de expulsión ya ejecutadas insten su revocación si concurren en ellos las circunstancias excepcionales cuya existencia implica, a juicio del legislador orgánico, una situación especialmente protegible. Tampoco impide que la revocación se haga, en los mismos casos, por iniciativa de las propias autoridades. Se limita, más escuetamente, a regular la situación de los extranjeros que, permaneciendo en España pese a una orden de expulsión (no ejecutada, por lo tanto), sean “mujeres víctimas de violencia de género”, víctimas de trata de personas, colaboren contra redes de criminalidad organizada o tengan un determinado grado de arraigo social en nuestro país, y soliciten la autorización de residencia. Pero, repetimos, no contempla otro supuesto diferente cual es el de aquellos extranjeros que ya han sido objeto de expulsión efectiva, sin que para ellos el precepto impugnado prohíba en modo alguno la posibilidad de instar la revocación de su expulsión, siempre en el marco de los procedimientos incoados para obtener la autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

No es posible, pues, acceder a la demanda en este punto, sin perjuicio –repetimos– de que se deje abierta la posibilidad de instar y acordar, también para los supuestos de órdenes de expulsión ejecutadas, la misma revocación. [...]

El art. 258 del Reglamento regula el ingreso de los extranjeros en los centros de internamiento. Su apartado sexto dispone que, durante la estancia en ellos, los extranjeros estarán en todo momento a disposición del órgano jurisdiccional que lo autorizó. El precepto reglamentario añade –y este es el inciso impugnado– que la autoridad gubernativa deberá comunicar al juez “cualquier circunstancia en relación con la situación de aquél que pudiera determinar la variación de la decisión judicial relativa a su internamiento”.

De nuevo el recurso contra esta parte del Reglamento no defiende su anulación por lo que dice (pues, una vez más, los recurrentes están de acuerdo en que se comuniquen al juez las informaciones a las que se remite el precepto) sino porque, a su juicio, debería ser transmitida al órgano jurisdiccional “cualquier [otra] circunstancia que afecte al internado”, conforme dispone el art. 60.3º LO 4/2000.

La impugnación no puede ser aceptada. El art. 60.3º LO 4/2000 (tras su reforma por la Ley 2009) prescribe, en efecto, que el extranjero durante su internamiento se encuentre en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó y que a ésta le sea comunicada “cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados”. La dicción legal debe entenderse referida a circunstancias que puedan tener una cierta relevancia jurídica y no a otras nimias o triviales que en nada afecten a las causas del internamiento ni a las facultades del juez sobre la situación de los internos. En otro caso el juzgado competente se vería inundado con la comunicación constante de posibles novedades relativas, por ejemplo, a las actividades sociales de los extranjeros dentro de los lugares de internamiento. Es claro que estas o análogas circunstancias ningún interés tienen para el juez que ha de controlar la legalidad de la permanencia en la situación de internamiento.

El Reglamento desarrolla en este punto la LO 4/2000 conforme a su sentido lógico. La autoridad judicial que autorizó el internamiento debe conocer las circunstancias ulteriores aptas para influir en la situación jurídica de los extranjeros internados, pero no otras ajenas a su ámbito de competencias jurisdiccionales. El hecho de que el extranjero internado se encuentre a disposición de la autoridad judicial implica, repetimos, que deban ponerse en conocimiento del juez las circunstancias o hechos relevantes que afecten a aquél y tengan relación con la decisión judicial de internamiento, que es en definitiva lo que dispone la norma reglamentaria impugnada. Y no debe olvidarse, por lo demás, que los extranjeros internados tienen abierta la posibilidad de dirigirse al juez para darle a conocer los hechos que estimen oportunos y formular las peticiones o quejas que quieran suscitar en relación con ellos (art. 62.6º LO 4/2000). [...]

[...] La norma legal supuestamente vulnerada (el apartado primero de la Disposición adicional cuarta, ap. 1, de la Ley 4/2000) ciertamente expone una serie detallada de motivos – ocho – de inadmisión a trámite de las solicitudes presentadas, cuyos reparos de inconstitucionalidad han sido rechazados en la sentencia constitucional 17/2013. Se trata de causas –de diversa naturaleza, formales o no– que justifican el rechazo a limine de las solicitudes “relativas a los procedimientos regulados en esta Ley”. Rechazo o inadmisión preliminar que, según la referida disposición adicional, corresponde a las mismas autoridades que serían “competentes para resolver” el fondo de aquellas solicitudes, si hubieran superado el obstáculo inicial.

Es cierto que la Ley 4/2000 no contiene propiamente una reserva competencial de carácter general a favor de unas autoridades (las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, o cualquier otro órgano administrativo) frente a otras (las oficinas consulares o misiones diplomáticas) para resolver según qué procedimientos de extranjería, bien sea en fase liminar o en las ulteriores. Ahora bien, el criterio general que recoge la Disposición adicional cuarta es que, sea quien sea el órgano competente para resolver el fondo, lo es también para inadmitir a limine. Y salvo que este criterio esté exceptuado en algunos otros preceptos singulares de la Ley (como sucede, por ejemplo, en el caso de los visados) el Reglamento no puede establecer una ruptura generalizada entre los órganos que han de resolver y los que pueden, al margen de aquéllos, inadmitir. El motivo impugnatorio, pues, debe ser estimado.

Las asociaciones recurrentes limitan su impugnación a aquellos supuestos “en los que un procedimiento administrativo se inicia en el extranjero pero se resolvería en territorio nacional por el órgano competente”. Ellas mismas admiten que su reproche no se dirige frente al resto de procedimientos (por ejemplo, los incoados en virtud de las solicitudes de visados de tránsito) cuya resolución final corresponda a la propia misión diplomática u oficina consular. En concreto, enumeran como procedimientos en los que, a su juicio, no cabría asignar a las oficinas consulares o misiones diplomáticas la inadmisión a limine de las correlativas solicitudes los que conducen a la obtención de las siguientes autorizaciones: las de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales y servicios de voluntariado; las de residencia temporal no lucrativa; las de residencia temporal y trabajo por cuenta propia; y, en fin, las de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo cuando la persona extranjera no sea residente en España y siempre que la duración prevista de la actividad sea superior a 90 días.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y EJCUCIÓN

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DIPLOMÁTICOS Y CONSULARES ACREDITADOS EN ESPAÑA

2013/52.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoprimera, Auto nº 67/2013 de 5 febrero 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Ripoll Olazábal. JUR/2013/92602.

Inmunidad de jurisdicción.– Declinatoria.– Procedimiento monitorio contra una Embajada extranjera acreditada en España.– Nulidad de actuaciones (LECiv/2000): infracción de normas procesales: estimación: por falta de resolución del recurso de reposición: aplicación del Convenio de Viena de 24 abril 1963 sobre Relaciones Consulares, el ámbito de las funciones notariales de los funcionarios diplomáticos consulares, y en su caso la subsanabilidad o no del requisito de aportación del poder general para pleitos.

Normas aplicadas: Art. 21.2º LOPJ; art. 5 Convenio sobre Relaciones Diplomáticas de Viena de 18 abril 1961.

[...]

Lo primero que se plantea en el recurso de apelación interpuesto por Expotrade SA es una infracción de los arts. 451, 452 y 453 LEC, al no haberse resuelto el recurso de reposición formulado, interesando en el suplico del recurso la revocación del auto para que se resuelva por el Juzgado con carácter previo a la declinatoria el recurso de reposición, lo que supone implícitamente solicitar la correspondiente nulidad de actuaciones a los efectos de los arts. 227.2º LEC y 240 LOPJ.

A juicio del Tribunal, tal petición debe prosperar, lo que implica la estimación del recurso de apelación interpuesto y la revocación del auto recurrido, dejándolo sin efecto, para que primeramente se resuelva por el Juzgado el recurso de reposición interpuesto por Expotrade S.A. contra la diligencia de ordenación de 6 marzo 2012.

La cuestión a resolver por el juzgado es delicada, lo que sustenta la decisión del Tribunal de dejar sin efecto el auto recurrido para que se resuelva el recurso de reposición interpuesto, pues entra en juego el Convenio de Viena de 24 abril 1963 sobre Relaciones Consulares, el ámbito de las funciones notariales de los funcionarios diplomáticos consulares a que se refiere el art. 5 de dicho Convenio, y en su caso la subsanabilidad o no del requisito de aportación del poder general para pleitos.

Ante un procedimiento judicial a tramitar en España podrían presentarse las tres siguientes situaciones: a) Poder general para pleitos otorgado por un ciudadano español ante un consulado de España en el extranjero. B) Poder general para pleitos otorgado por un ciudadano extranjero ante el consulado de su país en un estado extranjero. C) Poder general para pleitos otorgado por un ciudadano extranjero ante el consulado de su país en España. Cada una de ellas parece tener una solución legal distinta, pero corresponde al Juzgado decidir, con absoluta libertad de criterio, el recurso de reposición formulado contra la diligencia de ordenación de 6 marzo 2012, dando después el trámite adecuado al procedimiento.

[EXPOTRADE S.A. / EMBAJADA DEL ESTADO DE QATAR EN ESPAÑA]

2013/53.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimonovena, Sentencia nº 408/2013 de 18 noviembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ruiz Jiménez. JUR\2014\64051.

Competencia de jueces y tribunales: competencia de los tribunales españoles: improcedencia: inmunidad de jurisdicción respecto a la demandada Estado Árabe de Siria: compraventa: sumisión a arbitraje.

Normas aplicadas: Art. 21.1º LOPJ; Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

La cuestión que plantea la resolución que se recurre, es si puede un Tribunal español condenar a un Estado extranjero dentro de un proceso civil. Se añade a lo dicho, que en el contrato de compraventa, base de la reclamación que se ventila, se fija el Estado de Siria para resolver cualquier controversia.

La lectura del contrato, marzo 1998 y la respuesta al ser notificada de la demanda, es clara y elocuente, en el sentido de que todas las controversias se solucionarían por arbitrariedad basándose en las normas y reglamentos vigentes en la República Árabe Siria, lo que no es sino reiteración de lo convenido en el contrato origen de la reclamación. El art. 20, contiene una revisión a las leyes de aquel país y el 27 hace referencia al arbitraje, y lo mismo cabe decir si se examina la garantía emitida, y al sometimiento a arbitraje con arreglo a las normas y reglamentos de la República Árabe Siria. Lo que obligaba a someterse a las normas pactadas en aplicación de la ley de arbitraje entonces vigente (1998).

Es acertada la respuesta judicial que se hace en la sentencia y no cabe sino esa solución atendida la acción planteada y la clara interferencia internacional en función de lo convenido entre las partes. No procede hacer condena en las costas de la alzada como tampoco se hizo en las de la instancia y por iguales razones.

[ELECTROLATINO S.L. / CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA
Y REPÚBLICA ÁRABE DE SIRIA]

INSOLVENCIA

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

2013/54.– Juzgado de lo Mercantil de Barcelona Auto de 30 mayo 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Bárbara María Córdoba Ardao. AC\2013\1484.

Insolvencia transfronteriza.– Concurso voluntario.– Insuficiencia de bienes y derechos con los que satisfacer los primeros créditos contra la masa que se puedan generar.– Deuda frente a otras sociedades del grupo, como activo, de muy dudoso cobro en la medida en que todas ellas han sido declaradas en concurso: efectos.– Competencia judicial internacional en el orden civil.– Competencia de los tribunales españoles: procedencia.– Sociedad filial con domicilio social en París, pero con centro de sus principales intereses en España.– Sociedad francesa carente de actividad.

Normas aplicadas: Art. 3 Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia; arts. 25, 25 bis y 25 ter LC.

[...]

Estamos pues ante una insolvencia transfronteriza de dimensión comunitaria siendo de aplicación el Reglamento Comunitario (CE) nº 1346/2000, del Consejo, cuyo art. 3 dispone lo siguiente: "tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor" presumiendo que el mismo se localiza en el domicilio social para el caso de sociedades o personas jurídicas.

Pese a la importancia y trascendencia económica que tienen los grupos de empresas, la normativa comunitaria ni la jurisprudencia del TJUE posibilitan como regla general, que el Estado Miembro que conoce del concurso de la matriz asuma también la competencia para declarar el concurso de sus filiales (a diferencia de la normativa española, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, en sus arts. 25, 25 bis y 25 ter) debiendo cada empresa del grupo solicitar la declaración de concurso en el Estado Miembro donde tenga su domicilio social, al existir la presunción legal que es ahí donde radica el centro de principales intereses. Por ende, quien sostenga que tal centro está ubicado en un lugar distinto, corresponde la carga de la prueba, la cual versará fundamentalmente en indicios y presunciones. A mi modo de ver, sería conveniente y necesario que la legislación comunitaria abordara la cuestión pues con relativa frecuencia nos encontramos que la insolvencia de las filiales o de la matriz viene motivada principalmente por los impagos de otras empresas del grupo o al hecho de haber avalado unas las deudas de las otras. De tal manera que si entra en insolvencia el deudor principal, arrastra a las demás en su condición de garantes. Por eso, la solución del concurso y la viabilidad de las empresas pasaría por permitir una tramitación coordinada d todos ellos, nombrando inclusive a la misma administración concursal, pudiendo presentar convenios condicionados y en suma, posibilitar una negociación conjunta de la deuda. De lo contrario, el riesgo de perder a alguna empresa se incrementa exponencialmente. Con todo, no es la solución por la que ha optado el legislador comunitario.

El considerando 13 REI define el centro de principales intereses como "el lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros".

Tal precepto ha sido interpretado por el TJUE en varias sentencias, tal como analiza de forma pormenorizada el AJM nº 12 Madrid 27 octubre 2012. Así, sentencia 2 mayo 2006 (caso Eurofood IFSC Ltd) el TJUE en la cual dispuso lo siguiente: [...]

Asimismo, en la sentencia de 15 diciembre 2011 (asunto Tastelli Davide SC. Snc), el TJUE vino a decir que "una hipotética situación de confusión de patrimonios entre dos sociedades con domicilio social en estados distintos, no desvirtúa el sistema de presunciones del reglamento en relación con el COMI ni las reglas de competencia judicial internacional que del mismo se derivan."

Por último, el TJUE, en su sentencia 22 noviembre 2012, consideró que el centro de los intereses principales de una sociedad Polaca (Christianapol) estaba situado en Francia, por lo que el tribunal de comercio de Meaux (Francia) abrió un procedimiento de sauvegarde. [...]

Aplicando los anteriores preceptos al caso que ahora nos ocupa, cabe concluir que la sociedad filial Renta Corporación Real Estate France Sasu, aun cuando tiene su domicilio social en París, el centro de sus principales intereses está en España, más concretamente en Barcelona. Así, estamos ante una filial cuyo único socio titular del 100 % del capital social es Renta Corporación Real Estate France Sasu, S.A. siendo además su administrador único. Dicha sociedad designó a su vez como persona física para que le representara a D. Mauricio (consejero delegado), con domicilio en... de Barcelona (tal como se observa en el propia acta notaria de poder especial para pleitos). Asimismo, la sociedad francesa carece de actividad desde el año 2011, siendo el domicilio social un simple buzón o apartado de correos donde recibir las notificaciones. La sociedad francesa no tiene tampoco ningún activo inmovilizado ni movilizado, estando únicamente el mismo por los créditos que la filial tiene frente a otras empresas del grupo. Tampoco tiene abierto ningún establecimiento en Francia ni contratos de trabajo en vigor. El hecho de que la toma de decisiones se adoptara desde Barcelona era perfectamente conocida por los acreedores atendiendo a que la lista está configurada únicamente por la firma de auditoría

Price Waterhouse Coupers Audit SA, Cabinet Seref y por empresas del grupo (Renta Corporación Real Estate France Slu SLU).

Por todo ello, procede ratificar la competencia objetiva y territorial de los juzgados mercantiles de Barcelona y, en especial, de este Juzgado Mercantil nº 9 que está conociendo del concurso del resto de las empresas del grupo, por quedar suficientemente acreditado que el centro de principales intereses de Renta Corporación Real Estate France Sasu está sito en Barcelona, aun cuando su domicilio social esté localizado en Francia. [...]

[RENTA CORPORACIÓN REAL ESTATE FRANCE SASU]

2013/55.– Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián Auto de 19 noviembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro José Malagón Ruiz. AC\2013\1928.

Insolvencia transfronteriza.– Concurso.– Solicitud conjunta de dos sociedades, una española y con domicilio social en España, donde radica el centro de sus intereses principales, y otra sociedad cuyo domicilio social se encuentra fuera del territorio nacional, siendo la primera titular del 100% del capital de la segunda.– Competencia judicial internacional en el orden civil.– Competencia de los Juzgados y Tribunales españoles situados en Guipúzcoa.– Centro de intereses principales de la solicitante ubicada en el extranjero: lugar donde radica el domicilio social de la matriz.– Licenciataria de marcas del grupo: mínima estructura a través de subcontratas para cubrir las exigencias fiscales, administrativas, contables y legales derivadas de tener domicilio y nacionalidad irlandesa.

Normas aplicadas: Art. 3.1º Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia; art. 10.1º, 25, 25 bis y 25 ter LC.

[...]

La primera cuestión que debe de ser resuelta a la hora de admitir a tramite la solicitud de concurso es la competencia territorial del Juzgado; cuestión que cobra mayor complejidad cuando, como es el caso, estamos ante una solicitud conjunta de dos sociedades; una es española y tiene el domicilio social en Arrasate-Mondragón, donde radica el centro de sus intereses principales, por lo que, sin mas entra en juego el art. 10.1º LC siendo clara la competencia de este Juzgado; pero otra es una sociedad cuyo domicilio social se encuentra fuera del territorio nacional, en este caso en Suite 6, Rineanna House, Shanon Free Zone, Co. Clare – Irlanda.

La solicitante funda la competencia territorial internacional de este Juzgado en base al art. 3.1º Reglamento (CE) nº 1346/2000, del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre Procedimientos de Insolvencia, (en adelante, REI); entiende la solicitante que se encuentra dentro de la circunscripción territorial de competencia de este Juzgado– la provincia de Guipúzcoa – el lugar donde esta radicado el centro de intereses principales del deudor a los efectos del art. 3.1º REI, en concreto, en Arrasate-Mondragón.

Fagor Electrodomesticos S. Coop. es la sociedad matriz del grupo de empresas Fagor; en concreto, es titular del 100% del capital de Fagor Ireland Ltd..

No obstante, lo anterior, ni la normativa comunitaria ni la jurisprudencia del TJUE posibilitan como regla general, que el Estado Miembro que conoce del concurso de la matriz asuma también la competencia para declarar el concurso de sus filiales (a diferencia de la normativa española, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, en sus arts. 25, 25 bis y 25 ter) debiendo cada empresa del grupo solicitar la declaración de concurso en el Estado Miembro donde tenga su domicilio social, al existir la presunción legal que es ahí donde radica el centro de principales intereses. Por ende, quien sostenga que tal centro está ubicado en un lugar distinto, corresponde la carga de la prueba, la cual versará fundamentalmente en indicios y presunciones.

Como hemos indicado, respecto de las sociedades y demás personas jurídicas el Reglamento sienta una presunción de que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social, esto es, el que figura como tal en el registro mercantil.

El texto articulado del Reglamento no contiene una definición legal de lo que debe de entenderse por centro de los intereses principales; si se encuentra en los considerandos; en particular, el considerando 13 indica que “el centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros; esto se corresponde con el contenido del art. 10.1º LC, que lo define como lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses; de todo ello se desprende que no debe estarse tanto al lugar en el que el deudor desarrolla su actividad, como a aquel en el que los administradores se reúnen de forma habitual para la toma de decisiones, si bien dicho criterio cede ante el del lugar en el que a los ojos de los terceros tiene lugar dicha administración, en el caso en que no coincida con aquel. Por lo tanto, las notas de principalidad, habitualidad y exteriorización son las fundamentales para establecer el punto de conexión establecido por el Reglamento para determinar la competencia para la apertura del procedimiento de insolvencia principal.

Por lo tanto, en vista de lo anterior, en un caso como el presente, en el que una sociedad de un Estado miembro ha solicitado el concurso voluntario en España como “concurso principal”, deberá desvirtuar en su escrito la presunción de los arts. 10 LC y 3 REI. Para ello, deberá acreditar que su centro de intereses principales se halla en España y no en el lugar en el que tiene ubicado su domicilio social.

Para encauzar la cuestión es preciso un examen de la jurisprudencia comunitaria sobre el particular; no son muchas las sentencias que se han dictado sobre la cuestión; se pueden citar las siguientes:

Sentencia de 2 mayo 2006 (asunto Eurofood Ifsc Ltd.): [...]

Sentencia de 20 octubre 2011 (asunto Interedil SRL): [...]

Sentencia de 15 diciembre 2011 (asunto Rastelli Davide SC):

También podemos citar jurisprudencia nacional. [...]

Aparte de la jurisprudencia, es preciso puntualizar que hay una previsión de reforma del Reglamento vigente a cargo de la Comisión que, en lo que ahora nos ocupa, introduce novedades de relevancia: a) modificación en la que se incluyan las precisiones que la jurisprudencia del TJCE ha efectuado al respecto, en particular, se recogería la línea iniciada por la sentencia dictada en el caso Interedil; así el considerando 13 se suprime y se introducen los considerandos 13 bis y 13 ter en el sentido de entender posible desvirtuar la presunción de que el centro de intereses principales coincide con el domicilio social, siempre que el conjunto de todos los factores que concurran nos lleve a la conclusión de que por los terceros se puede comprobar que el centro efectivo de dirección y control de la empresa y de la administración de sus intereses se encuentra en ese otro estado miembro, distinto del correspondiente al domicilio social, b) regulación de la insolvencia transfronteriza del grupo de sociedades, ubicadas en distintos estados miembros, materia no regulada por el Reglamento con la necesidad de centralizar el concurso de todo el grupo en el estado competente para conocer del de la sociedad matriz, sin perjuicio de la posibilidad de aperturar procedimientos territoriales o secundarios en cada uno de los estados en los que el grupo tenga presencia.

A la vista de la línea jurisprudencial y legal última, se abre la posibilidad de destruir la presunción de que el centro de intereses principales está ubicado donde está el domicilio social, en base a indicios suficientes de que la efectiva administración, dirección y control de la sociedad este radicada en otro estado miembro y ello sea fácilmente perceptible por los terceros que se relacionan con la sociedad

En este caso consideramos que tales indicios concurren y que la competencia para conocer el presente concurso corresponde a los Juzgados y Tribunales españoles situados en Guipúzcoa por cuanto que el centro de intereses principales de la solicitante Fagor Ireland se encuentra en lugar donde radica el domicilio social de la matriz Fagor Electrodomesticos S. Coop., en Arrasate-Mondragón [...]

Por lo tanto, hemos de concluir que este Juzgado es competente territorialmente para conocer de la solicitud de concurso expresada en los antecedentes, por tener el deudor su centro de intereses principales en el territorio de esta circunscripción, (ap. 1 del art. 10 LC y art. 3.2º REI). [...]

[FAGOR ELECTRODOMESTICOS S.COOP Y FAGOR IRELAND LTED.]

ÓRDENES DE PAGO TRANSFRONTERIZAS EMITIDAS POR EL CONCURSADO

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ *

1. Tras ser declarada en concurso en Bélgica, la sociedad *Grontimmo* ordena a la entidad bancaria *Dexia Internationale Luxembourg*, con domicilio en Luxemburgo, librar un cheque bancario a favor de *Kostner Development*, sociedad con domicilio en Panamá. Los administradores concursales reclaman a la entidad bancaria pagadora la cuantía librada, alegando que, conforme al Derecho belga, el pago efectuado no libera a dicha entidad de sus obligaciones respecto de la masa concursal. El banco se opone señalando que desconocía la apertura del concurso cuando procedió al pago al tercero beneficiario, ya que la declaración de concurso no se había publicado en Luxemburgo. Invoca, como base legal, el art. 24 Reglamento (CE) n° 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, que garantiza el efecto liberador de cualquier “ejecución a favor del deudor”, si el pagador ignoraba la situación de este concursado.

En este contexto, el Tribunal de Justicia interpreta que la entidad bancaria no puede invocar el citado precepto porque, verdaderamente, no ha realizado una “ejecución a favor del deudor” sino a favor de un tercero beneficiario. Al no aplicar esa norma material uniforme, el Alto Tribunal remite al Derecho nacional del Estado de apertura del concurso, que establece que la entidad bancaria pagadora no queda liberada frente a la masa concursal. No obstante, la Sentencia es muy discutible si se atiende a una interpretación literal, teleológica y sistemática (*vid. mis consideraciones en “Órdenes de pago transfronterizas emitidas por el concursado. Comentario a la STJUE de 19 septiembre 2013, Asunto C–251/2012, Dexia Banque Internationale à Luxembourg”, La Ley: UE, n° 12, 2014, pp. 25–31 y en REDI 2014–8–Pr*).

2. De acuerdo con una interpretación literal, entender que un pago en nombre y por cuenta y orden del concursado no es una ejecución “a favor del deudor” y, por tanto, no exime al pagador de responsabilidad frente a la masa concursal, resulta sumamente forzado. La dicción “ejecución a favor del deudor” del art. 24 del Reglamento europeo de insolvencia es lo suficientemente amplia como para incluir los pagos al concursado y los pagos a terceros ordenados por este. El sentido literal de muchas de las versiones lingüísticas del Reglamento europeo de insolvencia, que utilizan en su art. 24 el término “ejecución a favor del deudor” (*exécution au profit de débiteur, prestazioni a favore del debitore, execução a favor do devedor*), ampararía la ejecución a un tercero por orden del concursado. Lo mismo puede decirse de la versión inglesa: si bien en el título del precepto se utiliza una expresión restrictiva, “*honouring (...) to a debtor*”, en el texto se recurre a una expresión más amplia, “*honoured for the benefit of a debtor*”. Estas expresiones son más amplias que la de “pago al deudor” y, por tanto, incluyen no solo este pago dirigido personalmente al deudor, sino el pago hecho a uno de sus acreedores en nombre y por cuenta y orden del concursado (P.R. Wood, *Principles of International Insolvency*, 2ª ed., Thomson/Sweet & Maxwell, 2007, p. 932). Esta conclusión queda confirmada desde la perspectiva del Derecho de obligaciones: el pagador está cumpliendo la obligación a favor del concursado, que queda liberado de la obligación asumida frente al tercero beneficiario del pago. En el caso, el pago que hace la entidad bancaria por orden del concursado se considera el pago del precio de compra que el concursado–comprador tenía que pagar al beneficiario–vendedor. Así pues, el tenor literal y técnico de la expresión ejecución “a favor” del deudor se aparta del “sentido corriente” invocado, que no acreditado, por el Tribunal.

Algo parecido puede decirse respecto de la alusión del Tribunal a determinadas versiones lingüísticas del Considerando 30 del Reglamento, que parecen referirse al pago directo al deudor. Es cierto que el citado Considerando se refiere literalmente en varias versiones lingüísticas a “prestaciones al deudor”

* Profesor titular de DIPr. Universidad de Oviedo.

(*payment to the debtor, eine Zahlung an den Schuldner leisten*), en una clara referencia a que el destinatario sea el concursado. Pero lo que obvia el Tribunal es que otras muchas versiones siguen dejando entrever una amplitud en los términos del cumplimiento “a favor” del deudor (*adempiono obbligazioni a favore del debitore, exécutent une obligation au profit du débiteur, cumprido uma obrigação a favor do devedor*). También elude un argumento sugerente de la Abogada General, que recurre a la voluntad del legislador expresada en dicho Considerando para fundamentar que el pagador se vea protegido. El Considerando se refiere, en este sentido, no solo a pagos dinerarios al deudor, sino a “todo tipo de prestaciones” a favor del deudor. Entiende, así, la Abogada General que el pago a terceros en beneficio del concursado es una de esas “prestaciones al concursado” (aps. 20 a 25 de las Conclusiones). En otras palabras, la protección de las órdenes de pago del concursado se justificaría no solo desde una perspectiva subjetiva, quién paga y a quién, sino también desde una perspectiva objetiva, el concepto de prestación. De esta *voluntas legislatoris*, la Abogada General y los Gobiernos belga, alemán y portugués deducen que, incluso en estas versiones lingüísticas que utilizan expresiones más restrictivas, el pago a terceros por orden del concursado quedaría incluido en la expresión “ejecución de la obligación”.

3. Las críticas vertidas a la Sentencia se ven corroboradas por un análisis teleológico del art. 24 del Reglamento europeo de insolvencia. Este precepto pretende liberar al pagador que de buena fe ignora la existencia de un concurso en otro Estado, y esa buena fe puede manifestarse tanto en pagos al concursado como en sus órdenes de pago. A diferencia de lo que sostiene el Tribunal de Justicia, debería ser indiferente que la persona equivocada sea el propio concursado o un tercero beneficiario al que se paga por orden del concursado. Resulta, de hecho, muy acertado el planteamiento de la Abogada General en su ap. 29 –ni siquiera considerado en la Sentencia–, que utiliza lo que se podría denominar un “test de necesidad” de protección. Así, observa que la necesidad de protección del pagador es exactamente la misma si, en lugar de pagar al concursado, se paga a un tercero por orden de dicho concursado. No hay ningún matiz diferencial entre ambas situaciones porque la *ratio iuris* del precepto no es a quién se paga, sino quién paga y por qué. Por tanto, el pagador no puede quedar en una peor situación jurídica por el mero hecho de pagar a un tercero y no al concursado.

Esta posición, favorable a la liberación del pagador, tiene como efecto colateral facilitar los pagos transfronterizos y eliminar restricciones al tráfico comercial internacional. Al contrario, la interpretación seguida por la Sentencia implica una carga excesiva a las entidades bancarias que, antes de cumplir con las órdenes de pago de clientes establecidos en el extranjero, se verán obligadas a verificar las publicaciones de insolvencias en otros Estados miembros. Todavía resulta más desproporcionado que las entidades tengan que solicitar confirmaciones de la inexistencia de procedimientos de insolvencia. No solo porque serán útiles en referencia al día en que se expide la confirmación, sino también, porque llevado al extremo, y como ocurre en el caso, la declaración de insolvencia tiene, incluso, un mínimo efecto retroactivo a la primera hora del día en el que se dicta la resolución (ap. 8 de las Conclusiones de la Abogada General). Probablemente esta carga excesiva y desproporcionada acabe siendo repercutida en las comisiones a pagar por los usuarios.

Ello no impide reconocer que existe un perjuicio evidente a la masa, pero este es querido y admitido por el Reglamento europeo de insolvencia, que, en este caso, sacrifica el interés de la masa para proteger el interés del pagador de buena fe. Y precisamente esta protección es necesaria con independencia de que se pague al concursado o a un tercero por orden de este. No tiene ningún sentido que, si el deudor se presenta en la oficina bancaria y retira el saldo de la cuenta, el banco se vea liberado porque paga directamente al concursado, mientras que no ocurra lo mismo si el banco paga a un tercero, en nombre del concursado y por su cuenta y orden. Ambas situaciones son funcionalmente equivalentes, se observa el mismo perjuicio a la masa y existe la misma *ratio iuris* de protección al tercero pagador en el art. 24. El perjuicio a la masa se reparará, como se verá a continuación, promoviendo la circulación de decisiones que rescindan o anulen los actos considerados fraudulentos o perjudiciales. Además, no resulta procedente la referencia del Tribunal a la *voluntas legislatoris* expresada en el Considerando 4 sobre no transferir bienes a otros Estados miembros en busca de una posición más favorable. Conviene reparar en que si la transferencia se hubiera hecho desde el Estado de apertura del concurso, como

presupone dicho Considerando, ya no se daría esta protección al tercero pagador de buena fe. Pero no por lo dispuesto en la Sentencia, sino por el propio presupuesto de aplicación del art. 24 del Reglamento europeo de insolvencia, que expresamente se refiere a la ejecución del pago en “otros” Estados miembros, distintos al de apertura. A mayor abundamiento, dicho Considerando está dirigido a los problemas de competencia judicial internacional y, de hecho, alude expresamente a evitar el *forum shopping*. Sorprende, pues, que sea invocado por el Tribunal cuando no se cuestiona la competencia judicial internacional.

4. La Sentencia no solo es criticable conforme a un análisis literal o teleológico de la disposición, sino que también es discutible por razones sistemáticas. La forma de perseguir el perjuicio a la masa y el fraude del concursado en complicidad con el tercero beneficiario no es a través de la penalización del tercero pagador de buena fe (art. 24 Reg. n° 1346/2000), sino a través del ejercicio de las acciones concursales de impugnación de actos perjudiciales (arts. 4 y 13 Reg. n° 1346/2000).

En este sentido, no está de más recordar que, para el ejercicio de una acción de impugnación de actos perjudiciales, existiría competencia de los tribunales belgas, donde se ha abierto el concurso, por ser una acción fundamentada en la legislación concursal y vinculada a la tramitación procedimental del concurso (art. 3 Reglamento 1346/2000). No sería relevante que el tercero beneficiario, *Kostner Development*, tuviese su domicilio en Panamá. Por las mismas razones, la legislación belga establecería la ley aplicable a dicha acción, incluyendo sus presupuestos procesales y su fundamentación jurídica. Sin embargo, el Reglamento europeo de insolvencia permitiría al tercero beneficiario oponerse a tal impugnación si el acto perjudicial no es rescindible de acuerdo con su propia ley rectora –si remite al Derecho de un Estado miembro, lo que no se especifica en el caso– (art. 13) (*vid. L. Carballo Piñeiro, Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum, 2005, pp. 267 ss). Así ocurriría si las partes hubieran elegido en el contrato la ley de un Estado miembro que inmuniza a dicho contrato frente a las acciones de impugnación. Es verdad que el Reglamento europeo de insolvencia yerra en este punto, porque hace depender la impugnación de actos fraudulentos de la voluntad de las partes que presuntamente defraudan a la masa. Pero que la normativa europea sobre acciones perjudiciales a la masa deje bastante que desear no debe traducirse en una penalización a la entidad bancaria, pagadora de buena fe. Esta nada tiene que ver ni con el perjuicio a la masa, ni con el presunto fraude, ni mucho menos con las carencias del Reglamento en lo que respecta a las acciones de impugnación.

5. En definitiva, argumentos literales, teleológicos y sistemáticos avalan la protección del pagador de buena fe, sin ver en ello, como hace el Tribunal, una restricción inadmisibles al reconocimiento automático de la apertura del concurso. Sea como fuere, la heterodoxia del Tribunal al negar la eficacia a las órdenes de pago tiene el efecto positivo de acabar con un acto perjudicial de la masa evidente y de incrementar los activos adscritos a la masa concursal. El Tribunal ha tratado de evitar, con argumentos fácticos más que jurídicos, la facilidad con la que el concursado puede esconder su patrimonio, ya que las órdenes de pago y las transferencias bancarias en el extranjero se tramitan de una forma mucho más rápida que la publicación del concurso en el extranjero.

De cara al futuro, es de destacar que la Propuesta de la Comisión para la reforma del Reglamento europeo de insolvencia no contempla modificación alguna de este art. 24 sobre eficacia de los pagos hechos al concursado. Se ha perdido la oportunidad de rectificar el alcance de la Sentencia, amparando la protección del tercero pagador que, de buena fe, ejecuta una orden de pago del concursado, mientras no exista publicación del concurso en el Estado desde el que actúa. No obstante, el futuro establecimiento de un sistema de registros de insolvencia interconectados, accesible desde el Portal Europeo de E-Justicia, permitirá que las entidades financieras puedan conocer rápidamente la apertura de un concurso en cualquier Estado miembro.

2013/56.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 19 septiembre 2013. Asunto C–251/12.
Ponente: M. Ilešič.

Cooperación judicial en materia civil.– Reglamento (CE) n° 1346/2000.– Procedimientos de insolvencia: Art. 24, ap. 1.– Ejecución de una obligación “a favor de un deudor sometido a un procedimiento de insolvencia”.– Pago efectuado a un acreedor de dicho deudor.

Normas aplicadas: Art. 24, ap. 1, del Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

[...]

22. Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 24, ap. 1, del Reglamento n° 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que cabe incluir en el ámbito de aplicación de dicho precepto un pago efectuado, por orden de un deudor sometido a un procedimiento concursal, a un acreedor de dicho deudor. [...]

32. La circunstancia de que, en el litigio principal, se trate de un banco que efectuó el pago convertido en nombre y por cuenta del deudor concursado no es pertinente a estos efectos. En efecto, el banco, aun cuando cumpliera una obligación contraída con respecto al deudor concursado, no ejecutó esa obligación “a favor de” este último en el sentido del art. 24 del Reglamento n° 1346/2000, dado que dicho deudor no fue el beneficiario del referido pago.

33. En cuanto atañe, por otro lado, al objetivo del art. 24, ap. 1, Reglamento n° 1346/2000 y de la normativa de la que aquél forma parte, se desprende del trigésimo considerando de dicho Reglamento que este artículo permite excluir del control de la administración concursal determinadas situaciones que están en contradicción con la nueva situación de hecho creada por la incoación del procedimiento concursal.

34. Concretamente, el citado art. 24, ap. 1, permite que la resolución de incoación del procedimiento concursal no se reconozca inmediatamente, en la medida en que consiente que la masa se reduzca por el importe de los créditos del deudor concursado satisfechos a este último por sus deudores de buena fe.

35. Ahora bien, dicha disposición no puede ser interpretada en el sentido de que también permite que la masa se reduzca por las cantidades que el deudor concursado debe a sus acreedores. Si prosperase tal interpretación, el deudor concursado podría transferir bienes de la masa a un acreedor, encargando a terceros que desconocen la incoación del procedimiento concursal la ejecución de obligaciones que haya contraído con dicho acreedor, y, de este modo, vulneraría uno de los objetivos principales del Reglamento n° 1346/2000, enunciado en el cuarto considerando de éste y que consiste en evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable.

36. Del conjunto de las consideraciones relativas al tenor y al objetivo del art. 24, ap. 1, del Reglamento n° 1346/2000, al contexto de dicho precepto y a los objetivos de la normativa de la que éste forma parte se deduce que una situación como la del litigio principal, en la que el deudor concursado ejecuta, por mediación, una obligación contraída con uno de sus acreedores, no está incluida en el ámbito de aplicación de dicho precepto.

37. No obstante, la circunstancia de que el art. 24, ap. 1, del Reglamento n° 1346/2000 no sea aplicable a una situación como la del litigio principal no implica, por sí misma, que el banco afectado esté obligado a restituir la cantidad litigiosa a la masa de acreedores. La cuestión relativa a la eventual responsabilidad de dicho banco se rige por la normativa nacional aplicable.

38. Habida cuenta de todo lo anterior, procede responder a la cuestión planteada que el art. 24, ap. 1, del Reglamento n° 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que no está incluido en el ámbito de aplicación de dicho precepto un pago efectuado, por orden de un deudor sometido a un procedimiento concursal, a un acreedor de dicho deudor.

[CHRISTIAN VAN BUGGENHOUT E ILSE VAN DE MIEROP, ACTUANDO EN CONDICIÓN DE ADMINISTRADORES CONCURSALES DE GRONTIMMO SA, Y BANQUE INTERNATIONALE A LUXEMBOURG SA]

**APLICACIÓN ACREEDOR RESIDENTE EN EL EXTRANJERO DEL *DIES A QUO* PARA
INICIAR EL CÁMPUTO DEL MES PARA COMUNICACIÓN DE CRÉDITOS**

2013/57.– Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, Sentencia nº 357/2013, de 27 septiembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez. JUR/2013/317310. TOL3.994.557.

Insolvencia transfronteriza.– Aplicación de las normas.– Domicilio.–Indemnización de daños y perjuicios.– Presunciones.– Principio de territorialidad.– Residencia habitual.– Derecho internacional privado, Plazos.– Resolución arbitral.– Ejecución de laudos extranjeros.– Prueba.– Administración concursal.– Créditos subordinados.– Declaración del concurso.– Lista de acreedores.

Normas aplicadas: Arts. 40 y 42 Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

[...]

La cuestión que se somete a consideración en esta alzada se limita, en realidad, a valorar si a un acreedor residente en el extranjero, le es de aplicación el dies a quo establecido por el art. 21.1.5º LC para iniciar el cómputo del mes para comunicación de créditos, a contar desde el día siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso. Concreta la parte apelante, cuyo crédito es reconocido, pero con la calificación de subordinado (art. 92.1º LC) al haberse comunicado tardíamente, es decir, con posterioridad al transcurso del plazo de comunicación de créditos, sin encontrarse en los nuevos supuestos recogidos con la reforma de la Ley 38/2011, en los arts. 96 bis y 97 LC, que el reconocimiento cuya titularidad reclama es el derivado de los daños por corrimiento de la carga en un buque, siendo los cuatro laudos extranjeros que aporta (dictados en Londres) mera prueba de su existencia, y por ello, no es necesario un previo exequátur o procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo extranjero.

Tal argumento es invocado ahora ante la falta de fuerza ejecutiva que acertadamente expone la resolución de instancia al necesitar para alcanzar tal consideración el consiguiente exequátur en cuanto laudo arbitral extranjero (de conformidad con el art. 46.2º LA/2003, resulta de aplicación el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, cuando establece que: “1. Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español. 2. El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 junio 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros”). La competencia para el conocimiento y resolución del exequátur ha quedado residenciada, tras la promulgación de la LO 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 20/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (art. 8) en las Salas civiles y penales de los Tribunales superiores de justicia y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil español.

El Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (hecho en Nueva York el 10 junio 1958) sujeta la obtención del exequátur a la verificación del cumplimiento de una serie de requisitos. La homologación que establece el antes citado Convenio de Nueva York de 1958 ciertamente parte de una presunción de eficacia y validez de la cláusula arbitral y de la ejecutoriedad de la resolución arbitral. Pero es necesario el procedimiento de exequátur para alcanzar tal validez, siendo los trámites por los que debe sustanciarse la petición de reconocimiento y ejecución del laudo los establecidos en los arts. 955 ss LEC/1881, declarados vigentes por el ap. 1.3 Disposición derogatoria única de la LEC 1/2000, y al tratarse de un laudo extranjero, pronunciado fuera del territorio español.

La doctrina jurisprudencial ha considerado que el procedimiento de exequátur es esencialmente de homologación como se señala en STS 23 enero 2007 aunque la parte contra el que se pida el reconoci-

miento pueda oponerse al mismo y articular prueba para acreditar la concurrencia de alguno de los motivos contemplados en el CNY. [...]

Fuera esto de discusión es por lo que precisamente la parte apelante pretende eludir el efecto de subordinación de sus créditos alegando que fueron oportuna y temporáneamente comunicados, porque no le vincula el dies a quo que establece el art. 21.1.5º LC que se funda en la publicación del auto de declaración de concurso en el BOE.

No existe argumento jurídico que sustente tal exclusión. Más bien lo contrario. Teniendo en cuenta que se trata de una norma esencialmente procesal el principio de territorialidad de las normas procesales civiles está expresamente previsto en el art. 3 LEC, de aplicación supletoria (DF 5ª LC), por lo que deben aplicarse a los procesos civiles, como es el proceso concursal, que se sigan en territorio nacional, y de forma más concreta el art. 200 LC, establece la regla general del sometimiento a la ley española el desarrollo del proceso concursal. No sólo no existe excepción a la norma del inicio del plazo del cómputo en función de la publicación del auto de declaración de concurso en el BOE sino que, en las normas sobre Derecho internacional privado, apareciendo un elemento extranjero, establece una información de la declaración del concurso por parte de la administración concursal a los acreedores con residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero, y una potestativa, que no obligatoria, publicidad del contenido esencial del auto de declaración de concurso en cualquier Estado extranjero donde convenga a los intereses del concurso (arts. 214 y 215 LC). Pero más concretamente el precepto siguiente, art. 217 LC, establece que los acreedores que tengan su residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero comunicarán sus créditos a la administración concursal conforme a lo dispuesto en el art. 85 LC, el cual en su primer apartado se refiere expresamente al plazo señalado en el art. 21.1.5º LC, que prevé como dies a quo el día siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso.

Es más, si resultara de aplicación el Reglamento de Insolvencia comunitario nº 1346/2000, este en sus art. 40 y 42 prevé una información a los acreedores residentes en cualquier Estado miembro de la apertura de un procedimiento de insolvencia, en la lengua o lenguas del Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia, es decir, en modo alguno el desconocimiento del idioma es una excusa para la aplicación de las normas procesales generales del Estado en que se sigue el proceso concursal o de insolvencia. Ciertamente tiene que llevar un encabezamiento invitando a la presentación de créditos en todas las lenguas oficiales de las instituciones comunitarias, pero sólo el encabezamiento, la información estaría en español.

Ahora bien, no es de despreciar que esta información que, como se ha indicado, no supe o deja sin efecto las reglas de comunicación en el proceso concursal para todos los acreedores, se refiere a aquellos acreedores conocidos, lo que no es extraño al sistema general cuando también se prevé, en realidad, para todo acreedor del que se tenga constancia en la documentación que obre en autos, tenga o no su residencia o domicilio en España o en el extranjero (art. 21.4º LC).

[SYNEFRA ENGINEERING AD CONSTRUCCION LTD. / ADMINISTRACION
CONCURSAL DE MADERAS IGLESIAS]

MENORES

ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS RELATIVAS A LA GUARDA, CUSTODIA Y ALIMENTOS DE LOS MENORES

2013/58.— Audiencia Provincial de Murcia, Sección Cuarta, Sentencia nº 62/2013, de 31 enero 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Moreno Millán. JUR\2013\90484.

Protección de menores.— Guarda y custodia, alimentos y uso del domicilio familiar.— Competencia judicial internacional en el orden civil.— Competencia de los tribunales españoles para la adopción

de medidas relativas a los menores.– Residencia habitual del menor en España pese a una estancia no definitiva en Bolivia con sus abuelos.– o alteración del fuero competencial.– Permanencia de los padres en España donde la menor ha nacido y donde tiene su residencia el núcleo familiar en que se integra.

Normas aplicadas: Art. 22.3º LOPJ; art. 40 Cc.

[...]

En distinto sentido, en cambio, cabe pronunciarnos en relación con el siguiente motivo de apelación, relativo a la competencia de los Tribunales Españoles, que alega la parte recurrente, para el conocimiento de la adopción de las medidas de guarda y custodia y alimentos de la menor Selena Candela.

Y ello se afirma así por este Tribunal, porque en este caso, referido al establecimiento de medidas relativas a la guarda y custodia y alimentos de una menor, hija de los litigantes, en el marco de las relaciones paterno-filiales la competencia corresponde a los Tribunales españoles conforme a lo dispuesto en el art. 22.3º LOPJ, que en materia de protección de la persona o bienes de menores o incapacitados, atribuye tal competencia en el orden civil a dichos Tribunales cuando el citado menor tuviera su residencia habitual en España.

Consta acreditado que la menor Selena Candela, nació en España, concretamente en Murcia, donde además se localizaba el lugar de la residencia habitual del citado núcleo familiar, integrado, además de la menor por sus padres, los ahora litigantes de nacionalidad boliviana. El hecho de que Selena Candela resida en la actualidad, con carácter transitorio, en una población de Bolivia, que constituye el domicilio de sus abuelos maternos, no altera, en modo alguno, el cuestionado fuero competencial. Téngase en cuenta que esa estancia que se prolonga durante casi un año aproximadamente, no tiene carácter definitivo, ya que sus padres continúan residiendo en España donde se ubica la vivienda familiar, y porque, en definitiva, y conforme a lo dispuesto al respecto en el Código Civil (art. 40) no cabe reputar como residencia habitual, el lugar de residencia de una persona por un tiempo determinado. Es por tanto Murcia el lugar de la residencia habitual de la menor, por ser el lugar donde ha vivido habitualmente desde su nacimiento y donde se encuentra, como decimos, el núcleo familiar en el que se integra.

En consecuencia se impone la acogida del presente recurso, declarando la competencia internacional de los tribunales españoles (el Juzgado Civil nº 9 (Familia) de Murcia en este caso), para el conocimiento y adopción de las medidas solicitadas, que fueron desestimadas por improcedentes por el Juzgado de instancia, al entender que carecía de competencia al respecto. [...]

2013/59.– Audiencia Provincial de Girona, Sección Primera, Sentencia nº 100/2013, de 12 marzo 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Ferrero Hidalgo. JUR\2013\163496.

Protección de menores.– Guarda y custodia, alimentos y uso del domicilio familiar.– Competencia judicial internacional en el orden civil.– Competencia de los tribunales españoles para decidir sobre las relaciones paterno filiales.– Residencia del hijo en España.– Divorcio de nacionales rusos no residentes en España.– Incompetencia de los tribunales españoles para decretar el divorcio.– Sentencia rusa de divorcio que no acuerda nada sobre los hijos.– Sentencia no reconocida en España por los trámites del exequátur

Normas aplicadas: Art. 22 LOPJ; arts. 951 ss LEC/1881.

[...]

Por el recurrente se solicita, en primer lugar, la nulidad de actuaciones, por la existencia de cosa juzgada, pues ambas partes fueron divorciadas en fecha 25 junio 2007 en Rusia, siendo ambos de nacionalidad rusa. [...]

Como vemos, el legislador en atención a la naturaleza de las materias establece unos u otros requisitos para que los Tribunales puedan o no conocer de las mismas, por lo que los Tribunales españoles podrían ser competentes para decidir cuestiones que afectan a los hijos menores con relación a sus padres y no serlo para decidir sobre el divorcio o la relaciones personales y patrimoniales entre ellos. No existe ninguna razón jurídica que impida decidir sobre la guarda de los hijos, sobre los alimentos o sobre el uso de la vivienda familiar si existen hijos menores, sin acordar el divorcio, y ello se confirma cuando en el Libro IV de la LEC se regulan diversos procesos, entre ellos el del Capítulo IV que se titula de los procesos matrimoniales y de menores, en el cual se pueden acordar medidas reguladoras de la guarda y custodia de los hijos y alimentos, sin acordar la separación o el divorcio.

La demanda iniciadora del presente procedimiento fue presentada el día 25 julio 2008 y en la misma se indicaba que el demandado, de nacionalidad rusa la misma que la de la demandante, tenía su domicilio actual en Rusia, acompañándose como su domicilio la que constaba en el documento nº 0. El matrimonio formado por ambos fue contraído también en Rusia. Aunque por la demandante se acompaña un certificado de empadronamiento en el que consta empadronado el demandado en Castelló d'Empuries, la demandante claramente indica que el demandado reside en Rusia y los actos procesales realizados con posterioridad están encaminados a emplazar al demandado en dicho Estado, hasta que por escrito de la demandante se indica que el demandado ha comparecido en el incidente de medidas previas a través de un Procurador, acordándose emplazarlo a través del mismo y siendo finalmente emplazado en la sede del Juzgado. A lo largo del procedimiento se constata igualmente que el demandado reside en Rusia. Al contestar a la demandada, aunque no alegó expresamente la falta de competencia de los Tribunales españoles, si lo hizo indirectamente, cuando alegó la cosa juzgada y se opuso que por el Juzgado se resolviese el divorcio. Por lo tanto, no puede considerarse que haya existido la sumisión expresa ni tácita a los tribunales españoles. Tampoco en el expediente de medidas previas, pues como se desprende de la resolución judicial se dictaron las mismas en rebeldía, la comparecencia fue posterior a su adopción y, además, habían quedado sin efecto al ser interpuesta la demanda principal al haber transcurrido más de treinta días desde su adopción, como exige el art. 771.5º LEC. Y en todo caso, se tratan de medidas que afectan al hijo, pero no a las situación personal y patrimonial de los cónyuges, para cuya adopción si eran competentes los tribunales españoles a la vista del art. 22 LOPJ.

Por lo tanto, dado que al ser interpuesta la demanda, ambos litigantes no tenían su residencia en España, dado que el demandado no la tenía, ni ha existido un sometimiento expreso o tácito a los tribunales españoles, conforme al art. 22 LOPJ, lo Tribunales españoles no son competentes para decidir sobre el divorcio, ni sobre las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

Por el contrario si son competentes para decidir sobre las relaciones paterno filiales, pues la competencia viene determinada por la residencia del hijo, que en este caso la tiene en España y, dado que, cuando se dictó la sentencia de divorcio en Rusia, nada se acordó sobre los hijos y la posterior no ha sido reconocida en España por los trámites del exequátur, es claro que los Tribunales españoles tienen competencia para decidir sobre la guarda y custodia, alimentos y uso del domicilio familiar, al afectar también a los alimentos del hijo. [...]

SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

2013/60.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 451/2013, de 4 julio 2013. Ponente: Ilma. Sra. Margarita Blasa Noblejas Negrillo. JUR\2013\337588.

Responsabilidad parental.– Determinación de la paternidad.– Título por el que se establece.– Carácter de documento público.– Reclamación de alimentos procedente de Suecia.– Régimen de visitas.– Incompetencia de los tribunales españoles.

Normas aplicadas: Art. 33 Reglamento (CE) n°44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 20 Convenio de Nueva York de 20 junio 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero; art. 8.1° Reglamento (CE) n° 2201/2003 de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

[...]

En cuanto al primer extremo, la inaplicación del título por el que se establece la paternidad al no haberse obtenido previamente el exequátur, diremos que la resolución acompañada con la demanda, constituye documento público extranjero que debe regirse por el art. 323 Ley 1/2000, de 7 de enero, el cual remite al Reglamento (CE) n° 44/2001, de 22 de diciembre que en su art. 33 establece, que las resoluciones dictadas por un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros, sin que fuere necesario recurrir a procedimiento alguno. En el presente caso, no se pretende obtener la ejecución de las sentencias que se acompañan como documental, sino que se aportan con la demanda para fundamentar la pretensión ejercida, esto es, la reclamación de alimentos, y por ello deberán ser valoradas junto con los demás medios de prueba que se practiquen en el acto del juicio, y visto que la paternidad en ningún caso se ha puesto en cuestión, es por lo que en este particular el recurso debe ser desestimado. [...]

Finalmente, en lo que respecta al régimen de visitas [...] (E)n el caso resulta aplicable el Reglamento Comunitario relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, de 29 mayo 2000. El art. 1.1°, relativo al ámbito de aplicación, dispone que se aplicará b) a la atribución del ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental, estableciendo el ap. 2, que “Las materias consideradas en la letra b) del ap. 1 se refieren en particular: a) al derecho de custodia y al derecho de visita...”. Por su parte el art 8.1° dispone que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante un órgano jurisdiccional. En consecuencia, los Juzgados y Tribunales de Suecia, son los competentes para conocer de esta pretensión de fijación de un régimen de visitas. Y resultando, además, que la intervención del Letrado del Estado en este procedimiento opera en virtud de una suerte de postulación especial atribuida por el Convenio de Nueva York de 20 junio 1956, art. 20, en este caso respecto a una pretensión alimenticia, no en cambio respecto de otras pretensiones para las cuales no se ha cursado la petición, las cuales habrán de formularse en la vía procesal oportuna, y máxime cuando carecemos de cualquier dato que nos revele las relaciones paterno-filiales, es por lo que sin necesidad de mayores argumentaciones debemos desestimar el recurso que se examina.

DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS HIJOS Y DEL DERECHO DE LOS NIÑOS A GOZAR DE LA PROTECCIÓN PREVISTA EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES

2013/61.– Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia n° 127/2013, de 13 julio 2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio Ortega Álvarez, BOE, 2–VII–2013.

Protección de menores.– Eventual sustracción internacional de menores.– Impugnación del régimen de visitas establecido en lo atinente a las salidas de la menor del territorio español.– Solicitud de atribución de la guarda y custodia de la menor.– Competencia judicial internacional.–

Normas aplicadas: Convenio de La Haya de 1980, de 25 octubre 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia

matrimonial y de responsabilidad parental; art. 8 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), e incluidas en la resolución de la Asamblea General 40/33, de 29 noviembre 1985.

[...]

5. Entrando en el análisis de la motivación de la Sentencia de la Audiencia Provincial, como ha quedado expuesto en los antecedentes, la Audiencia tras afirmar que el propio Tribunal belga no cuestiona la validez del procedimiento en curso en España, argumenta lo siguiente: “al no pronunciarse los tribunales belgas sobre el derecho de visita del Sr. [G.] con su hija [L.], de aceptarse la pretensión de declarar la nulidad de la Sentencia de instancia, nos encontraríamos con que ningún tribunal, ni español, ni belga, regularía dicho régimen de visitas con lo que se conculcarían al mismo tiempo tanto el derecho del padre a mantener relaciones con su hija menor, como los de ésta a crecer conociendo y conviviendo con su padre, a pesar de los problemas que se plantean con la distancia geográfica en que se encuentran el uno del otro”. Y, al tener que decidir sobre el régimen de visitas, sigue la Sentencia, “debe también decidir, con anterioridad, sobre la guarda y custodia”.

Trasladada la doctrina constitucional al caso de autos, y en lo que resulta del control externo que corresponde a este Tribunal, no se aprecia la vulneración del derecho fundamental que se denuncia por cuanto la Sentencia de la Audiencia Provincial contiene los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y una fundamentación en Derecho, sin que se aprecie vicio de arbitrariedad, motivación irrazonable o error patente. La Sentencia fundamenta la competencia del tribunal español en la necesidad, lo que conecta con el concepto de foro de necesidad, conocido en Derecho, que vincula con el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción (art. 24.1º CE) y con los derechos de la menor y del padre. El criterio de necesidad sustenta la competencia al objeto de garantizar el acceso a la jurisdicción de la pretensión procesal de establecimiento de un régimen de relaciones paternofiliales, evitando un resultado constitucionalmente inadmisibles, esto es, que dicha pretensión quede sin una resolución sobre el fondo; lo cual es un hecho cierto en lo atinente al derecho de visitas, sin que su extensión a la guarda y custodia pueda considerarse irrazonable cuando garantiza que el régimen de relaciones paternofiliales que se adopte sea completo, sin hacerlo depender de la suerte que pueda seguir la eficacia en España de la Sentencia belga.

Este Tribunal constata que la invocación de la necesidad en el caso responde a las exigencias constitucionales del sistema de competencia judicial internacional, en cuanto asegura una posibilidad razonable de accionar ante la Justicia, sin exigir una diligencia irrazonable o una carga excesiva que llevaría a su rechazo por exorbitante. A mayor abundamiento, hay que subrayar que, a diferencia de lo que en principio presupone el foro de necesidad, en el caso de autos la invocación de la necesidad como criterio de competencia no viene acompañada por la previa constatación de inexistencia de otro foro que atribuya competencia judicial internacional a los tribunales españoles, sobre cuya concurrencia la Audiencia Provincial no se pronuncia. En este sentido, la cuestión se reduce al acierto en la selección, interpretación y aplicación del foro de competencia por el órgano judicial.

6. Abunda en favor de la adecuación constitucional de la motivación y fundamentación en Derecho controvertida un análisis de la misma en términos de razonabilidad de los resultados desde la perspectiva del interés superior del menor, principio que, como ha recordado este Tribunal, con carácter general proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989, al disponer que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1º). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (SSTC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4, y 47/2009, de febrero, FJ, 3 entre otras). Pues bien, el caso de autos ha desembocado en una situación patológica, escapada de todas las prevenciones legales, en perjuicio de la menor cuyo interés demanda un régimen de relaciones paternofiliales estable, lo que implica que sea eficaz tanto en España como en Bélgica, como marco imprescindible para el desarrollo de los derechos de la

menor y de los padres y como medida mínima para prevenir el riesgo de sustracción internacional. En orden a procurar este objetivo es significativo que la resolución de la Audiencia sobre la guarda y custodia incorpore materialmente la motivación de la Sentencia de apelación belga, haciéndola nuestra. Con la misma lógica, al fundamentar la competencia del Tribunal español en la necesidad la Sentencia exterioriza un criterio jurídico ajeno a la cuestión que está en el origen de la incompatibilidad de resoluciones judiciales, esto es, la consideración del traslado de la menor como lícito o ilícito, y los foros de competencia deudores de ese presupuesto.

Por último, la razonabilidad del resultado se aprecia no sólo desde la óptica del interés superior del menor sino de los derechos del padre ahora recurrente (expresamente en la motivación de la Sentencia «el derecho de padre a mantener relaciones con su hija menor») pues la situación claudicante también condicionaba severamente sus derechos. De esta suerte, la resolución judicial controvertida, en los términos en que se fundamenta, coadyuva a la garantía y ejercicio de los derechos del recurrente y entronca con el art. 39 CE y con el derecho al respeto a la vida privada y familiar previsto en el art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Además, no puede ignorarse que, en cuanto al fondo, el Tribunal español reproduce la motivación y reitera el fallo de la decisión belga sobre la guarda y custodia y acoge íntegramente el régimen de visitas solicitado por el recurrente, de lo que resulta que ha obtenido la solución más favorable posible, a la luz del interés del menor en la actualidad, siendo legal y constitucionalmente inviable, como parece reclamarse, una motivación y fundamentación en Derecho de la competencia judicial internacional en materia de relaciones paternofiliales ajena a este criterio. [...]

Lo expuesto pone de manifiesto que, a diferencia del recurso de amparo que requirió el planteamiento de cuestión prejudicial por ATC 86/2011, de 9 de junio, en el presente recurso este Tribunal no se ha enfrentado a un problema cuya solución haya dependido, en medida alguna, de la interpretación y validez de una norma de Derecho comunitario. Antes al contrario, la duda interpretativa que pretendía suscitar el recurrente es una cuestión de legalidad ordinaria, ajena al ámbito de este proceso constitucional y, por tanto, por definición, innecesaria para poder emitir el fallo, lo cual es condición primera de aplicación del art. 267 del Tratado de funcionamiento de la UE. Habida cuenta de lo cual, procede desestimar de plano el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE en los términos propuestos por el recurrente.

Obs.: REDI-2014-14-Pr y nota de E. Rodríguez Pineau.

TRASLADO INTERNACIONAL DE MENORES Y EVENTUAL SUSTRACCIÓN

2013/62.- Audiencia Provincial de Murcia, Sección Cuarta, Sentencia nº 556/2013, de 26 septiembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader. JUR/2013/326105.

Protección de menores.- Traslado del menor fuera de España.- Necesidad de autorización judicial para trasladar al hijo común menor de edad.- Persistencia de la medida cautelar, mientras no haya constancia de la normalización de las relaciones actuales entre padre e hijo, con un correcto cumplimiento de sus obligaciones parentales y una mayor garantía de la devolución del menor a su progenitora custodia.- Progenitor español que no ha perdido la nacionalidad marroquí.- Garantía insuficiente de restitución del menor.- Circunstancias del caso que se superponen a la pertenencia de Marruecos al Convenio de La Haya de 1980 y a la existencia del Convenio hispano-marroquí de 1997.

Normas aplicadas: Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 mayo 1997.

[...]

En el presente caso, la demanda se sustenta, básicamente, en la relevancia que para la modificación de la prohibición del padre de poder sacar al hijo menor del país sin autorización judicial puede tener la concesión de la nacionalidad española al actor, así como en el hecho de tener un trabajo estable.

Este segundo dato no tiene la trascendencia que pretende el apelante, pues la escasa retribución del mismo le priva de relevancia, como puso de manifiesto el propio apelante cuando lo invocó para que se redujera, en un anterior procedimiento de modificación de medidas, el importe de la pensión de alimentos a favor del hijo, donde llegó a sostener el padre que su nómina, a veces, era de 44 €.

Ciertamente ahora ha obtenido la nacionalidad española, aunque ese dato por sí sólo no es suficiente para la modificación pretendida, pues no implica la pérdida de la marroquí, y lo relevante es la situación de riesgo de sustracción del menor, para lo que se han de tener en cuenta otros datos, como es la relación entre los progenitores, que se evidencia muy conflictiva, con numerosas condenas penales contra el ahora apelante, y la existencia de hasta nueve juicios promovidos por éste contra la madre, aunque todos ellos con sentencias absolutorias para la denunciada.

Para decidir sobre la cuestión, lo definitivo es el grado de cumplimiento de los deberes parentales entre padre e hijo, y en este sentido resulta relevante el impago de alimentos del padre, o los incumplimientos del régimen de visitas por el mismo, que han dado lugar a condenas penales. Queda así de manifiesto la desconfianza que genera el comportamiento del padre a la hora de defender los intereses preferentes de su hijo menor. Es cierto que Marruecos, desde el 9 marzo 2010 se ha adherido al Convenio de la Haya de 25 octubre 1981 (sic) acerca de los aspectos civiles sobre sustracción internacional de menores, y que incluso existe un convenio entre ambos reinos (Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 mayo 1997), lo que implica que el riesgo para el menor de verse privado de su actual situación pueda, en principio, verse cubierto por dicho marco legal, no obstante lo cual, deben examinarse las circunstancias concretas de cada caso, y en el presente, dada la gran conflictividad entre los progenitores, la falta de arraigo suficiente en el padre y el reiterado incumplimiento del mismo de sus obligaciones respecto al hijo, entiende la Sala que el superior interés del menor obliga a adoptar medidas específicas de protección, entre ellas la de no suprimir la cautela que ahora se trata de dejar sin efecto.

Por ello, la medida cautelar adoptada debe mantenerse, mientras no haya constancia de la normalización de las relaciones actuales entre padre e hijo, con un correcto cumplimiento de sus obligaciones parentales y una mayor garantía de la devolución del menor a su progenitora custodia.

2013/63.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 573/2013 de 1 octubre 2013. Ponente: Ilma. Sra. María Dolores Viñas Maestre. JUR\2013\354341.

Protección de menores.– Restitución de los hijos menores de edad a Madeira lugar de residencia habitual.– Sustracción de la madre sin consentimiento paterno.– Ejecución a través de un proceso de mediación sobre las circunstancias del traslado o restitución de los menores entre ambos progenitores.– Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña.

Normas aplicadas: Arts. 1, 3, 7 y 13.b) Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; arts. 11.4º, 55.e) Reglamento (CE) nº 2201/2003 de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

[...]

La sentencia apelada ha declarado probado que la residencia habitual de los hijos menores era Madeira. Sobre este extremo no hay discusión y la Sala comparte plenamente dicha conclusión, pues los

menores residían de forma continuada en Madeira donde estaban escolarizados desde 2007 y donde se encontraban totalmente integrados en el entorno social y familiar de dicho lugar. [...]

La sentencia apelada, como hemos señalado, ha considerado concurrente la excepción contemplada en el ap. b) del art. 13 “grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”. La sentencia deriva la apreciación del riesgo de la supuesta inasistencia o desatención de los menores en Portugal, al no residir ninguno de los progenitores en la población donde se encontraba su residencia habitual. El riesgo se funda en que el cuidador primario es la madre y en que no se puede obligar a esta a regresar a Madeira sin infracción de un derecho constitucional y en que si se acuerda la restitución los menores se encontrarán en una situación de desatención familiar. Al respecto cabe señalar que no consta que el padre no resida en Madeira y que no se alegan causas justificadas que impidan a la madre acompañar a los hijos al lugar de la residencia habitual de los menores, para plantear ante el tribunal competente las acciones que considere oportunas en orden a regularizar la situación de los hijos menores consecuencia de la ruptura de sus padres (guarda, alimentos, traslado de residencia o domicilio). No otra es la finalidad del Convenio de la Haya. La cuestión de cómo debe decidirse cuando el progenitor que realiza el traslado ilícito es la persona que ejerce el cuidado primordial se ha resuelto de forma distinta por los tribunales de los distintos Estados en atención a las peculiaridades de cada caso, pero la tendencia general es la de adoptar un enfoque estricto autorizando la restitución por entender que el progenitor puede acompañar a los menores al Estado de su residencia habitual (sentencia de Court of Quebec 23 agosto 2002), y aceptando la no restitución solo en aquellos supuestos excepcionales en los cuales el progenitor acredita causa justificada que le impida el traslado (Sentencias de Court of Quebec 22 abril 1999 y de Court of Appeal Reino Unido 7 marzo 2002).

La aplicación del Convenio complementado por el Reglamento conduce a revocar la resolución apelada y a ordenar la restitución de los menores al lugar de su residencia habitual, es decir, a Madeira, pues no concurre ninguna de las excepciones contempladas en el Convenio para denegar la restitución.

El automatismo del Convenio de la Haya de 1980 y lo restrictivo de su objeto puede colocar a los menores en situaciones que si bien no pueden calificarse de grave riesgo, si entran en la consideración de perniciosas o inconvenientes para los menores y requieren de la adopción de medidas que traten de paliar las consecuencias negativas que la orden de restitución pueda causarles.

El marco normativo integrado por el art. 7 del Convenio de la Haya de 1980, 55 e) del Reglamento 2201/2003, 31.b) del Convenio de la Haya de 1996, complementado con las recomendaciones contenidas en la Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, redactado por la Oficina Permanente, sobre mediación (disponible en la web de la Conferencia de la Haya) y la Guía Práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II elaborado por los servicios de la Comisión, permiten y hacen del todo necesario la iniciación de un proceso de mediación para la ejecución de la presente resolución que acuerda la restitución de los menores al país de su residencia habitual.

A estos efectos se acuerda requerir al Ministerio de Justicia a fin de que a través de las autoridades pertinentes lleve a cabo un proceso de mediación sobre las circunstancias del traslado o restitución de los menores entre ambos progenitores debiendo ponerse en contacto también con el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, conforme a la ley 15/2009 de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado, y/o acudir a alguna de las organizaciones expertas en mediación internacional.

2013/64.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 866/2013, de 18 diciembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. JUR/2014/20409.

Protección de menores.– Divorcio de nacionales búlgaros residentes en España.– Competencia de los tribunales españoles.– Competencia para la liquidación del régimen económico matrimonial.– Ley aplicable al divorcio y a las prestaciones entre cónyuges.– Derechos parentales y alimentos de los menores.– Retención ilegal en Bulgaria.

Normas aplicadas: Art. 3.1º, 7 y 11.6º Reglamento (CE) 2201/2003 de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; art. 22 LOPJ; art. 13) Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980.

[...]

Dado que la residencia habitual de los menores estaba en España antes de su retención ilegal en Bulgaria (de acuerdo con los criterios del primer punto del fallo de la STJUE 22 diciembre /2010, caso C-497/10), y que el no retorno se debe a la excepción dicha del art. 13 del Convenio de 1980 y no a la inexistencia de sustracción ilegal (como concluye erróneamente la sentencia aquí apelada, que solo pudo basarse en la resolución búlgara de primera instancia, confirmada posteriormente pero con cambio de fundamentos), la competencia para los aspectos de responsabilidad parental correspondía en el momento de la demanda a los tribunales españoles según el art. 8 Reglamento (CE) 2201/2003, y continúa correspondiendo por perpetuatio iurisdictionis hasta que se alcance una sentencia firme. Contrariamente a lo que recoge la sentencia de primera instancia, esa competencia no corresponde por el art. 12 del Reglamento (prórroga de competencia por acumulación con el divorcio), pues falta una de las dos condiciones cumulativas: los litigantes ejercían y ejercen la responsabilidad parental pero el padre no ha aceptado la competencia, lo cual es obvio al haber interpuesto la declinatoria y haberla mantenido hasta ahora.

Por lo que se refiere al mantenimiento de la competencia de los tribunales españoles según el art. 10 Reglamento (CE) 2201/2003, hemos de señalar que no se ha perdido porque ni la madre consintió la retención (art. 10.a) ni, pese a que los menores han residido en Bulgaria durante más de un año y están integrados allí, el auto de medidas provisionales de fecha 23 diciembre 2011 (...) (aclarado por auto de 16 enero 2012, folios 892 ss.) dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona, que no implica la restitución de los niños, no es la resolución a la que se refiere el art. 10.b), iv) porque “[e]l art. 10, letra b), inciso iv) Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que una medida provisional no constituye una “resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor”, a efectos de la citada disposición, y no puede servir de fundamento para transferir la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado ilícitamente” (punto 1. del fallo de la STJUE 1 julio 2010 (C-211/10, caso Povse v. Alpago).

Tampoco la propia sentencia que mantiene la situación de custodia y residencia de los menores como el auto de medidas provisionales y cuya apelación es objeto de la presente sentencia puede considerarse que cumple la condición del citado art. 10.b).iv) del Reglamento. En efecto, la citada STUE 1 julio 2010 dice: 41. [...]

Sin embargo, debemos considerar la inhibición de competencia según el art. 15 Reglamento (CE) 2201/2003, que responde al interés de los menores, en sintonía con los arts. 39.2º CE, 24 CDFUE, 6.a del Convenio europeo de 1996 sobre los derechos del niño, y 3 de la Convención de Naciones Unidas de 1989.

Efectivamente, como ya suscitó el demandado en su declinatoria, el tribunal búlgaro está mejor situado para conocer de la responsabilidad parental, pues concurren no una sino varias condiciones según el art. 15.3º Reglamento (CE) 2201/2003, a saber: a) Bulgaria se ha convertido en el estado miembro de la Unión de residencia habitual de los menores después de la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional español, b) los menores han residido de manera habitual en Sofía; c) los menores son nacionales de Bulgaria, y d) dicho Estado miembro es el de residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental. En cuanto Palmira, ya resida en Londres, ya resida en Sofía (donde expresó, en su exploración de medidas provisionales, que quiere residir), su custodia y alimentos deben decidirse juntamente con los de sus hermanos. Es claro que los tribunales de Sofía están en mejores condiciones de proximidad y que esos tribunales conozcan de la guarda y régimen de relación

de los menores con sus progenitores responde a su interés superior (art. 15.1º) y uno de los dos progenitores, el padre, consiente en que conozca el tribunal búlgaro (art. 15.2º).

Según el art. 3.d) Reglamento (CE) 4/2009, también los tribunales de Sofía deben conocer de la acción de alimentos vinculada a la de responsabilidad parental.

Así pues, debemos proceder según los arts. 15.1º.b) y 15.5º Reglamento (CE) 2201/2003, procede remitir, mediante la Autoridad Central Española (art. 15.6º), testimonio bastante de esta resolución al Tribunal Regional de Sofía, Sección Civil III, Sala 86, con copia de la demanda sobreseída y resolución de sobreseimiento (...), para que manifieste si asume la jurisdicción para los aspectos de responsabilidad parental y alimentos de los menores Palmira, Ruperto y Florinda.

Hasta el momento en que la autoridad judicial búlgara se manifieste sobre su competencia, las medidas sobre guarda, alimentos y domicilio de los menores adoptadas en la sentencia de primera instancia se mantendrán vigentes según el art. 774.5º LEC y analogía con el art. 20.1º Reglamento (CE) 2201/2003, y quedarán sin efecto si los tribunales búlgaros admiten su competencia. En caso contrario, en virtud de la competencia inicial al momento de la demanda, procederá resolver sobre la apelación de esos aspectos. [...]

Atendida la fecha de la demanda, anterior al 21 junio 2012 en que entró en vigor el Reglamento (UE) 1259/2010, procede determinar la ley aplicable según el art. 107.2º Cc español. En su virtud, dada la nacionalidad común búlgara, es aplicable el Código de Familia de Bulgaria, cuyo contenido y vigencia obran suficientemente en autos.

De acuerdo con la remisión del art. 15 Reglamento (CE) 4/2009 al Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007, el art. 3.1º de éste determina que la pensión solicitada por la esposa se rigen por la ley de su residencia. Sin embargo, las partes han asumido y han pleiteado según la ley búlgara. Ello obliga a aplicar el art. 5 del Protocolo, pues ello equivale a que una parte se oponga a la aplicación del art. 3 y, efectivamente, hay una ley con vinculación más estrecha con el matrimonio, que es la búlgara. Esa ley responde a la común nacionalidad de los litigantes, ha sido asumida por ellos y regula la liquidación de la comunidad de bienes matrimoniales. Pese a que la acción de divorcio y la de las prestaciones entre cónyuges son independientes y se rigen por instrumentos internacionales distintos, también en el presente caso hay una clara conexión puesto que la ley búlgara somete a la condición de ausencia de culpabilidad del cónyuge beneficiario la obtención de las prestaciones.

La atribución del uso del domicilio familiar, que también solicita para sí la demandante, debe considerarse asimilable a los efectos de ley aplicable a la pensión alimenticia, pues no es más que una parte de ella pagada en especie para cubrir las necesidades de vivienda.

A la misma conclusión de aplicar la ley búlgara a esos aspectos llega la sentencia de primera instancia. [...]

DETERMINACIONE DE LA EDAD DEL EXTRANJERO A LOS EFECTOS DE ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN

2013/65.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 667/2013, de 5 noviembre 2013. Ponente: Ilma. Sra. Margarita Blasa Noblejas Negrillo. JUR\2013\384683.

Adopción y acogimiento de menores.- Guarda por la entidad publica.- Cesación: estimación.- Mayoría de edad: persona extranjera de la República de Ghana.- Determinación de la mayoría de edad: prueba médica concluyente de la mayoría de edad.

Normas aplicadas: Art. 88 RRC; art. 35 LO 4/2000 sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

[...]

Vemos que la sentencia analiza con detalle la problemática que se plantea en la determinación de edad de los extranjeros que vienen a España, siendo las consecuencias importantes, no solo a los efectos de determinación de la responsabilidad penal o de reagrupación familiar, sino a los efectos de aplicarles toda la normativa sobre protección de menores desamparados y consecuencias derivadas de dicha normativa para la regularización de su situación en España. Trata las pruebas médicas efectuadas y el contenido del certificado de nacimiento que ha servido de base a la expedición del pasaporte y entiende que no debió procederse a realizar tales pruebas dado que Arturo no estaba indocumentado, ello con fundamento en el art. 35 LO 4/2000 sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Asimismo menciona unas recomendaciones de unas Jornadas celebradas por los Médicos Forenses así como un Informe del defensor del Pueblo. Pues bien, respecto a la validez del pasaporte vemos, en contra de lo manifestado por la juez de instancia, que es insuficiente por aplicación de los convenios internacionales aplicables en este país, pues no es posible dar por ciertos los datos de filiación que constan en el pasaporte mientras no se legalice que ello se refleja en el Registro civil extranjero (arts. 88 RRC). Debemos examinar por tanto cual es la eficacia de los documentos extranjeros aportados para hacer prueba de los hechos que documentan. No se trata en este procedimiento de pronunciarnos sobre la validez, nulidad, o falsedad del documento aportado sino de valorar la eficacia probatoria de los mismos para determinar la edad del menor, de cuya circunstancia, como se ha señalado, se derivan importantes consecuencias jurídicas contempladas en la Ley de Extranjería.

Al respecto cabe citar el art. 323 LEC que señala que se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el art. 319 de esta Ley. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:

1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.

2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

No existiendo tratado o convenio internacional con la República de Ghana, se requiere para que el documento tenga la consideración de público la correspondiente legalización. Por otro lado, como en otro procedimiento se alegó por el Ministerio Fiscal, cabe hacer referencia el informe de la UNICEF la inscripción de nacimiento: un derecho para comenzar emitido por el Centro de Investigación Innocenti y que trata de los problemas de la concordancia entre el Registro Civil y la realidad, del que se desprende que la Policía de Ghana no atiende al contenido de los documentos para acreditar la edad. De todo ello se desprende que el certificado de nacimiento expedido en Ghana no tiene la consideración de documento público, pues no hay Convenio y no está legalizado, y en consecuencia carece de la fuerza probatoria que a los documentos públicos atribuye el art. 319 LEC –no hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten–. Cabe también tener en consideración que el art. 752.2º dispone que el tribunal no está vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos. [...]

2013/66.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 675/2013, de 7 noviembre 2013. Ponente: Ilma. Sra. Mª José Pérez Tormo. JUR\2014\695.

Adopción y acogimiento de menores.– Guarda por la entidad pública: desestimación.– Mayoría de edad: persona de Ghana.– Prueba pericial médica que verifica que el demandante es mayor de edad: falta de inscripción del nacimiento en el Registro Civil.

El objeto del presente pleito es (...) determinar si el hoy recurrente es o no menor de edad y si se han vulnerado por tanto, sus derechos no dándole la protección que la ley establece para los menores de edad. [...]

No existiendo tratado o convenio internacional con la República de Ghana, se requiere para que el documento tenga la consideración de público la correspondiente legalización. Por otro lado, ...cabe hacer referencia el informe de la UNICEF “la inscripción de nacimiento: un derecho para comenzar” emitido por el Centro de Investigación “Innocenti” y que trata de los problemas de la concordancia entre el Registro Civil y la realidad, del que se desprende que la Policía de Ghana no atiende al contenido de los documentos para acreditar la edad. De todo ello se desprende que el certificado de nacimiento expedido en Ghana no tiene la consideración de documento público, pues no hay Convenio y no está legalizado, y en consecuencia carece de la fuerza probatoria que a los documentos públicos atribuye el art. 319 LEC –no hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten–. Cabe también tener en consideración que el art. 752.2º LEC dispone que el tribunal no está vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos. [...]

Ya se ha afirmado en casos similares al presente que la radiografía del carpo de la muñeca para la predicción de la edad cronológica a través de la edad ósea no conduce a resultados absolutos e indubitados y conforme a todas las recomendaciones debe tenerse en consideración el margen de error de dichas pruebas, si bien la radiografía de carpo es completada con una ortopantomografía que permite alcanzar una conclusión con mayor seguridad. La conclusión médica derivada de la realización de dichas pruebas y complementada con la entrevista y la exploración física es que la edad mínima más probable de Ovidio sería de 18 años y 6 meses, según se afirma en el informe médico expedido. Es decir, según las pruebas médicas el interesado tiene una edad mínima de 18 años y 6 meses. Aun existiendo margen de error este queda claramente cubierto y puede afirmarse que la persona explorada ya era mayor de edad cuando se procedió a la apertura del expediente. [...]

OBLIGACIONES NO CONTRACTUALES

DEMANDA CONTRA GOOGLE POR INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL DERECHO AL HONOR

2013/67.– Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 144/2013 de 4 marzo 2013. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ\2013\3380.

Derecho al honor: intromisión ilegítima.– Improcedencia.– Demanda contra prestador de servicios en una red de comunicaciones: falta de “conocimiento efectivo” de la ilicitud de la información que había sido difundida en la red.– Solicitud a “Google” para la retirada de la información: Insuficiencia para que se produzca esta conducta.– Prestador de motor de búsqueda y servicios de enlaces.– Determinación del lugar de establecimiento.– Régimen especial de responsabilidad.– Ámbito de aplicación.– Existencia de una oficina de ventas en España de “Google Inc.”.

Normas aplicadas: arts. 2 y 17 Ley 34/2002 LSSICE, LO 1/1982

[...]

En el motivo primero del recurso de casación la parte recurrente plantea la no aplicación subjetiva de la LSSICE a Google INC. por tener su domicilio en Estados Unidos. Considera que Google Spain S.L. no representa a la parte demandada, atendiendo a la declaración de su representante legal y a los datos obrantes en el Registro mercantil. La sentencia recurrida ha considerado acreditado en este punto que la demandada opera en España a través de una oficina permanente que tiene en Torre Picaso y que a través de ella realiza toda su actividad dirigida al mercado español.

Este motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones: (i) No corresponde al recurso de casación, sino al recurso extraordinario por infracción procesal, la desvirtuación de la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida pretendida por la parte recurrente; (ii) la aplicación de la LSSICE al caso es correcta al constar acreditado en el procedimiento que la demandada Google Inc. dispone conforme al art. 2 LSSICE de una oficina de ventas en España, según su propia información corporativa disponible, concepto que ha de encuadrarse en el supuesto de domicilio fuera de España, pero con disponibilidad de «forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad».

Aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado. Aplicación de la LSSICE.

La aplicación de la doctrina expuesta en el FD 4.º de esta resolución conlleva a la desestimación del segundo y tercer motivo de casación.

La sentencia recurrida concluyó la falta de responsabilidad de la entidad demandada de la falta de “conocimiento efectivo” de la ilicitud de la información que había sido difundida en la red desde el 31 agosto 2006 hasta el 24 mayo 2008. Esta conclusión se alcanzó tras afirmar que el demandante había dirigido diversas comunicaciones a la demandada comunicándole la existencia de un procedimiento en marcha y haberse dictado una resolución judicial en la que se declaraba que la información era falsa, “sin que conste ni haya acreditado la parte actora que remitiera en ningún momento copia de dicha resolución a la parte demandada, puesto que ese sería el momento determinante de la existencia de conocimiento efectivo por parte del prestador del servicio”.

La conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial es conforme con la doctrina establecida en las sentencias de esta Sala antes mencionadas, pues de los hechos acreditados no puede inferirse de forma lógica, al alcance de cualquiera, que la información era falsa ni tampoco que se revelara de su contenido su carácter ilícito, supuesto en el que esta Sala ha declarado en otros casos la existencia de conocimiento efectivo. La circunstancia de que la persona que se consideraba ofendida se hubiera dirigido a Google para la retirada de la información por considerarla ilícita no es suficiente para que se produzca esta conducta, cuando, como aquí ocurre, la información por sí misma tampoco revelaba de manera notoria su carácter ilícito. Tampoco es suficiente que se pusiera en conocimiento el inicio de acciones civiles ni la carta comunicando el 28 septiembre 2007 la existencia de una resolución judicial, pues no se remitía junto a ella la resolución judicial de homologación de acuerdo de 18 septiembre 2007. Los términos de la carta remitida a Google, en relación a la resolución, tampoco son ciertos, pues la resolución judicial no determinó la falsedad de la información, ni condenó a pagar ni a rectificar al demandado, al consistir en un auto de homologación, lo único cierto era que el demandado había reconocido ante el Juzgado, porque así consta en el auto de homologación, como señala la parte recurrente, la falsedad de la noticia, pero este auto no fue remitido a la demandada, teniendo solo conocimiento de lo que el Sr. Bartolomé afirmaba.

Por tanto, esta Sala coincide con la valoración fáctica y jurídica de la sentencia recurrida, sin que ninguna vulneración del art. 17 LSSICE se haya producido, habiéndose realizado una aplicación correcta del mismo al excluir de responsabilidad a la entidad demandada por falta de conocimiento efectivo de la falsedad de la información.

Esta misma argumentación conlleva a la desestimación del tercer motivo de casación en el que la parte recurrente pretende la aplicación de la LO1/1982 para declarar la responsabilidad de Google “sobre la base del efectivo conocimiento y la posibilidad técnica de control de la información, convirtiéndose en una especie de cooperador necesario, por cuanto, [...] conoce perfectamente la ilicitud de la información”. La falta de conocimiento efectivo de la ilicitud de la información hace decaer los argumentos de la parte recurrente.

Obs.: REDI-2013-30-Pr y nota de P.A. de Miguel Asensio.

PERSONA Y ESTADO CIVIL**RÉGIMEN DE LOS APELLIDOS CONFORME AL DERECHO DEL
FORO CUANDO NO SE ACREDITA EL DERECHO APLICABLE CONFORME
A LA LEY PERSONAL**

2013/68.– Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Tercera, Sentencia nº 276/2013, de 14 mayo 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Moyano García. JUR\2014\70446.

Filiación: acciones de filiación: acción de reclamación: filiación no matrimonial: estimación: negativa injustificada de la madre a someterse a la prueba biológica alegando simplemente como razón de su negativa el “derecho a su intimidad”: indicio cualificado, unido junto a otros como la relación sentimental entre los progenitores.– Aplicación judicial del Derecho extranjero.

Normas aplicadas: Art. 5. Convenio de Múnich relativo a la ley aplicable a los nombres y los apellidos, de 5 septiembre 1985.

[...]

La legislación invocada por la parte es adecuada, pero se oculta que el art. 5 del Convenio de Múnich invocado permite aplicar al régimen de los apellidos el Derecho nacional cuando no se acredita el Derecho aplicable conforme a la ley personal: “Art. 5. 1. Si el encargado del Registro Civil, se encontrare, al extender un acta en la imposibilidad de conocer el derecho aplicable para determinar los nombres y apellidos de la persona interesada, aplicará su ley interna e informará al respecto a la autoridad de la que dependa.” Es decir, la misma solución a la aplicación del Derecho civil en el resto de los efectos de la filiación, que expusimos al analizar el primer motivo de recurso. Y la parte apelante, que invoca la aplicación del Derecho francés, continúa sin exponer cuál sea ese Derecho, por lo que el régimen de apellidos ha de aplicarse con arreglo a la ley española. De otro lado, tampoco se extraen las consecuencias lógicas de la invocación del derecho francés, el cual se basa en el sistema de apellido único pero admitiendo también la unión del apellido paterno y materno en un solo apellido, por lo que dado que nada se solicita como alternativa a la aplicación del doble apellido de la ley española, procede confirmar en este punto la sentencia.

Por otra parte, son ajenas a la decisión de la litis los problemas de homologación del cambio de apellidos en el Derecho comunitario o en el registro civil de la nacionalidad de la menor, y de la compatibilidad o incompatibilidad de la llamada pluripatronymia, cuestiones a resolver en su caso en ejecución de sentencia o en otros procedimientos, ya que en éste la sentencia se limita en su parte dispositiva a acordar el cambio de apellidos conforme a la filiación y a la ley española en el registro civil español, en el que consta el nacimiento de la menor, y por lo demás la STJCE admitió la posibilidad de inscribir en los países de sistemas de apellido único el doble apellido aplicado conforme a los sistemas duales como España (S 2 octubre 2003, caso García Avello contra el Estado de Bélgica, as. C-148/02). [...]

APELLIDOS DE LOS EXTRANJEROS NACIONALIZADOS ESPAÑOLES

2013/69.– Audiencia Provincial de Lleida, Sección Segunda, Sentencia nº 409/2013, de 28 octubre 2013. Ponente: Ilma. Sra. Ana Cristina Sainz Pereda. AC\2013\1902.

Persona y estatuto personal.– Apellidos: apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles.– Ley aplicable.– Aplicación del Derecho extranjero.– Excepción de orden público español: aplicación de la Instrucción de la DGRN de 23 mayo 2007.– el nombre pretendido por el demandante no respeta los principios de duplicidad de apellidos e infungibilidad de líneas.

Normas aplicadas: Art. 12.3º Cc; arts. 198 y 199 RRC.

[...]

Los documentos incorporados a las actuaciones evidencian que el recurrente, tras la adquisición de la nacionalidad española por residencia (Res. DGRN 16 noviembre 2006), y una vez practicada la inscripción de nacimiento (el 23 enero 2007, según documento nº 3 Demanda), presentó ante el Registro Civil escrito fechado el 12 febrero 2007 (no consta fecha de presentación en el Registro Civil) interesando la rectificación del error cometido al extender la inscripción de nacimiento haciendo constar que el nombre y apellidos del inscrito serán en lo sucesivo Pascual, cuando el nombre y apellidos correctos son los de Adrián, invocando entre otros preceptos los arts. 198 y 199 RRC. En este sentido, resulta admisible la queja del recurrente cuando aduce que no se ha tenido en cuenta esta manifestación de voluntad de conservar su filiación de origen, efectuada dentro del plazo de dos meses que establece el art. 199 RRC.

No obstante su pretensión no puede ser admitida pues, tal como se razona en la resolución recurrida, la facultad de que establece dicho precepto tiene como excepción la regla general recogida en el art. 12.3º Cc, según la cual se exceptúa la aplicación de la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público español, siendo sumamente ilustrativas en esta materia las instrucciones de la DGRN y, por lo que al presente asunto se refiere la Instrucción DGRN de 23 mayo 2007, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil Español (BOE, 4-IV-2007), cuyos criterios son lo que en definitiva se siguen en la sentencia de primera instancia, al igual que en la Res. DGRN 7 mayo 2008 aportada por el propio apelante con su demanda, y en la que se da respuesta a sus mismas peticiones planteadas en el escrito de 12 febrero 2007 antes mencionado.

Por su indudable interés en esta materia se transcriben a continuación aquellos apartados de la Instrucción 23 mayo 2007 directamente vinculados con el supuesto ahora enjuiciado. [...]

PROCESO

ACTIVIDAD PERICIAL DESARROLLADA EN EL TERRITORIO DEL ESTADO MIEMBRO DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL REMITENTE Y EN EL TERRITORIO DE OTRO ESTADO MIEMBRO

María Jesús ELVIRA BENAYAS *

1. En noviembre de 2008, un tren de mercancías procedente de Bélgica y con destino en Países Bajos descarriló en Ámsterdam (Países Bajos). Con el fin de delimitar las responsabilidades en este accidente, ProRail, sociedad con domicilio en Utrecht (Países Bajos) y responsable de la gestión de la mayor parte de las vías férreas holandesas, presentó una demanda ante los tribunales holandeses para resarcirse de los posibles daños y perjuicios sufridos por la red ferroviaria holandesa. Por su parte, en febrero de 2009, se inició un procedimiento ante el tribunal mercantil de Bruselas (*Rechtbank van koophandel te Brussel*) por Schenker, con domicilio en Utrecht y dedicada al transporte ferroviario, en el que se solicitaba que Xpedys, sociedad con domicilio en Bruselas y, desmayo 2008, responsable del arrendamiento de vagones para el transporte ferroviario, y SNCB, sociedad con domicilio también en Bruselas y responsable del transporte ferroviario en Bélgica, en calidad de arrendatarias de parte de los vagones que se vieron afectados en el accidente, fueran citadas para comparecer ante el mencionado órgano jurisdiccional en el marco de un procedimiento de medidas cautelares cuyo fin era la designación de un perito. También

* Profesora contratada doctora de DIPr. Universidad Autónoma de Madrid.

fueron llamadas al proceso ProRail y FAG, con domicilio social en Schweinfurt (Alemania) y responsable de la fabricación de piezas de vagones dedicados al transporte ferroviaria. En este proceso, ProRail solicitó que el tribunal declarase infundada la pretensión del nombramiento del perito o, en el supuesto de que fuese designado, que limitase su labor a la comprobación de los daños sufridos por los vagones, descartando el peritaje de la red ferroviaria holandesa y que el perito desarrollase su labor conforme a lo previsto en el Reglamento 1206/2001 (Reglamento de prueba). En mayo de 2009 el tribunal belga admite la pretensión de Schenker y designó al perito, definiendo el ámbito de su labor que le obligaría a trasladarse a los Países Bajos, ya que en su territorio podría evaluar las causas del accidente, el deterioro sufrido por los vagones accidentados y la magnitud de los daños. Igualmente se le encomendó que evaluase la red e infraestructura ferroviaria holandesa gestionada por ProRail. Asimismo, se le encargó la tarea de identificar al fabricante de determinados elementos técnicos de los vagones y pronunciarse sobre el estado de mantenimiento de los mismos. ProRail interpuso recurso de apelación contra dicha resolución con el fin de que declarase infundado el nombramiento del perito o, en su caso, que la labor del perito belga se limitase a Bélgica o, si hubiese que desarrollarse en los Países Bajos, reiteró que su tarea se llevase a cabo conforme lo previsto en el Reglamento 1206/2001.

Desestimado el recurso, ProRail interpuso recurso de casación contra la decisión invocando la infracción de los arts. 1 y 17 del Reglamento 1206/2001 así como del art. 33 del Reglamento 44/2001, por entender que se trataba de la adopción de una medida cautelar prevista en éste. La Hof van Cassatie belga solicitó que se esclareciese, en primer lugar, si un tribunal de un Estado miembro que considerase conveniente proceder directamente a la práctica de alguna diligencia de prueba en otro Estado miembro debería solicitar previamente a las autoridades de éste una autorización en virtud de los arts. 1 y 17 del Reglamento 1206/2001. Y, en segundo lugar, si el art. 33 del Reglamento 44/2001 tendría relevancia en el presente asunto. Por ello, el Hof van Cassatie, suspendió el procedimiento y planteó ante el Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: “¿Deben interpretarse los arts. 1 y 17 del Reglamento [nº 1206/2001], teniendo en cuenta, en particular, la normativa europea en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y el principio consagrado en el art. 33, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001, según el cual las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros, sin que fuere necesario recurrir a procedimiento alguno, en el sentido de que el juez que ordena una investigación pericial judicial, cuyo mandato debe ejecutarse parcialmente en el territorio del Estado miembro al que pertenece el juez, pero también parcialmente en otro Estado miembro, debe utilizar –para la ejecución directa de esta última parte– única y exclusivamente el método establecido en el art. 17 del citado Reglamento, o puede también encomendarse al perito judicial designado por dicho país, al margen del Reglamento nº 1206/2001, una investigación que debe realizarse parcialmente en otro Estado miembro de la UE?”.

2. Antes de analizar la aplicación o no del Reglamento de prueba al nombramiento y a la tarea que debe desarrollar un perito designado por un juez, son destacables los argumentos que utilizaron Xpedys, Schenker y SNCB para solicitar la inadmisión de la cuestión preliminar y que presentan una conexión destacable con la obtención de prueba. El primero de estos se centra en que la iniciativa de la prueba emanó de una de las partes y no de un juez, es decir, que sólo precedería si la petición se hiciese de oficio. Fue rechazado porque el Reglamento en ningún momento diferencia su uso o no en función de quien tenga la iniciativa probatoria, es más, en el art. 4 del mismo se observa la asunción tanto de la solicitud a instancia de parte como de oficio. El segundo de los argumentos gira en torno a su inaplicación en los procedimientos accesorios, como es el de medidas cautelares. Evidentemente, éste también debe descartarse pues el Reglamento no hace distingo alguno. Es más, en la opción de que pueda utilizarse para obtener pruebas “destinadas a utilizarse en una causa iniciada o que se prevea incoar” (art. 1.2) permite pensar su uso tanto en procedimientos principales como accesorios, siempre y cuando sea necesaria la práctica de una diligencia de prueba y se solicite por un órgano jurisdiccional en materia civil y mercantil.

Si, como recuerda en sus conclusiones de 6 septiembre 2012, el Abogado General Jääskinen, la *Guía práctica para la aplicación del Reglamento relativo a las diligencias de obtención de pruebas* se inclu-

yen dentro de las diligencias de prueba del art 1 las pruebas anticipadas, la presente actuación tendría esta consideración y, por tanto, sería aplicable el Reglamento.

Sin embargo, conforme al modo en el que plantea la cuestión, más parece pretender la aplicación del Reglamento 44/2001 que descartar la aplicación del Reglamento de prueba. En los recursos y alegaciones de ProRail se mencionan los arts. 31 y 33 del Reglamento 44/2001 pero en la cuestión que se plantea ante el Tribunal sólo aparece la referencia al art. 33 que resulta un tanto fuera de contexto ya que en ningún momento se plantea un hipotético reconocimiento de una medida cautelar. En las referidas Conclusiones (§ 38) parece estar más clara la cuestión que se quiere exponer en la línea del debate planteado en torno al asunto *St. Paul Dairy* (STJCE, as. C- 104/03, de 25 abril 2005: *St. Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA*): entiende ProRail que al tratarse de una actuación vinculada con la adopción de medidas cautelares el cauce sería el art. 31 del Reglamento 44/2001. Sin embargo, el solicitante obvia que la cuestión no es ésta sino la de la práctica anticipada de una prueba pericial para poder adoptar (o no) ciertas medidas cautelares, accesorias a un procedimiento principal y que existen divergencias considerables entre ambos casos (*vid.* M.J. Elvira Benayas, “Ejecución directa de la diligencia de prueba. Designación de un perito. Actividad pericial desarrollada en parte en el territorio del estado miembro del órgano jurisdiccional remitente y en parte en el territorio de otro estado miembro. Comentario de la Sentencia del TJUE de 21 febrero 2013 en el asunto C-332/11, ProRail BV y Xpedys NV, FAG Kugelfischer GmbH, DB Schenker Rail Nederland NV y Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen NV”, *La Ley: UE*, nº 2, 2013, pp. 16-19; REDI 2013-21-Pr y nota de G. Estebas de la Rosa).

3. La cuestión central en esta sentencia es la de si el Reglamento 1206/2001 debe utilizarse preceptivamente o si, por el contrario, al tratarse de un instrumento para la facilitar la cooperación judicial, tiene un carácter facultativo. El debate sobre la naturaleza del Reglamento se inició unos meses antes con el asunto *Lippens* (STJ 6 septiembre 2012, as. C-170/11: *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens et al. y H Cornelius Kortekaas et al. y Ageas NV*, anteriormente *Fortis NV*). Su origen está en el proceso judicial iniciado por algunos inversores tras la nacionalización del banco Fortis por Bélgica, Holanda y Luxemburgo en septiembre de 2008 y la apertura de distintos procesos de insolvencia y venta de los departamentos de seguros e inversiones. En agosto de 2009, Kortekaas *et al.*, tenedores de valores mobiliarios de Fortis interpusieron una demanda ante Rechtbank Utrecht (Países Bajos) contra Lippens *et al.*, miembros de la dirección de Fortis y contra la propia sociedad. En su reclamación solicitaban la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la conservación de dichos valores en consideración a la información difundida públicamente en los años 2007 y 2008 por Lippens *et al.* sobre la situación financiera y los dividendos que iba a repartir Fortis en 2010.

El tribunal holandés aceptó su competencia (9 agosto 2009) y solicitó el interrogatorio provisional (25 noviembre 2009) de Lippens *et al.* en calidad de testigos de los responsables de la entidad en el momento de la nacionalización para obtener aclaraciones sobre la información difundida y del modo de conocerla por parte de los demandantes “precisando que el interrogatorio sería efectuado por un juez delegado nombrado a tal efecto” (§17 de la sentencia). En diciembre de 2009, Lippens *et al.* solicitaron ante el tribunal holandés “que se expidiera una comisión rogatoria para prestar declaración ante un juez francófono en Bélgica” ya que entendían que, de otro modo, se les situaría en una posición de indefensión. Esta petición fue rechazada mediante Auto de 3 febrero 2010 (§18 de la sentencia), y también en apelación, porque el tribunal se basaba en lo previsto en el Código de procedimiento civil holandés (art. 176.1 WBR) que permite, pero no obliga, al uso de una comisión rogatoria (§19 de la sentencia). Las dudas sobre la naturaleza de la aplicación del Reglamento de prueba condujeron al *Hoge Raad Nederlanden* a la suspensión del procedimiento y al planteamiento de la siguiente cuestión prejudicial: “¿Debe interpretarse el Reglamento [nº 1206/2001] y, en particular, su art. 1, ap. 1, en el sentido de que el juez que quiera interrogar a un testigo que reside en otro Estado miembro siempre debe hacer uso, para esta modalidad de obtención de pruebas, de los procedimientos establecidos en dicho Reglamento, o bien está facultado para hacer uso de los procedimientos previstos en su propio Derecho procesal nacional, tal como citar al testigo para que comparezca ante él?”.

4. En el presente asunto, el Tribunal entendió que el Reglamento se aplica a los procedimientos de obtención de pruebas precedidos de una solicitud del órgano jurisdiccional requirente para la ejecución de diligencias de obtención de pruebas por el órganos jurisdiccional requerido (§26) pero “el Reglamento 1206/2001 no contiene ninguna disposición que permita o impida a un órganos jurisdiccional de un Estado Miembro a citar a una parte residente en otro Estado miembro, para que comparezca y preste declaración directamente en él” (§27) por lo que nada impide el uso de las normas procesales nacionales cuando el testigo está dispuesto a comparecer voluntariamente” (§31).. El Abogado general, en sus Conclusiones (6 septiembre 2012) indicaba que “cuando no es necesario (...) recurrir al poder judicial de otro Estado miembro para obtener una prueba, no es obligatorio que un órgano jurisdiccional ordene la realización de las diligencias” (§ 49). Además, “si un órgano jurisdiccional no pretende recurrir a este método de cooperación judicial (...) no estará obligado a respetar las formalidades previstas en el art. 17 del Reglamento 1206/2001” (§ 50). Por tanto, “puede optar por nombrar al perito para que ejecute directamente esa última parte del mandato, bien acudiendo al procedimiento de obtención directa de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente establecido en el citado art. 17, bien absteniéndose de aplicar las disposiciones de dicho Reglamento, siempre y cuando la realización de esa parte de la prueba pericial no requiera la cooperación de las autoridades del Estado miembro en la que deba realizarse” (§ 65). Por ello, entiende el Tribunal, no pueden interpretarse los arts. 1.1 y 17 del Reglamento con un carácter restrictivo según el cual “los tribunales de un Estado miembro están obligados a aplicar el procedimiento de obtención de pruebas previsto en los artículos citados”, es más, “el Reglamento (...) no regula con carácter exhaustivo la obtención transfronteriza de pruebas sino que únicamente pretende facilitar dicha obtención, permitiendo el recurso a otros instrumentos que persigan el mismo objetivo” (§46).

5. A modo de conclusión, señalar que el Tribunal ha destacado el carácter instrumental y facultativo del Reglamento de prueba, cuyo objetivo es facilitar la obtención de pruebas que deban practicarse en el extranjero. Por ello, si existen fórmulas más ágiles, simples y efectivas, en las que voluntariamente (esta voluntariedad es determinante para la aplicación facultativa) pueda obtenerse la prueba situada en otro Estados, nada impide su utilización que sirve a los mismos fines que el Reglamento.

Por último, en ocasiones, se ha confundido la aplicación facultativa del Reglamento con su carácter obligatorio o no (v.gr., A. Nuyts, “Le règlement communautaire sur l’obtention des preuves: un instrument exclusif?”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2007, pp. 53 ss; o P. Diago Diago, “Reglamento 1206/2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales e los Estados Miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil: estudio sobre su obligatoriedad, imperatividad y exclusividad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (www. reei.org), nº 25, 2013, p. 13): Cuando el supuesto está incluido dentro de su ámbito de aplicación: se requiere la práctica de una diligencia probatoria en el extranjero y deba realizarse a través de la cooperación judicial, el Reglamento es obligatorio. Si la prueba puede obtenerse de otro modo (aportación voluntaria, traslado voluntario de testigo) sencillamente no será aplicable. A nuestro juicio, el Reglamento 1206/2001 tiene una clara voluntad de exclusividad cuando concurren todos los elementos para su aplicación (M.J. Elvira Benayas, “La disciplina de la obtención de pruebas en el ámbito internacional”, en L.F. Carrillo Pozo y M.J. Elvira Benayas, *Intrumentos Procesales de la UE. Los Reglamentos sobre notificación y obtención de pruebas*, ed. Comares, 2012, pp. 136–138).

2013/70.– Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 21 febrero 2013. Asunto C–332/11. Ponente: M. Ilešič.

Reglamento (CE) nº 1206/2001.– Cooperación en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil.– Ejecución directa de la diligencia de prueba.– Designación de un perito.– Actividad pericial desarrollada en parte en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional remitente y en parte en el territorio de otro Estado miembro.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 1206/2001 del Consejo, de 28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

[...]

53. *Tal y como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, la anterior aseveración debe entenderse a la luz de las circunstancias que dieron lugar a la sentencia mencionada, consistentes en que una solicitud de interrogatorio provisional de un testigo, dirigida directamente al tribunal del Estado miembro de la residencia del testigo, que sin embargo no era competente para conocer del fondo del asunto, podría utilizarse efectivamente como un medio de eludir las normas del Reglamento nº 1206/2001, toda vez que podría impedir que el tribunal competente, al que debería haber sido dirigida la solicitud de que se trata, tuviera la oportunidad de llevar a cabo el interrogatorio del testigo según las normas previstas por el citado Reglamento (véase la sentencia Lippens y otros, ap. 36). Ahora bien, las circunstancias del presente asunto difieren de las del asunto que dio lugar a la sentencia St. Paul Dairy, en la medida en que la prueba que ha de obtenerse se sitúa, en su mayor parte, en un Estado miembro distinto del Estado del tribunal que conoce del asunto, de manera que este último tiene la posibilidad de aplicar el Reglamento nº 1206/2001.*

54. *Habida cuenta de las consideraciones anteriores en su conjunto, procede responder a la cuestión planteada que los arts. 1, ap. 1, letra b), y 17 del Reglamento nº 1206/2001 deben interpretarse en el sentido de que el tribunal de un Estado miembro que considere conveniente la práctica de una prueba pericial en el territorio de otro Estado miembro no está obligado necesariamente a recurrir al modo de obtención de pruebas previsto en las citadas disposiciones para poder acordar tal diligencia de prueba.*

[PRORAIL BV Y XPEDYS NV, FAG KUGELFISCHER GMBH, DB SCHENKER RAIL NEDERLAND NV,
NATIONALE MAATSCHAPPIJ DER BELGISCHE SPOORWEGEN NV]

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

PATENTE EUROPEA

2013/71.– Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, Sentencia nº 3/2013, de 10 enero 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Rodríguez Vega. AC\2013\849.

Patente europea.– Patente concedida para varios países contratantes.– Solicitud inicial.– Haz de patentes que tienen la misma eficacia que las patentes nacionales en cada uno de los Estados para los que ha sido concedida, de acuerdo con su específica ley nacional.– Acción de cesación de la violación del derecho: improcedencia.– Patente concedida, para España por la EPO.– Patente que no comprendía reivindicaciones de producto que habían sido concedido para patentes europeas para otros países.– Reivindicaciones en la traducción española.– No coincidencia con el Título original en inglés de la patente tal y como fue concedida.– Infracción del derecho de patente.– Acciones de competencia desleal.

Normas aplicadas: Arts. 4, 11 y art. 15.1º Ley de Competencia Desleal.

[...]

79. *De acuerdo con la doctrina consolidada de la Sala Primera del Tribunal Supremo interpretando el ADPIC, legalmente Lundbeck podía haber dejado de presentar o haber retirado el juego especial de reivindicaciones para España, como expresamente reconoce la comunicación de la EPO marzo 2007, pero lo cierto es que no lo hizo y que la patente, tal y como fue concedida, para España por la EPO no*

comprendía reivindicaciones de producto que habían sido concedido para patentes europeas para otros países, al introducir dichas reivindicaciones en la traducción española, ésta no coincide con el Título original en inglés de la patente tal y como fue concedida, lo que hace ineficaces las reivindicaciones añadidas.

80. En el momento de tratar de dar una respuesta justa a este conflicto, creo que es conveniente también tener presente que cuando Lundbeck presentó el juego especial de reivindicaciones para España, es porque creía que la reserva estaba en vigor y a pesar de ello solicitó su patente con dichas limitaciones, no inducido a un error por la comunicación del Presidente de la EPO, sino porque en este momento no se había planteado realmente la polémica sobre el alcance del ADPIC que tuvo que esperar nada más ni nada menos que diez años para desatarse. Es cierto que la respuesta que estoy ofreciendo al actor es peor que los titulares que, ignorando la reserva española y la comunicación de la EPO, incluyeron reivindicaciones de productos químicos o farmacéuticos en las patentes que designaban España, pero lo cierto es que en esos casos no se da discrepancia alguna entre el Título original y el traducido, entre la patente tal y como fue concedida y su traducción. La recomendación del Presidente de la EPO no era obligatoria, por lo que presentar un juego especial de reivindicaciones fue una opción de los titulares en interpretación de la reserva española, que a la larga ha resultado equivocada y perjudicial para ellos, pero lo cierto es que en el momento en que se adoptó creo que nadie previó los efectos que el ADPIC podría tener sobre la reserva española, como lo prueba el hecho irrefutable que se haya tardado más de diez años, desde la entrada en vigor del ADPIC, en presentar la traducción revisada y tratar de hacer valer un Tratado Internacional en vigor desde el año 1995.

81. En consecuencia, al considerar que son ineficaces las reivindicaciones de producto introducidas en la traducción revisada de la patente es '891, no puede haber infracción de dichas reivindicaciones y, en consecuencia, no es necesario entrar a analizar la legitimación de cada uno de los actores para ejercitar las acciones fundadas en dicha presunta infracción.

82. El actor ejercita de forma acumulada a la acción de infracción de su derecho de patente, ejercita varias acciones de competencia desleal en base a los supuestos contemplados en el art. 11, art. 15.1 y art. 4 de la Ley de Competencia Desleal, acciones que han de ser desestimadas ya que todas ellas se fundan en la existencia de una infracción del derecho de patentes y de su monopolio sobre el escitalopram como tal producto, derecho e infracción que ya he desestimado.

[H. LUNDBECK A/S, LUNDBECK ESPAÑA, S.A. Y ALMIRALL, S.A. /
SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A. Y OTROS]

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DESESTIMA LOS RECURSOS INTERPUESTOS POR ESPAÑA E ITALIA EN EL ÁMBITO DE LA PATENTE UNITARIA

2013/72.– Tribunal de Justicia, Gran Sala, Sentencia de 16 abril 2013. Asuntos acumulados C-274/11 y C-295/11. Ponente: M. Ilešič.

Patente unitaria.– Decisión de autorizar una cooperación reforzada con arreglo al art. 329 TFUE, ap. 1.– Recurso de anulación por falta de competencia, desviación de poder y violación de los Tratados.– Requisitos enunciados en los arts. 20 TUE, 326 TFUE y 327 TFUE.– Competencia no exclusiva.– Decisión adoptada “como último recurso”.– Protección de los intereses de la Unión.

Normas aplicadas: Decisión 2011/167/UE del Consejo, de 10 marzo 2011, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria.

[...]

75. Por la razón expuesta en el ap. 68 de la presente sentencia, no puede afirmarse fundadamente que, al proponer la creación de una patente unitaria aplicable en los Estados miembros participantes y

no en el conjunto de la Unión, la Decisión impugnada perjudique al mercado interior o a la cohesión económica, social y territorial de la Unión.

76. En la medida en que los demandantes se refieren también, para demostrar tanto dicho perjuicio al mercado interior como la discriminación y las distorsiones de la competencia, al régimen lingüístico proyectado en el considerando 7 de la Decisión impugnada, debe señalarse que la compatibilidad de dicho régimen con el Derecho de la Unión no puede examinarse en el marco de los presentes recursos.

77. En efecto, como se precisa en dicho considerando 7, el régimen lingüístico descrito en él sólo corresponde a una propuesta de la Comisión, enriquecida con elementos de solución transaccional propuestos por el Estado miembro que ostentaba la presidencia del Consejo de la Unión cuando se presentaron las solicitudes de cooperación reforzada. Por tanto, el régimen lingüístico expuesto en dicho considerando se encontraba solamente en una fase preparatoria cuando se adoptó la Decisión impugnada y no es un elemento constitutivo de ésta.

78. De lo anterior se deduce que las alegaciones basadas en la infracción del art. 326 TFUE son en parte infundadas y en parte inadmisibles.

[...]

81. Con arreglo al art. 327 TFUE, la cooperación reforzada autorizada por la Decisión impugnada debe respetar “las competencias, los derechos y las obligaciones” del Reino de España y de la República Italiana como Estados miembros que no participan en dicha cooperación.

82. Pues bien, la Decisión impugnada no vulnera en modo alguno una competencia, un derecho o una obligación de esos dos Estados miembros. En particular, no puede considerarse que vulnere las competencias, los derechos y las obligaciones de estos dos Estados la perspectiva, indicada en dicha Decisión, de que se establezca el régimen lingüístico al que el Reino de España y la República Italiana se oponen. Si bien es ciertamente esencial que una cooperación reforzada no conduzca a la adopción de medidas que impidan a los Estados miembros no participantes ejercer sus competencias y derechos y asumir sus obligaciones, los participantes en dicha cooperación sí pueden, por el contrario, establecer normas con las que los Estados no participantes no estarían de acuerdo si participaran en ella.

83. Por otro lado, el establecimiento de tales normas no impide que los Estados miembros no participantes se adhieran a la cooperación reforzada. Como establece el art. 328 TFUE, ap. 1, párr. 1º, tal adhesión está sujeta al requisito de que se respeten los actos ya adoptados por los Estados miembros que participan en la cooperación reforzada desde el comienzo de ésta.

84. Además, es necesario destacar que ni el Reino de España ni la República Italiana han refutado los datos mencionados en las frases segunda, tercera y cuarta del considerando 14 de la Decisión impugnada.

85. De lo anterior se deduce que las alegaciones basadas en la infracción del art. 327 TFUE tampoco están fundadas. [...]

[ESPAÑA / CONSEJO]

USO MARCA COMUNITARIA PARA COMERCIALIZAR VINOS EN PÁGINA WEB A TRAVÉS DE INTERNET

2013/73.— Audiencia Provincial de Alicante, Sección Tribunal de Marca Comunitaria, Sentencia nº 228/2013 de 31 mayo 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual. AC\2013\1260.

Marca comunitaria: efectos.— Derecho conferido: prohibición de uso sin consentimiento del titular.— **Infracción: procedencia:** gran majestad y majestät.— **Uso de la marca para comercializar vinos en página web a través de internet.**— Efecto comercial en la UE.— **Indicación del origen del**

producto: falta de acreditación de que la marca vaya destinada únicamente al mercado asiático.– Acceso a la página web por cualquier ciudadano.

Normas aplicadas: Arts. 9 y 15 Reglamento (CE) nº 207/2009 del Consejo de 26 febrero 2009, sobre la marca comunitaria

[...]

Es por ello que debemos rechazar la crítica del demandado sobre que la sentencia afirme que no ha acreditado que la marca vaya destinada a Hong-Kong, que no haya comercializado en UE y que no contuviera indicación alguna pues de lo que tenemos certeza es de que aun cuando con la publicitación del vino con la marca Gran Majestad puede ir destinada al mercado asiático, es decir, que destine o prevea destinar parte de su producción a la exportación fuera del ámbito geográfico UE, ofertando su comercialización –y haciendo por tanto publicidad de su producto– desde la página web general de la empresa, con acceso a ella de todos los consumidores desde un punto de vista global, pero también del citado espacio económico, de lo que también tenemos certeza es de que hay infracción en el sentido descrito del art. 9 RMC 207/09 en relación al concepto que de uso de un signo se da por el propio RMC –art 15–, en tanto no puede obviarse que la publicidad se hace de manera indiscriminada sin segregar mercados que ni siquiera, en todo caso, sería suficiente para eludir la infracción dado que se trata del uso de un signo infractor para la exportación, como presumimos al no tener constancia de que la producción se haga fuera del ámbito europeo, lo que constituye uso y, por tanto, acto que cae bajo la égida del derecho de exclusión de la actora a la que no cabe oponerle titularidad de derecho sobre marca adquirida –en las circunstancias ya descritas– con posterioridad, porque en el espacio europeo aquél es el titular de la marca prioritaria que expande su ius prohibendi también frente a terceros signos posteriores, tanto más cuando están claramente generados para crear una apariencia que no puede tener más valor que el que se le reconozca en el territorio del registro pero, en absoluto, en el europeo por lo ya expuesto. [...]

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES

SENTENCIAS PROCEDENTES DE PAÍSES EXTRACOMUNITARIOS

2013/74.– Audiencia Provincial de Salamanca, Sección Primera, Auto nº 16/2013, de 12 febrero 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildefonso García del Pozo. AC\2013\696.

Sentencia extranjera.– Sentencia por el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de Santo Domingo.– Régimen de condiciones.– Necesidad de previa audiencia del Ministerio Fiscal.– Revocación de la resolución impugnada para que continúe el procedimiento.

Normas aplicadas: Arts. 951 ss LEC/1881.

[...]

Al tratarse la resolución, cuya ejecución se pretende por el solicitante, y ahora recurrente, Don Ca-yetano, de una sentencia dictada por un órgano judicial extranjero, como es el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de Santo Domingo (República Dominicana), con carácter previo a pronunciarse propiamente respecto a si procede o no el despacho de ejecución solicitado, dado su carácter de sentencia constitutiva, ha de decidirse si ha de reconocerse o no eficacia en España a la referida sentencia. A tal efecto dispone el art. 523.1º LEC que “para que las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los

Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional". Por lo que, al no constar la existencia de Tratado al respecto con la República Dominicana y al no haberse promulgado la Ley sobre cooperación jurídica internacional, habrá de acudirse al procedimiento establecido en los arts. 951 a 958 LEC/1881, expresamente declarados en vigor por la Disposición Derogatoria Única 1. 3ª, de la vigente LEC, y cuyo conocimiento es actualmente de la competencia de los Juzgados de Primera Instancia (art. 85.5º LOPJ). Y en el art. 956 LEC/1881 se contemplan como trámites necesarios previos al reconocimiento o no de eficacia de una sentencia extranjera la audiencia por término de nueve días tanto de la parte contra la que, en su caso, se dirija la posible ejecución como en todo caso del Ministerio Fiscal, trámite que en el presente caso no ha sido cumplido, al denegar el Juzgado de plano el despacho de ejecución con fundamento en el art. 521 LEC, como si se tratara de una sentencia o resolución dictada por un órgano judicial español, posiblemente inducido a ello por los mismos términos en que se formuló su petición por el solicitante, y que ahora ha venido a corregir, tal y como resulta de la invocación de los preceptos que considera infringidos. Y por ello, al no haberse cumplido en el presente caso el preceptivo trámite de audiencia al Ministerio Fiscal, no procede pronunciarse sobre la eficacia o no en España de la sentencia en cuestión, por lo que, con estimación parcial del recurso de apelación, ha de revocarse la resolución impugnada para que continúe el procedimiento y, una vez cumplido el trámite de audiencia al Ministerio Fiscal, se dicte resolución declarando si procede o no reconocer eficacia en España a la indicada sentencia. [...]

2013/75.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda, Sentencia nº 479/2013, de 18 junio 2011. Ponente: Ilma. Sra. Carmen Neira Vázquez. JUR\2013\264070.

Sentencia de divorcio por mutuo acuerdo pronunciada en Marruecos.– Régimen convencional: Convenio hispano-marroquí de 30 mayo 1997.– Cumplimiento de los requisitos establecidos para el exequátur.– Acreditación del carácter firme de la decisión por el Presidente de la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de Tetuán.– Exequátur: si.

Normas aplicadas: Arts. 23 y 28 Convenio de Cooperación Judicial, en materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 mayo 1997.

[...]

Tales consideraciones no pueden sino predicarse además respecto de una resolución acordada en virtud del mutuo acuerdo alcanzado por las partes con relación a un divorcio y a unas medidas adoptadas también por metido de pacto entre las partes litigantes, como se hace constar en la copia de la sentencia de divorcio que reúne todas las condiciones necesarias para su autenticidad, tal y como exige el mencionado art. 28 del citado Convenio, por cuanto no cabe entender que quien actúa en el proceso mediante la vía del acuerdo se alce posteriormente contra la sentencia que aprueba medidas acorde a sus pretensiones.

En efecto, hay que recordar que la sentencia de 14 octubre 2009 se dicta en virtud de instancia presentada por ambos esposos exponiendo que se autorice un divorcio por mutuo acuerdo acompañando al efecto un documento de mutuo acuerdo firmado por ambos esposos y legalizadas sus firmas y de las actas de nacimiento, compareciendo al efecto ambos esposos interesados en la Sala del Tribunal y aclarando que tienen un documento escrito por mutuo acuerdo, asegurando su petición, tras lo cual se acepta la demanda y se autoriza el divorcio entre los esposos Ovidio y Doña Silvia

Y no es ocioso señalar precisamente en esta tesitura la jurisprudencia dictada por nuestro Alto Tribunal en relación a la necesidad de llevar a cabo la audiencia del demandado en exequátur– por presentar dichos extremos una directa vinculación con lo que ahora examinamos – en los supuestos como el que nos ocupa de sentencia dictada en virtud de mutuo acuerdo alcanzado por las partes litigantes, y así expresa el TS, entre otras en sentencia de 21 diciembre que [...]

Es de significar asimismo que ya el Ministerio Fiscal nada opuso a la estimación de la demanda de exequátur de la resolución que declaraba el divorcio de mutuo acuerdo de las partes, lo que reitera en ulterior informe de 5 julio 2012, todo lo cual determina en este punto el acogimiento de este motivo de apelación y la revocación de la resolución recurrida al haberse cumplido las exigencias que al efecto contempla la legislación vigente debiendo por lo tanto reconocer la sentencia de divorcio objeto de este procedimiento y con las consecuencias legales inherentes a ello incluida, en su caso, y si procede, como se establecerá en el fallo de la sentencia y que se ajustará a lo que aquí se razona, la inscripción en el registro Civil Central, tal y como se postula por la parte recurrente.

**RESOLUCIÓN JUDICIAL INCONCILIABLE CON OTRA DICTADA ANTERIORMENTE
EN EL MISMO ESTADO MIEMBRO, ENTRE LAS MISMAS PARTES Y EN UN LITIGIO
QUE TIENE EL MISMO OBJETO Y LA MISMA CAUSA**

2013/76.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 26 septiembre 2013. Asunto C–157/12.
Ponente: M. Safjan.

Espacio de libertad, seguridad y justicia.– Cooperación judicial en materia civil.– Reglamento (CE) n° 44/2001: Art. 34, números 3 y 4.– Reconocimiento de una resolución judicial dictada en otro Estado miembro.– Situación en la que dicha resolución es inconciliable con otra resolución judicial dictada anteriormente en el mismo Estado miembro, entre las mismas partes y en un litigio que tiene el mismo objeto y la misma causa.

Normas aplicadas: Art. 34, n° 4, del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil–

[...]

21. Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si el art. 34, n° 4, del Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que comprende también las resoluciones inconciliables dictadas por tribunales de un mismo Estado miembro. [...]

34. En este contexto, el art. 46, ap. 1, del Reglamento n° 44/2001 establece que se podrá suspender el procedimiento si la resolución judicial extranjera hubiese sido o pudiera ser objeto de recurso ordinario en el Estado miembro de origen.

35. En efecto, incumbe al justiciable interponer los recursos previstos por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que se desarrolla el procedimiento, lo que Salzgitter, por otra parte, hizo en el marco del litigio principal. En cambio, el justiciable no puede utilizar los motivos de denegación de la ejecución de resoluciones judiciales adoptadas en otro Estado miembro para poner en tela de juicio el resultado de dichos recursos.

36. Ahora bien, la interpretación del art. 34, n° 4, del Reglamento n° 44/2001 en el sentido de que dicha disposición comprende también los conflictos entre dos resoluciones judiciales procedentes de un mismo Estado miembro es incompatible con el principio de confianza recíproca mencionado en el ap. 31 de la presente sentencia. En efecto, una interpretación de esta índole permitiría que los tribunales del Estado miembro requerido sustituyeran la apreciación de los tribunales del Estado de origen por la suya propia.

37. En efecto, una vez que la resolución judicial ha adquirido firmeza tras el procedimiento en el Estado miembro de origen, la denegación de la ejecución de ésta debido a su carácter inconciliable con otra resolución procedente del mismo Estado miembro sería comparable a una revisión en cuanto al fondo de la resolución cuya ejecución se solicita, lo que queda expresamente excluido por el art. 45, ap. 2, del Reglamento n° 44/2001.

38. *Tal posibilidad de revisión en cuanto al fondo constituiría, de hecho, una vía de recurso adicional contra una resolución judicial que ha adquirido firmeza en el Estado miembro de origen. A este respecto, ha quedado acreditado que, como señaló fundadamente el Abogado General en el punto 31 de sus conclusiones, los motivos de denegación de la ejecución previstos en el Reglamento nº 44/2001 no tienen por objeto establecer recursos adicionales contra las resoluciones judiciales nacionales firmes.*

39. *Por último, ha de señalarse que, al tener la enumeración de los motivos de denegación de la ejecución carácter exhaustivo, como se desprende de la jurisprudencia recordada en el ap. 28 de la presente sentencia, los referidos motivos han de interpretarse restrictivamente, por lo que, contrariamente a lo que alegan Salzgitter y el Gobierno alemán, no cabe una interpretación por analogía de los mismos, según la cual también estarían comprendidas las resoluciones judiciales procedentes de un mismo Estado miembro.*

40. *Habida cuenta del conjunto de consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión prejudicial que el art. 34, nº 4, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que no comprende las resoluciones inconciliables dictadas por tribunales de un mismo Estado miembro.*

[SALZGITTER MANNESMANN HANDEL GMBH Y SC LAMINORUL S.A.]

Obs.: REDI 2014–7–Pr y nota de S. Álvarez González.

PROCESO MONITORIO EUROPEO

OPOSICIÓN EXTEMPORÁNEA DE UN ESCRITO DE OPOSICIÓN A UN REQUERIMIENTO EUROPEO DE PAGO

2013/77.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Auto de 21 marzo 2013. Asunto C–324/12. Ponente: M. Ilešič.

Cooperación judicial en materia civil.– Reglamento (CE) nº 1896/2006.– Proceso monitorio europeo.– Oposición extemporánea: Art. 20.– Revisión en casos excepcionales.– Inexistencia de circunstancias “extraordinarias” o “de carácter excepcional”.

Normas aplicadas: Art. 20 del Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo.

[...]

22. *La posibilidad de una revisión del requerimiento europeo de pago en circunstancias tales como las del asunto principal daría al demandado una segunda posibilidad de impugnar la deuda, en el sentido del cdo. 25 del Reglamento nº 1896/2006.*

23. *La falta del requisito de existencia de circunstancias extraordinarias hace innecesario examinar si concurren los demás requisitos establecidos en el art. 20, ap. 1, letra b) Reglamento nº 1896/2006, en particular el de ausencia de negligencia del demandado.*

24. *En efecto, conforme al tenor del art. 20, ap. 1, letra b) Reglamento nº 1896/2006, para que el demandado tenga derecho a solicitar la revisión del requerimiento europeo en virtud de esta disposición deben concurrir, si no existe un caso de fuerza mayor, tres requisitos acumulativos: en primer lugar, la existencia de circunstancias extraordinarias que hayan impedido que el demandado impugnara la deuda en el plazo fijado al efecto; en segundo lugar, la ausencia de negligencia del demandado y, en tercer lugar, la pronta actuación de este último. La falta de uno de estos*

requisitos impide que el demandado alegue que concurren en su caso los requisitos exigidos por dicha disposición.

25. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a las cuestiones planteadas que el incumplimiento del plazo de presentación del escrito de oposición a un requerimiento europeo de pago como consecuencia de una actuación negligente del representante del demandado no justifica la revisión de ese requerimiento de pago, pues tal incumplimiento de plazo no puede calificarse ni de circunstancia extraordinaria, en el sentido del art. 20, ap. 1, letra b) Reglamento nº 1896/2006, ni de circunstancia de carácter excepcional, en el sentido del ap. 2 del mismo artículo.

[NOVONTECH—ZALA KFT. Y LOGICDATA ELECTRONIC & SOFTWARE ENTWICKLUNGS GMBH]

COMPARECENCIA DEL DEMANDADO ANTE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL QUE CONOCE DEL ASUNTO

2013/78.— Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 13 junio 2013. Asunto C-144/12. Ponente: M. Ilesič.

Reglamento (CE) nº 1896/2006.— Proceso monitorio europeo: Arts. 6 y 17.— Oposición al requerimiento europeo de pago sin impugnar la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen.— Reglamento (CE) nº 44/2001.— Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: Art. 24.— Comparecencia del demandado ante el órgano jurisdiccional que conoce del asunto.— Pertinencia en el marco del proceso monitorio europeo.

Normas aplicadas: Arts. 6 y 17 Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo; art. 24 del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

23. Mediante sus cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 6 del Reglamento nº 1896/2006, en relación con el art. 17 de dicho Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que una oposición al requerimiento europeo de pago que no incluya una impugnación de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen debe considerarse como una comparecencia, en el sentido del art. 24 del Reglamento nº 44/2001, y si es pertinente, a este respecto, el hecho de que el demandado, en el marco del escrito de oposición presentado, haya formulado alegaciones sobre el fondo del asunto. [...]

40. Interpretar que una oposición acompañada de alegaciones sobre el fondo debe considerarse como la primera actuación de defensa iría, además, en contra del objetivo perseguido por la oposición al requerimiento europeo de pago. Cabe señalar, a este respecto, que ninguna disposición del Reglamento nº 1896/2006, y tampoco su art. 16, ap. 3, exige que el demandado precise los motivos de su oposición, de manera que esta última no está destinada a dar cabida a una defensa sobre el fondo, sino, tal como se ha indicado en el ap. 30 de la presente sentencia, a permitir al demandado impugnar el crédito.

41. De ello se deduce que el hecho de que el demandado haya formulado alegaciones sobre el fondo, en el marco del escrito de oposición al requerimiento europeo de pago que presentó, no significa que haya comparecido, en el sentido del art. 24 del Reglamento nº 44/2001.

42. En contra de lo que sostienen Goldbet y el Gobierno checo, tal interpretación no ignora el objetivo del Reglamento nº 1896/2006 de acelerar el procedimiento. En efecto, según se desprende del art.

1, ap. 1, letra a), de dicho Reglamento, tal objetivo sólo es pertinente en la medida en que el crédito no se impugna, lo que no sucede cuando el demandado presenta un escrito de oposición al requerimiento europeo de pago.

43. Del conjunto de consideraciones anteriores resulta que procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el art. 6 del Reglamento nº 1896/2006, en relación con el art. 17 del mismo Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que una oposición al requerimiento europeo de pago que no incluya una impugnación de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen no puede considerarse como una comparecencia en el sentido del art. 24 del Reglamento nº 44/2001, y que carece de pertinencia al respecto el hecho de que el demandado, en el marco del escrito de oposición que presentó, haya formulado alegaciones sobre el fondo del asunto.

[GOLDBET SPORTWETTEN GMBH Y MASSIMO SPERINDEO]

Obs.: REDI 2014–11–Pr y nota de G. Esteban de la Rosa.

RESPONSABILIDAD

LA INDEMNIZACIÓN POR EL PERJUICIO MORAL SUFRIDO DEBE ESTAR CUBIERTA POR EL SEGURO OBLIGATORIO DE VEHÍCULOS

2013/79.– Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 24 octubre 2013. Asunto C–22/12. Ponente: A. Arabadjiev.

Seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles.– Directiva 72/166/CEE.– Art. 3, ap. 1.– Directiva 90/232/CEE.– Art. 1 – Accidente de tráfico.– Fallecimiento de un pasajero – Derecho a indemnización del cónyuge y del hijo menor de edad.– Perjuicio inmaterial – Indemnización – Cobertura por el seguro obligatorio.

Normas aplicadas: Art. 3. 1º Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 abril 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad; art. 1.1º Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 mayo 1990, Tercera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles.

[...]

35. Mediante su primera cuestión, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si los arts. 3, ap. 1, de la Primera Directiva, y 1, ap. 2, de la Segunda Directiva deben interpretarse en el sentido de que el seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles ha de cubrir la indemnización de los perjuicios inmateriales sufridos por los parientes cercanos de las víctimas fallecidas en un accidente de tráfico. [...]

50. Por consiguiente, dentro de los daños que deben repararse con arreglo a las Directivas Primera, Segunda y Tercera figuran los perjuicios inmateriales cuya indemnización está prevista en virtud de la responsabilidad civil del asegurado por parte del Derecho nacional aplicable al litigio.

51. Por lo que se refiere a saber cuáles son las personas que pueden tener derecho a la reparación de estos perjuicios inmateriales, por un lado es necesario señalar que de una lectura combinada de los arts. 1, nº 2, y 3, ap. 1, primera frase, de la Primera Directiva se deduce que la protección que debe garantizarse en virtud de esta Directiva se extiende a toda persona que tenga derecho, con arreglo al

Derecho nacional en materia de responsabilidad civil, a la reparación del daño causado por vehículos automóviles.

52. Por otro lado, es necesario precisar que, como puso de manifiesto el Abogado General en el punto 78 de sus conclusiones y contrariamente a lo que alega el Gobierno alemán, la Tercera Directiva no ha restringido el círculo de personas protegidas, sino que, al contrario, ha establecido la obligación de cubrir los daños sufridos por determinadas personas que se consideran particularmente vulnerables.

53. Además, ya que el concepto de daño recogido en el art. 1, n° 2, de la Primera Directiva tampoco estaba limitado, nada permite considerar, contrariamente a lo que sostiene el Gobierno estonio, que determinados daños, como los perjuicios inmateriales, en la medida en que deban ser reparados según el Derecho nacional en materia de responsabilidad civil aplicable, deban excluirse de este concepto.

54. Ningún elemento de las Directivas Primera, Segunda y Tercera permite concluir que el legislador de la Unión haya deseado restringir la protección garantizada por estas Directivas únicamente a las personas directamente implicadas en un hecho dañoso. [...]

58. En efecto, ya que la responsabilidad del asegurado derivada, según el tribunal remitente, en el caso de autos, de los arts. 11 y 13 del Código civil checo tiene su origen en un accidente de tráfico y es de naturaleza civil, nada permite considerar que esta responsabilidad no está incluida en el Derecho nacional material de la responsabilidad civil al que remiten las Directivas antes mencionadas.

59. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la primera cuestión que los arts. 3, ap. 1, de la Primera Directiva, 1, aps. 1 y 2, de la Segunda Directiva, y 1, párr. 1°, de la Tercera Directiva deben interpretarse en el sentido de que el seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles debe cubrir la indemnización de los perjuicios inmateriales sufridos por los familiares cercanos de las víctimas fallecidas en un accidente de tráfico, en la medida en que el Derecho nacional aplicable al litigio principal establezca esta indemnización en concepto de responsabilidad civil del asegurado.

[KATARÍNA HAASOVÁ Y RASTISLAV PETRÍK, BLANKA HOLINGOVÁ]

TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO PARA CRÉDITOS NO IMPUGNADOS

REQUISITOS PARA LA CERTIFICACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO DE UNA RESOLUCIÓN

2013/80.— Tribunal de Justicia, Sala Novena, Sentencia de 5 diciembre 2013. Asunto C-508/12. Ponente: M. Safjan.

Espacio de libertad, seguridad y justicia.— Reglamento (CE) n° 805/2004.— Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.— Requisitos para la certificación como título ejecutivo de una resolución.— Situación en la que la resolución fue adoptada en el Estado miembro del acreedor en un litigio entre dos personas que no realizan actividades comerciales o profesionales.

Normas aplicadas: Art. 6, ap. 1, letra d) Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

[...]

31. Habida cuenta del objetivo de protección de los consumidores previsto en las disposiciones del Derecho de la Unión mencionadas, que pretende reestablecer la igualdad entre las partes en los contra-

tos celebrados entre un consumidor y un profesional, la aplicación de éstas no puede ampliarse a personas respecto de las cuales no se justifica dicha protección.

32. De ese modo, el Tribunal de Justicia ya determinó que las normas de competencia especiales en materia de contratos celebrados por los consumidores no pueden aplicarse a los contratos celebrados entre dos personas que realizan actividades comerciales o profesionales (véase, en ese sentido, S 19 enero 1993, Shearson Lehman Hutton, C-89/91, aps. 11 y 24).

33. Pues bien, procede constatar que tampoco existe un desequilibrio entre las partes en una relación contractual como la controvertida en el litigio principal, a saber entre dos personas que no realizan actividades comerciales o profesionales. Por tanto, dicha relación no puede someterse al régimen de protección aplicable respecto de consumidores que celebran contratos con personas que realizan actividades comerciales o profesionales.

34. Dicha interpretación se ve corroborada por la estructura y el sistema de las normas de competencia especiales en materia de contratos celebrados por los consumidores previstas en el art. 16, aps. 1 y 2, del Reglamento nº 44/2001, que establece la competencia del órgano jurisdiccional del domicilio del consumidor para las acciones entabladas por éste y contra aquél. De ello se desprende que dicha disposición debe aplicarse únicamente a los contratos en los que existe un desequilibrio entre las partes contratantes.

35. Por otra parte, debe tenerse en cuenta el carácter complementario de las normas instituidas por el Reglamento nº 805/2004 respecto de las relativas al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones previstas por el Reglamento nº 44/2001.

36. A este respecto, procede aclarar que, aunque la certificación como título ejecutivo europeo en virtud del Reglamento nº 805/2004 de una sentencia relativa a un crédito no impugnado permite prescindir del procedimiento de exequátur previsto por el Reglamento nº 44/2001, la falta de dicha certificación no excluye la posibilidad de la ejecución de la citada resolución en aplicación del procedimiento de exequátur previsto por ese último Reglamento.

37. Pues bien, dar, en el marco del Reglamento nº 805/2004, una definición del concepto de “consumidor” más amplia que la del Reglamento nº 44/2001 podría conducir a incoherencias en la aplicación de ambos Reglamentos. En efecto, el régimen excepcional establecido por el primer Reglamento podría llevar a que no se certificara como título ejecutivo una sentencia, cuya ejecución sería sin embargo posible en el marco del régimen general previsto por el Reglamento nº 44/2001, puesto que no se cumplirían los requisitos que exige dicho régimen para permitir al demandado impugnar la expedición de un título ejecutivo, basándose en una infracción de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado del domicilio del consumidor.

38. De lo anterior se desprende que el concepto de “consumidor”, en el sentido del art. 6, ap. 1, letra d) Reglamento nº 805/2004, contempla a una persona que celebra un contrato para un uso que puede considerarse ajeno a su actividad profesional con una persona que actúa en el ejercicio de sus actividades comerciales o profesionales.

39. En consecuencia, procede responder a la cuestión planteada que el art. 6, ap. 1, letra d) Reglamento nº 805/2004 debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a los contratos celebrados entre dos personas que no realizan actividades comerciales o profesionales.

[WALTER VAPENIK Y JOSEF THURNER]

Obs.: M. López de Tejada Ruiz, “El concepto de consumidor en el marco del título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. Comentario a la STJ de 5 diciembre 2013 (Vapenik)”, *La Ley: UE*, nº 13, 2014, pp. 27–30.

SOCIEDADES

FUSIÓN DE UNA SOCIEDAD MATRIZ ESTABLECIDA EN UN ESTADO MIEMBRO
CON UNA FILIAL ESTABLECIDA EN OTRO ESTADO MIEMBRO

2013/81.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 21 febrero 2013. Asunto C-123/11. Ponente: J.-C. Bonichot.

Libertad de establecimiento.– Art. 49 TFUE.– **Legislación fiscal.**– **Fusión de una sociedad matriz establecida en un Estado miembro con una filial establecida en otro Estado miembro.**– **Deducibilidad por la sociedad matriz de las pérdidas de la filial resultantes de las actividades de ésta.**– **Exclusión respecto a las filiales no residentes.**

Normas aplicadas: Arts. 49 y 54 TFUE.

[...]

21. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente al Tribunal de Justicia que dilucide si los arts. 49 TFUE y 54 TFUE se oponen a que la legislación de un Estado miembro impida que, a raíz de una fusión con una filial establecida en el territorio de otro Estado miembro, una sociedad matriz residente tenga la posibilidad de deducir de sus ingresos imposables las pérdidas sufridas por aquélla en ejercicios fiscales anteriores a la fusión, mientras que tal legislación nacional recoge tal posibilidad cuando la fusión se realiza con una filial residente. [...]

48. Por lo que respecta a la proporcionalidad del obstáculo a la libertad de establecimiento, por una parte, debe señalarse que el hecho de reconocer a favor de la sociedad matriz la posibilidad de tener en cuenta las pérdidas de su filial no residente, en el marco de una fusión transfronteriza, no puede dar lugar, a priori, a que la sociedad matriz pueda elegir libremente de un año para otro el régimen fiscal aplicable a las pérdidas de sus filiales (véase, contrario sensu, la sentencia X-Holding, ap. 31).

49. Por otra parte, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que una medida restrictiva como la que es objeto del asunto principal va más allá de lo necesario para alcanzar lo esencial de los objetivos perseguidos cuando la filial no residente ha agotado las posibilidades de tener en cuenta las pérdidas sufridas en su Estado de residencia (véase, en este sentido, la sentencia Marks & Spencer, ap. 55). Corresponde a la sociedad matriz demostrar que es así (véase, en este sentido, la sentencia Marks & Spencer, ap. 56).

50. En lo que al asunto principal se refiere, de determinados elementos obrantes en los autos remitidos al Tribunal de Justicia se deduce que, para calcular la base imponible, el Derecho sueco establece la posibilidad de deducir las pérdidas de un sujeto pasivo en ejercicios fiscales futuros.

51. No obstante, A ha manifestado que, una vez ejecutada la operación de fusión, se procedería a la liquidación de B, y que ya no tendría ninguna filial ni ningún establecimiento permanente en Suecia. Así, en principio, ninguna de estas dos sociedades tiene la posibilidad de deducir, en Suecia, tras la fusión, las pérdidas de B sufridas en este Estado miembro con anterioridad a dicha operación.

52. Sin embargo, por sí solas, dichas circunstancias específicas no pueden demostrar la imposibilidad de tener en cuenta las pérdidas que existen en el Estado de residencia de la filial.

53. Así, varios Estados miembros que han intervenido en el procedimiento consideran, por el contrario, que sigue existiendo la posibilidad de tener en cuenta las pérdidas de B en Suecia. El Gobierno alemán alega, por lo tanto, que dichas pérdidas pueden restarse de los ingresos, ciertamente mínimos, que B sigue obteniendo en Suecia. Agrega que esta sociedad sigue estando vinculada por los contratos de arrendamiento que pueden ser objeto de cesión. El Gobierno francés sostiene igualmente que el Derecho sueco permite a las sociedades tener en cuenta las pérdidas registradas en ejercicios anteriores o con motivo de la tributación de plusvalías realizadas sobre los elementos de activo y de pasivo de

la sociedad absorbida. El Gobierno italiano alega que Suecia puede evaluar los bienes transferidos y someter al impuesto a la sociedad absorbida sobre el beneficio así realizado.

54. Por consiguiente, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si A demostró efectivamente que B había agotado todas las posibilidades de tener en cuenta las pérdidas que existen en Suecia.

55. En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente decida que se aportó dicha prueba, sería contrario a los arts. 49 TFUE y 54 TFUE excluir la posibilidad de que A deduzca de su renta imponible en su Estado de residencia las pérdidas sufridas por su filial no residente en relación con la operación de fusión de que se trata en el asunto principal.

56. Habida cuenta de cuanto antecede debe responderse a la primera cuestión planteada que los arts. 49 TFUE y 54 TFUE no se oponen, en las circunstancias del asunto principal, a una normativa nacional que excluye la posibilidad de que una sociedad matriz que se fusiona con una filial establecida en otro Estado miembro, y que ha cesado su actividad, deduzca de sus ingresos imposables las pérdidas sufridas por esa filial en ejercicios anteriores a la fusión, mientras que dicha normativa nacional otorga tal posibilidad cuando la fusión se lleva a cabo con una filial residente. No obstante, tal normativa nacional es incompatible con el Derecho de la Unión si no ofrece a la sociedad matriz la posibilidad de demostrar que su filial no residente ha agotado las posibilidades de tener en cuenta tales pérdidas y que no existen posibilidades de que sean tenidas en cuenta en su Estado de residencia en ejercicios futuros, ya sea por ella misma o bien por un tercero. [...]

57. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pide al Tribunal de Justicia que, en el caso de que la aplicación del Derecho de la Unión autorice a la sociedad matriz a tener en cuenta las pérdidas de su filial no residente con ocasión de una fusión como la que es objeto del procedimiento principal, precise si tales pérdidas deberían determinarse con arreglo al Derecho del Estado miembro de residencia de la sociedad matriz o con arreglo al Estado de residencia de la filial. [...]

58. Al respecto, debe señalarse, en primer lugar, que, en el estado actual del Derecho de la Unión, la libertad de establecimiento no implica, en principio, la aplicación de una ley determinada al cálculo de las pérdidas de la filial absorbida asumidas por la sociedad matriz, en una operación como la que es objeto del asunto principal.

59. En cambio, el Derecho de la Unión se opone a que tales mecanismos de cálculo puedan suponer un obstáculo a la libertad de establecimiento. De ello se deduce que, en principio, dicho cálculo no debe dar lugar a una desigualdad de trato con el cálculo que, en el mismo supuesto, se habría realizado para la asunción de las pérdidas de una filial residente.

60. No obstante, tal cuestión no puede considerarse de manera abstracta e hipotética, sino que, en su caso, debe ser objeto de un análisis puntual.

61. En estas circunstancias, procede responder a la segunda cuestión que las reglas para el cálculo de las pérdidas de la filial no residentes para su asunción por la sociedad matriz residente, en una operación como la que es objeto del asunto principal, no deben suponer una desigualdad de trato con las reglas de cálculo aplicables en el supuesto de que tal fusión se hubiera realizado con una filial residente.

[A OY]

NORMATIVA TRIBUTARIA QUE GRAVA LAS PLUSVALÍAS LATENTES EN CASO DE TRASLADO DE LA RESIDENCIA DE UNA A OTRO ESTADO MIEMBRO

2013/82.— Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 25 abril 2013. Asunto C-64/11. Ponente: J.-C. Bonichot.

Incumplimiento de Estado – Libertad de establecimiento – Art. 49 TFUE – Restricciones – Legislación tributaria – Tributación inmediata de las plusvalías latentes – Traslado de la residencia de

una sociedad, cese de actividad de un establecimiento permanente o transferencia de activos de tal establecimiento.

Normas aplicadas: Art. 49 TFUE; art. 31 Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

[...]

31. En lo que respecta a la existencia de una eventual justificación de la restricción a la libertad de establecimiento derivada de las disposiciones del art. 17, ap. 1, letras a) y c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y al carácter proporcionado de tales disposiciones, procede recordar que la liquidación del gravamen en el momento del traslado de la sede de dirección efectiva de una sociedad respeta el principio de proporcionalidad, habida cuenta del objetivo de la normativa nacional controvertida, que es el de gravar en el Estado miembro de origen las plusvalías generadas en el ámbito de la competencia tributaria de dicho Estado miembro. Efectivamente, resulta proporcionado que el Estado miembro de origen, con el fin de preservar el ejercicio de su competencia en materia tributaria, liquide el impuesto que se adeuda por las plusvalías latentes generadas en su territorio en el momento en el que se extingue su potestad tributaria respecto a la sociedad de que se trata, en este caso en el momento del traslado de la sede de dirección efectiva de ésta a otro Estado miembro (sentencia National Grid Indus., ap. 52) o en el momento en que se transfieren al extranjero elementos patrimoniales inicialmente afectados a un establecimiento permanente situado en el territorio del Estado miembro de origen.

32. En cambio, el Tribunal de Justicia ha declarado ya que el art. 49 TFUE se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual debe procederse al cobro inmediato del gravamen sobre las plusvalías latentes correspondientes a los elementos patrimoniales de una sociedad en el momento mismo en que esa sociedad traslada su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro (sentencia National Grid Indus, ap. 86).

33. En el presente asunto, procede señalar que la Comisión no niega que los Estados miembros tienen derecho a someter a gravamen las plusvalías nacidas en sus respectivos territorios y, por lo tanto, a gravar el valor económico generado por una plusvalía latente en sus respectivos territorios, aunque esa plusvalía no se haya materializado aún en ellos.

34. La Comisión critica, no obstante, el gravamen inmediato de esa plusvalía latente en el momento de la salida del territorio, alegando que el objetivo perseguido por el Estado miembro de que se trata, preservar el ejercicio de su competencia en materia tributaria, puede protegerse con medidas menos perjudiciales para la libertad de establecimiento, ya que es posible exigir el pago de la deuda tributaria con posterioridad al traslado de la residencia o a la transferencia de activos, en el momento en que se habría gravado dicha plusvalía si la sociedad no hubiera procedido al traslado de su residencia o a la transferencia de activos fuera del territorio español.

35. A este respecto, procede hacer constar que, si bien es cierto que las disposiciones del art. 17, ap. 1, letras a) y c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que establecen reglas para la determinación de la base imponible de dicho impuesto, no contienen, como tales, medidas relativas al cobro de la deuda tributaria correspondiente, no es menos cierto que tales disposiciones llevan aparejada la exigibilidad de esa deuda en el ejercicio fiscal en que se hayan producido los hechos contemplados en ellas, como reconoce por lo demás el Gobierno español.

36. El Gobierno español ha sostenido no obstante, en particular, en la vista, que las disposiciones del art. 65 de la Ley General Tributaria permiten que las sociedades obligadas a soportar ese gravamen obtengan aplazamientos del pago de la deuda en condiciones análogas a las que se aplican a los demás contribuyentes.

37. Sin embargo, consta que la concesión de este aplazamiento de pago, sometido a diversos requisitos y que sólo puede obtenerse cuando la situación económico-financiera del obligado tributario le impida, de forma transitoria, efectuar el pago en los plazos establecidos, no es en absoluto automática. Por lo tanto, no cabe considerar que este mecanismo ofrezca al obligado tributario una alternativa al pago inmediato del gravamen, de manera que tampoco puede constituir un remedio al carácter atenta-

torio contra la libertad de establecimiento propio del pago inmediato (en lo que respecta a tal alternativa, véase la sentencia National Grid Indus, ap. 73).

38. Por otra parte, los mecanismos de asistencia mutua existentes entre las autoridades de los Estados miembros son suficientes para permitir que el Estado miembro de origen controle la veracidad de las declaraciones de las sociedades que optaran por el pago diferido de dicho gravamen. A este respecto, es importante destacar que, dado que este gravamen se liquida en el momento en el que la sociedad, con motivo de la transferencia al extranjero de sus elementos patrimoniales, deja de percibir los correspondientes beneficios imponibles en el Estado miembro de origen, la asistencia del Estado miembro de acogida concierne, no a la liquidación correcta del gravamen, sino únicamente a su cobro. Pues bien, el art. 4, ap. 1 Directiva 2008/55/CE del Consejo, de 26 mayo 2008, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinadas exacciones, derechos, impuestos y otras medidas (DO L 150, p. 28), dispone que, “a petición de la autoridad requirente, la autoridad requerida le comunicará los datos que le sean útiles para el cobro de un crédito”. Por lo demás, la Directiva 2008/55, en particular, sus arts. 5 a 9, ofrece a las autoridades del Estado miembro de origen un marco de cooperación y de asistencia que les permite cobrar efectivamente la deuda tributaria en el Estado miembro de acogida. (véase, en este sentido, la sentencia National Grid Indus, ap. 78).

39. Dadas estas circunstancias, las disposiciones del art. 17, ap. 1, letras a) y c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo que persiguen, en la medida en que tienen como consecuencia hacer exigible, en los supuestos contemplados en ellas, el pago inmediato del gravamen sobre las plusvalías latentes correspondientes a los elementos patrimoniales de una sociedad que traslada su residencia a otro Estado miembro y a los de un establecimiento permanente transferidos al extranjero.

40. En esta medida, resulta fundada la imputación de la Comisión, en lo que respecta a la violación del art. 49 TFUE. Por lo tanto, procede estimar en dicha medida el recurso y desestimar en todo lo demás.

[COMISIÓN / ESPAÑA]

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS SOCIEDADES MATRICES FRENTE A LOS ACREEDORES DE SUS FILIALES

2013/83.– Tribunal de Justicia, Sala Novena, de 20 junio 2013. Asunto C-186/12. Ponente U. Løhmus.

Libertad de establecimiento.– Restricciones.– Responsabilidad solidaria de las sociedades matrices frente a los acreedores de sus filiales.– Exclusión de las sociedades matrices que tengan su domicilio social en otro Estado miembro.– Restricción.– Inexistencia.

Normas aplicadas: Art. 49 TFUE.

[...]

31 Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide, esencialmente, si el art. 49 TFUE se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye de la aplicación del principio de responsabilidad solidaria de las sociedades matrices frente a los acreedores de sus filiales a las sociedades matrices que tengan su domicilio social en el territorio de otro Estado miembro. [...]

34. Con arreglo a la normativa portuguesa controvertida en el litigio principal, el régimen de responsabilidad solidaria de las sociedades matrices frente a las deudas de sus filiales portuguesas no se aplica a las sociedades matrices que tengan su domicilio social en otro Estado miembro. Por consiguiente, procede examinar si dicha normativa constituye una restricción en el sentido del art. 49 TFUE.

35. Debe destacarse que, habida cuenta de la falta de armonización a escala de la Unión de las reglas en materia de grupos de sociedades, los Estados miembros siguen siendo en principio competentes para determinar el Derecho aplicable a una deuda de una sociedad vinculada. En este sentido, el Derecho portugués establece la responsabilidad solidaria de las sociedades matrices frente a los acreedores de sus filiales únicamente en el caso de las sociedades matrices que tengan su domicilio social en Portugal. Como señala acertadamente la Comisión, en circunstancias como la del litigio principal el art. 49 TFUE no se opone a que un Estado miembro pueda mejorar legítimamente la suerte de los créditos de los grupos presentes en su territorio (véase, por analogía, S 7 febrero 1984, Jongeneel Kaas y otros, 237/82, ap. 20).

36. En efecto la inaplicabilidad de un régimen como el del art. 501 del CSC a las empresas establecidas en otro Estado miembro, en virtud de un régimen como el previsto en el art. 481, ap. 2, del CSC, no hace menos atrayente el ejercicio de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado para las sociedades matrices que tengan su domicilio social en otro Estado miembro.

37. En cualquier caso, procede destacar que las sociedades matrices que tengan su domicilio social en un Estado miembro distinto de la República Portuguesa tienen la opción de introducir, por vía contractual, un régimen de responsabilidad solidaria para las deudas de sus filiales.

38. Por consiguiente, debe señalarse que, en lo que respecta al trato que se da a las sociedades matrices establecidas en los Estados miembros distintos de la República Portuguesa, una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no constituye una restricción a la libertad de establecimiento en el sentido del art. 49 TFUE.

39. A la vista de cuanto antecede, procede responder a la cuestión planteada que el art. 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye de la aplicación del principio de responsabilidad solidaria de las sociedades matrices frente a los acreedores de sus filiales a las sociedades matrices que tengan su domicilio social en el territorio de otro Estado miembro.

[IMPACTO AZUL LDA]

SUCESIONES

LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN MORTIS CAUSAE

2013/84.– Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, Sentencia nº 27/2013, de 15 enero 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Celso Joaquín Montenegro Vieitez. AC/2013/642

Sucesión hereditaria: legislación aplicable.– Fallecido con nacionalidad, española y venezolana y última residencia en la República de Venezuela.– Determinación de los bienes integrantes del caudal relicto del causante.– Aplicación de la legislación española.– Pronunciamiento declarativo de dominio sobre una suma de dinero depositada en una cuenta corriente, al tiempo del fallecimiento del causante, de una entidad bancaria sita en territorio nacional español.

Normas aplicadas: Art. 9.º y 9.º Cc.

[...]

La siguiente cuestión que se nos ha de plantear viene referida a la ley que rige la sucesión mortis causa del Sr. Gervasio, porque ello incide en el pronunciamiento integrante de la pretensión actora por el que se solicita que se declare que el numerario forma parte del caudal hereditario relicto de aquél. Como ya quedó referido ut supra, la Jueza de instancia desestima el pedimento al entender que “todo lo relativo a la sucesión por causa de muerte de Gervasio debe regirse por la ley nacional del causante en

el momento de su fallecimiento”, resultando que en este caso dicha ley nacional sería la venezolana al tratarse, el fallecido, de una persona con doble nacionalidad, española y venezolana, y tener su última residencia en la República de Venezuela (art. 9.8º y 9º Cc).

Bien es cierto que la ley personal del causante en este supuesto ha de ser la venezolana (art. 9.9º Cc). Eso resulta indiscutible e indiscutido. Sin embargo, la Sala no puede compartir el razonamiento de la Juzgadora que ha conocido del proceso a quo. Porque cuando el art. 9.8º Cc dispone que “La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren”, entendemos que el precepto aquí, en el presente caso, afecta a lo que se refiere a la declaración de herederos – cuestión que, precisa y eficazmente, ya ha sido sustanciada y resuelta por las autoridades de la República de Venezuela–, pero no a la problemática de cuáles son los bienes integrantes del caudal relicto del causante, que es lo que aquí se suscita, la cual entendemos que se ha de regir por la ley española al tratarse de un pronunciamiento declarativo de dominio sobre una suma de dinero depositada en una cuenta corriente, al tiempo del fallecimiento del causante, de una entidad bancaria sita en territorio nacional español. Y en este concreto caso, como ya se expuso anteriormente, ni tan siquiera se discute que la cantidad de 40.000 euros transferida por el demandado el día 24 abril 2007 utilizando el documento obrante al folio 44, constituía numerario perteneciente al Sr. Gervasio, por lo que, integrando el patrimonio de éste, igualmente forma parte de su caudal hereditario relicto. [...]

Obs.: REDI-2014-16-Pr y Nota de I. Rodríguez-Uría Suárez.

2013/85.– Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia nº 20/2013 de 17 enero 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Domingo Salvatierra Ossorio. JUR\2013\116346.

Sucesión testamentaria.– Testamento mancomunado otorgado por el causante en Alemania.– Sentencias dictadas en Alemania condenando a la demandada a la restitución a los actores en su condición de herederos de la totalidad de lo bienes que constituyen el caudal relicto: aplicación del derecho alemán.– Aplicación del Derecho alemán a la cuestiones sometidas a enjuiciamiento al ser de dicha nacionalidad el causante de la herencia cuyos testamentos se discuten.– Aceptación de la herencia por parte de la demandada: inexistencia de efecto directo respecto de las hijas que fueron instituidas en el testamento herederas sustitutas.

Normas aplicadas: Arts. 9.8º y art. 12.3º Cc.

[...]

En el presente supuesto debemos partir de que resulta aplicable el Derecho alemán a la cuestiones sometidas a enjuiciamiento al ser de dicha nacionalidad el causante de la herencia cuyos testamentos se discuten, siendo de aplicación el Cc alemán (BGB o Bürgerliches Gesetzbuch) que contempla el testamento mancomunado en los § 2265 a 2273, el primero de los cuales dispone que un testamento mancomunado solo puede ser otorgado por cónyuges. El § 2269 contempla la institución recíproca en el testamento mancomunado, caso presente, y dispone en el apartado primero que si los cónyuges han establecido en un testamento mancomunado, por el que se instituyen recíprocamente herederos, que al fallecer el superviviente el caudal relicto de ambos debe corresponder a un tercero, en caso de duda, se entiende que el tercero está instituido heredero de todo causal relicto del cónyuge que fallece en último lugar.

Partiendo de ello resulta inapreciable la excepción alegada por cuanto, de un lado, la aceptación de la herencia por parte de la demandada provoca la inexistencia de efecto directo respecto de las hijas que fueron instituidas en el testamento herederas sustitutas, y de otro, porque como mucho podría haber un efecto reflejo en relación con el testamento otorgado a favor de su madre como eventuales herederas de ésta, efecto que además se diluye en relación con el Derecho alemán en el que las hijas de la actora (que no ostentan el carácter de herederas conforme al Derecho alemán) ostentarían un derecho legiti-

mario de crédito (no real) que no se ve afectado por la resolución, pues tales derechos se conservan intactos. [...]

Por último, procede añadir que, pese a que la solución jurídica aplicable al presente supuesto le pueda resultar absurda al apelante, al dejar, según se afirma, a las dos hijas del segundo matrimonio totalmente excluidas de la herencia, lo cierto es que con apoyo en la STS 8 octubre 2010, citada también por el Juez a quo, aquí resulta aplicable el Derecho alemán al ser de dicha nacionalidad el causante de la herencia cuyos testamentos se discuten, siendo por lo tanto correcta la aplicación del Código Civil alemán (BGB), sin que pueda aquí acudirse a la excepción del art. 12.3º Cc, –que impone la excepción del orden público en la remisión al Derecho extranjero, y que constituye un límite, formulado con carácter absoluto a la aplicación del mismo– pues como recuerda la sentencia de la Sala de lo Civil citada et supra, puede considerarse que el orden público indica las “condiciones mínimas” a las cuales está subordinada la existencia del ordenamiento jurídico, son las condiciones que operan para la “tutela de la integridad del ordenamiento jurídico”. Lo que no es otra cosa que el sistema ideal de valores en el que se inspira el ordenamiento jurídico en su totalidad, implica un carácter absolutamente obligatorio e inderogable del mismo y lleva consigo una función excluyente, de impedir que tengan eficacia jurídica y que puedan integrarse en el ordenamiento normas extranjeras que lo contraríen. Este es el supuesto que contempla el mencionado art. 12.3º, y no es el supuesto de la especialísima norma que impone la irrevocabilidad, cuando se pretende hacer unilateralmente en el testamento mancomunado. Siendo así, como recuerda el alto Tribunal, que el Derecho español, en el de Aragón, Cataluña y Navarra, admite el testamento mancomunado, cuyo irrevocabilidad en determinados casos –esencialmente la revocación por uno solo de los testadores y va ínsita en su mismo concepto–, no es posible que forme parte del orden público. Todo el concepto, por más que sea difuso, impide que la revocación o irrevocabilidad de un concreto testamento se considere de orden público: ni es un principio que inspira y preside nuestro ordenamiento, ni es una pauta para su funcionamiento concreto, ni es una de las condiciones mínimas a la que está subordinada la existencia de nuestro ordenamiento, ni es una condición que opera para la tutela de la integridad del mismo.

En definitiva, por cuanto ha quedado expuesto procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia por sus propios razonamientos, tanto fácticos como jurídicos que hacemos nuestros, damos aquí por reproducidos y a los que nos remitimos en su integridad. [...]

2013/86.– Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, Sentencia nº 197/2013 de 28 junio 2013. Ponente: Ilma. Sra. Yolanda Domeño Nieto. JUR\2014\165801.

Sucesión testamentaria: legislación aplicable.– Causante con nacionalidad española y estadounidense.– Ley aplicable a las personas con más de una nacionalidad.– Residencia del causante en el momento del fallecimiento en California.– Aplicación de la legislación de California: valoración de la prueba.– Constatación del otorgamiento de un testamento por parte del causante de acuerdo con las formalidades que le eran exigibles.– Acreditación de la vigencia del Derecho del Estado de California que resulta aplicable a este caso.– Derecho del testador para atribuir todos sus bienes a su esposa.

Normas aplicadas: Arts. 11.3º CE; arts. 9.8º y 9.9º y 24 Cc.

[...]

Ciertamente, el mencionado párr. 1º del citado art. 9.9º Cc no sólo está previsto para aquellos supuestos de doble nacionalidad a que hace referencia el art. 24 Cc, que menciona expresamente al efecto los países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, supuestos estos de doble nacionalidad a los que les será de aplicación lo establecido en los tratados internacionales, sino que, además, se encuentra previsto para aquellos supuestos comprendidos en nuestra leyes, como son sin duda alguna aquellos en los que, por razón de emigración, una persona se ha visto obligada a obtener otra nacionalidad, pero sin que ello conlleve la pérdida de la nacionalidad española, o aquellos en los

que, por la misma razón de emigración, una persona ha adquirido otra nacionalidad, pero ha recuperado la española, sin renunciar a la obtenida, posibilidad esta específicamente contemplada en la Ley 26/2002, de 8 de octubre sic, que suprimió la exigencia contenida anteriormente en nuestro Código Civil de renunciar a la nacionalidad adquirida por razón de emigración, como requisito previo para recuperar la española perdida con anterioridad.

Y es precisamente con base en esta Ley, en cuya exposición de motivos se menciona expresamente que su publicación tiene como fin eliminar el obstáculo que para muchas personas que deseaban recuperar la nacionalidad española de origen suponía la exigencia que ello conllevaba de renunciar a la nacionalidad que ostentaban, y en la modificación por la misma introducida, como D. Vicente, que ostentaba la nacionalidad estadounidense, adquirida por razón de emigración, recuperó la española en fecha 20 noviembre 2003, previa tramitación del oportuno expediente de recuperación ante el Cónsul General de España en Los Angeles, California, y pasó así a ostentar la doble nacionalidad, que ninguna de las partes ha discutido, por lo que, siendo este un supuesto previsto en las leyes españolas, es evidente que resulta de aplicación el párr. 1º del art. 9.9º Cc, a que antes se ha hecho referencia, tal y como con acierto ha acordado la Juez a quo en su resolución, y en modo alguno el párr. 2º, aplicable a aquellos supuestos de doble nacionalidad no previstos en nuestras normas, ni en tratados internacionales, todo lo cual hacía preciso examinar, en orden a determinar la legislación aplicable, el lugar en el que se ubicaba la residencia habitual del referido causante o, en su defecto, la última adquirida.

Pues bien, en cuanto a este extremo ha concluido la Juzgadora en su resolución, como ya se ha mencionado previamente, que la residencia habitual de D. Vicente, tal y como sostenía su esposa Dª. Elisa, se hallaba situada en el referido estado de California [...].

Y sostienen acto seguido los recurrentes, a fin de justificar su pretensión revocatoria, y como tercer motivo de recurso, que se ha producido un error en la valoración de la prueba sobre el contenido del derecho de California, pues la Juzgadora aplica este, en concreto la libertad de testar que el mismo contempla, sin necesidad de reservar ninguna porción a los descendientes, pero se equivoca en su aplicación, dado que esta libertad para testar opera partiendo de un testamento válido, validez que no reconoce la misma legislación al testamento que otorgó el causante en San Sebastián el 2 diciembre 1999, por no cumplir con los requisitos exigidos por dicha legislación, en concreto la firma de dos testigos presentes en su otorgamiento, careciendo de validez conforme a dicha legislación, siquiera como testamento ológrafo, al no estar manuscrito, y que, sobre el carácter ganancial de todos los bienes adquiridos por el Sr. Roberto, éste no solo no ha sido acreditado, sino que viene cuestionado por documentos que obran en autos, no habiéndose acreditado que existiera un régimen de sociedad de gananciales aplicable al matrimonio del causante y la demandada, o si pactaron otro distinto, y, suponiendo un régimen ganancial, de acuerdo con el informe, la sucesión se referiría a la mitad de los bienes gananciales, de tal manera que, para el supuesto hipotético de que se considere de aplicación la legislación de California, conforme a la misma, el testamento otorgado por el Sr. Roberto carecería de validez legal, además de referirse únicamente a sus bienes en España, siendo de aplicación lo previsto en dicha legislación a la sucesión intestada, con distribución de los bienes entre la viuda y los hijos, de acuerdo con lo previsto en la Sección 6400 y siguientes del Código de Sucesiones del Estado de California, que viene a ser equivalente a lo que reclaman en su demanda, dado que correspondería una tercera parte a la viuda y las dos terceras partes restantes se distribuirían entre los cuatro hijos del causante, pero es lo cierto que el mismo no puede ser tomado en consideración, por cuanto que a través de él, como ya se ha constatado, cuestionan los recurrentes la validez legal del testamento otorgado por D. Vicente, cuando es lo cierto que en ningún momento de su demanda se ha cuestionado la validez del referido testamento, por lo que esta cuestión planteada supone una cuestión nueva, que no puede ser objeto de análisis en esta instancia.

En efecto, la lectura del escrito de la demanda interpuesta por Dª. Amalia y D. Roberto permite constatar que alegaban en primer lugar, y tras indicar que D. Vicente había ostentado la doble nacionalidad, que la ley aplicable había de ser la ley nacional del causante al momento de su fallecimiento, pero ajustando las legítimas a la ley que había de regir la sucesión, es decir, y en este caso, la española, y, en segundo lugar, que la española era la legislación que prevalecía, en atención a la falta de tratados

internacionales entre España y Estados Unidos que rigieran la sucesión, motivo por el que hacían la petición, en el suplico de la misma, que se les reconociera la condición de herederos, como hijos del causante, y su derecho legitimario, así como el derecho a percibir los bienes que por ese concepto les correspondía y que había de serles restituído por la instituida heredera de los por ella adjudicados o, en caso de imposibilidad, su valor equivalente, hasta cubrir un tercio del caudal líquido del causante, un sexto a cada uno de ellos, quedando por determinar su valor exacto en ejecución de sentencia, pero que en ningún momento cuestionaron la validez del testamento otorgado.

Es evidente, en consecuencia con ello, que su actual alegación de que el testamento otorgado por D. Vicente carece de validez conforme a la legislación californiana, y su pretensión de que, con base en dicha alegación, se determine que el derecho que tiene a percibir la parte que mencionan de la herencia del mismo, constituye una cuestión planteada ex novo en esta instancia, que no puede ser tomada en consideración, no sólo precisamente por cuanto que no ha sido planteada hasta este momento, sino, además, por cuanto que su análisis supondría colocar a la parte demandada, que no ha conocido de ella hasta este momento procesal, y no ha podido defenderse de esa pretensión, en una posición de total indefensión, por lo que el mencionado motivo de recurso ha de ser rechazado sin más consideraciones.

En consecuencia con todo lo expuesto precedentemente, no puede por menos que concluirse que, una vez constatado el otorgamiento de un testamento por parte de D. Vicente, de acuerdo con las formalidades que le eran exigibles, habiendo quedado acreditada la vigencia del Derecho del Estado de California que resulta aplicable a este caso que nos ocupa, de acuerdo con la certificación emitida por el Cónsul General de España en Los Ángeles, D. Álvaro, el 22 noviembre 2011, y dándose la circunstancia de que, conforme a lo establecido en la mencionada legislación, el testador tiene derecho a dejar sus bienes a quien esté nombrado en el testamento por parte del mismo y no se le impone la exigencia, para estimar que ha otorgado un testamento válido, que deje ninguna parte de sus propiedades a sus hijos, no puede por menos que concluirse que el mismo estaba perfectamente facultado para atribuir todos sus bienes a su esposa D^a. Elisa, tal y como llevó a cabo en el referido testamento por él otorgado, en el que expresó su clara voluntad de dejar a la misma todos sus bienes, derechos y acciones, por lo que la pretensión formulada por D^a. Amalia y D. Roberto en la demanda por ellos interpuesta de que se les reconozcan unos derechos hereditarios, en relación a los bienes de su fallecido progenitor, había de ser rechazada, tal y como ha sido acordado en la sentencia de instancia, la cual ha de ser confirmada, en lo que a los pronunciamientos formulados al respecto hace referencia. [...]

LA SUCESIÓN DE UN CIUDADANO MARROQUÍ DE CONFESIÓN JUDÍA ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Josep M. FONTANELLAS MORELL *

1. Para introducir este comentario, nos parece oportuno transcribir unas líneas de otro reciente, que estimamos especialmente acertadas y que resumen el estado de ánimo de quien, dada la cantidad y el alcance de las observaciones que querría formular, no sabe muy bien por dónde comenzar: “[p]uesto que esta nota se publica en una revista especializada, que se lee esencialmente en el ámbito universitario, en realidad huelga todo comentario a la retahíla de despropósitos contenidos en los párrafos que se reproducen. No se pueden cometer más errores en tan breve espacio” [C. González Beilfuss, “Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24^a), de 1 junio 2011”, *REDI*, vol. LXIV, 2012, 1, p. 209]. En efecto, motiva la presente nota una decisión disparatada, que, como pocas, pone de manifies-

* Profesor agregado de Derecho internacional privado. Universidad de Lleida. Esta colaboración se enmarca en el Proyecto titulado «La aplicación de los instrumentos comunitarios en materia de Derecho internacional privado por los tribunales españoles: balance y perspectivas», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica, y con referencia DER2012-36920.

to algunos de los principales defectos –de diseño y de funcionamiento– del sistema español de DIPr, ya que, por una parte, muestra la poca familiaridad de los jueces con los métodos, las técnicas y las instituciones que son propios de nuestra disciplina (sobre sus causas y unas eventuales perspectivas –probablemente demasiado optimistas– de mejora, *vid.* C. González Beilfuss, *loc. cit.*, p. 210); y, por otra parte, hace de nuevo evidente que la ambigüedad con la que en España está definido el régimen procesal de aplicación del Derecho extranjero sume las soluciones conflictuales vigentes en nuestro país en un nivel de incertidumbre tal que la seguridad jurídica no queda mínimamente garantizada. Dejando esta cuestión para el final, abordaremos previamente los restantes problemas con los que se ha encontrado la AP de Madrid.

2. Antes de nada, sin embargo, procede relatar someramente la historia del caso. Para entenderlo cabalmente, es indispensable una lectura de la Sentencia (196/2012, de 1 de septiembre) del JPI (nº 39 de Madrid), que hemos podido consultar. Del análisis conjunto de la SJPI y de la SAP, se infiere que el litigio enfrenta a los presuntos legatarios de un ciudadano marroquí de religión judía con los herederos del mismo. El causante fallece en España, en 1997, tras haber residido largamente en nuestro país. En 1975, había otorgado, ante un notario de Madrid, un testamento [cuyas cláusulas iniciales, a tenor de la SJPI, rezan: “Primera.– Declara que es de nacionalidad marroquí y de raza y religión hebrea, en el seno de cuya religión ha nacido, vivido y espera con favor de Dios perseverar y morir. Segunda.– Manifiesta que es natural de Casablanca, del Reino de Marruecos, y que por tanto y por conservar la nacionalidad marroquí está sometido a la legislación de dicha nación en cuanto se refiere al derecho sucesorio, por remisión de la misma al derecho hebraico, el cual otorga libertad absoluta de testar y de disposición de bienes”] en el que había instituido herederos universales por partes iguales a sus hijos, pero en el que había asimismo legado a su madre y a sus hermanos, por partes iguales y proindiviso, el usufructo vitalicio del ochenta por ciento de los bienes inmuebles que poseía al tiempo de su matrimonio, celebrado en España en 1973, por haberlos adquirido con capital familiar. Abierta la sucesión, los pretendidos legatarios –fallecida la madre, sobreviven al *de cuius* una hermana y varios sobrinos– reclaman que sea declarada judicialmente la existencia del legado o, subsidiariamente, de la deuda contraída por el difunto con sus parientes. Cinco años después de su presentación, la demanda es desestimada en primera instancia por “la falta absoluta de prueba del contenido del Derecho aplicable” (FJ 1º, *in fine*); veredicto que es confirmado doce meses más tarde en apelación.

3. De las diversas cuestiones que suscita el caso, hay una que, a nuestro parecer, destaca por encima del resto: si el Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto hubiera sido debidamente acreditado, estaríamos –pues no tenemos noticia de lo contrario– ante la primera ocasión en que los tribunales españoles habrían tenido que vérselas con un supuesto de remisión *ad extra* a un ordenamiento plurilegislativo de base personal. Tenemos una experiencia negativa en la aplicación –o, mejor dicho, en la inaplicación– del art. 12.5º Cc en hipótesis de remisión a legislaciones de Estados en los que, debido a su organización territorial, conviven distintas normativas civiles. En nuestra jurisprudencia, el problema –si se llega a detectar– se despacha mediante «una remisión directa inconsciente», que es sorprendente, porque se emplea «cuando el criterio de localización es la nacionalidad, sin ... justificar ni detallar cuál es la conexión subsidiaria utilizada ni por qué se ha utilizado» [S. Sánchez Lorenzo, “Art. 12, apartado 5”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2º, *Artículos 8 a 16 del Código civil*, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, p. 959]. Para hacerse una idea de este modo de proceder, baste recordar, por ejemplo, la STS 15 noviembre 1996 (*Lowenthal*, en la que parece recurrirse al lugar de origen del difunto) o la STS 30 de abril de 2008 (*O'Brien*, en la que se tiene en cuenta el último domicilio del causante). En el caso que nos ocupa, la situación es bien distinta, porque el 9.8º Cc remite a un ordenamiento jurídico, el marroquí, en el que encuentra acogida un Derecho –el mosaico–, cuya aplicación no depende de un criterio susceptible de concreción territorial, sino de uno de naturaleza personal –la pertenencia del sujeto concernido a la comunidad israelita– imposible de localizar espacialmente. Es en un escenario como éste en el que el art. 12.5º puede mostrar mejor sus virtudes, ya que el sistema de remisión indirecta que contiene permite superar la insuficiencia conectora de la nacionalidad a la hora de individualizar cuál de los derechos del

Estado plurilegislativo extranjero –de proyección territorial o, como ocurre aquí, personal– es el aplicable. Por otra parte, el fundamental inconveniente de la remisión indirecta, el de que la *lex causae* carezca de reglas para solucionar los conflictos internos, no concurre en el supuesto examinado, dado que el Código de Familia marroquí de 2004 (regulador también de las sucesiones *mortis causa*) dispone de un precepto –el art. 2 *in fine*– que señala que “[l]os judíos marroquíes están sujetos a las normas del Estatuto Personal Hebreo” (traducción española tomada de A. Quiñones Escámez, *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones*, t. I, *África del norte y América latina*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 51).

4. A diferencia de la SJPI –en la que el reenvío no aparece para nada–, el FJ 3º de la SAP entra a discutir –diríamos que gratuitamente– la conveniencia de su admisión. La única explicación lógica de por qué, en segunda instancia, surge la cuestión es la de que, al ver inicialmente desestimada su demanda por falta de prueba del Derecho extranjero, los actores, en apelación, alegan la innecesariedad de dicha prueba por ser aplicable al fondo de la controversia la ley española en virtud del reenvío de retorno que el sistema conflictual marroquí hace a nuestro Derecho material. De ser así, los recurrentes olvidan que, si éste hubiera sido el caso, les correspondía a ellos la acreditación de la existencia, el contenido y la vigencia de la norma de conflicto extranjera que restituía la competencia legislativa al Derecho español (J.C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2013, p. 175). En vez de hacer notar a los apelantes esta incoherencia, la AP de Madrid se pierde en insustanciales divagaciones sobre la universalidad de la herencia y la armonía de soluciones que reflejan una mala digestión de la –más que discutible– doctrina del TS al respecto. Y eso que la AP tenía a su disposición sólidos argumentos para descartar, en este asunto, el juego del reenvío. En primer término, podía haber alegado que, aun cuando el DIPr español no admite una *professio iuris* como la incluida en el testamento litigioso, el reenvío no debería operar en casos de sucesión testada conforme a la ley nacional del causante [M. Virgós Soriano, “Derecho de sucesiones y reenvío: la “respuesta del sistema español”, AAMN, vol. XLII, 2004, pp. 204–208]. En segundo lugar, podía haber sacado a colación que, en los ordenamientos plurilegislativos erigidos sobre la base del estatuto personal, la exclusión del reenvío es consustancial a su idiosincrasia [para los países musulmanes, *vid.* J. Déprez, “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel”, *Recueil des Cours*, t. 211, 1988–IV, p. 96]; si bien esta idea podría matizarse cuando el Estado de que se trate se haya arrogado la competencia legislativa –tanto en la vertiente material como en la conflictual– para los diversos grupos de población que se integran en él (V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, vol. II, París, IRJS Éditions, 2013, p. 2218). Por último, incluso en la hipótesis de que Marruecos hubiera codificado su DIPr en esta línea –cosa que no ha hecho–, cabía haber observado algo tan sencillo como que, para poder hablar de reenvío, se ha de dar una *conditio sine qua non*, que el punto de conexión de la norma de conflicto extranjera sea diferente del empleado por la regla de colisión del foro [N. Bouza Vidal, “Art. 12, apartado 2”, en M. Albaladejo/S. Díaz Alabart (dirs.), *op. cit.*, p. 881]; condición que aquí no se cumple, puesto que el *Dahir* de 1913 –que es la fuente primordial del DIPr marroquí– se sirve, en su art. 18, de la nacionalidad del *de cuius* para determinar la *lex successionis* [H. Sefrioui, “Rapport National Maroc”, *Notarius International*, 10, 2005–1/2, pp. 46–47], al igual que hace el art. 9.8º Cc.

5. Proclive a “amontonar” argumentos [R. Arenas García, nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), de 10 julio 2000, *REDI*, vol. LIII, 2001, pp. 475–476], esto es, a aducirlos sin orden ni concierto, cuantos más mejor, por más que no hagan al caso e incluso se acaben contrariando, la AP de Madrid inquiere si un Derecho, como el de los hebreos marroquíes, que permitiera el pago de los legados sin una previa satisfacción de las deudas del causante podría contrariar el orden público español. De entrada, cabe formular dos objeciones a este planteamiento: primera, resulta difícilmente imaginable una normativa que no se ajuste a una pauta sucesoria tan universal como es la de la prioridad de los acreedores hereditarios frente a los legatarios, con más razón, cuando estamos ante una regulación, la propia de los judíos de la mitad norte de Marruecos –lugar de origen del difunto–, sumamente influida por el Derecho castellano (H. Sefrioui, *loc. cit.*, pp. 43–44); segunda, toda vulneración de

un principio esencial del foro tiene que pasar siempre por la acreditación del contenido intolerable del Derecho extranjero, circunstancia que en este proceso no se ha producido.

6. La desestimación de la demanda se debe, como ya se ha indicado, a la falta de prueba por parte de los actores de la legislación extranjera que, de acuerdo con la norma de conflicto española, habría de dirimir la controversia. Las vicisitudes de la prueba son dignas de reseña. En su primer posicionamiento, la parte demandante no propuso prueba documental –aunque, según la AP, adujo más adelante un certificado del Rabinato de la Comunidad Judía de Madrid y documentos complementarios, que no fueron aceptados–, pero pidió la declaración testifical de un rabino, del que no se precisa que fuera llamado también en calidad de perito. A su vez, los demandados propusieron prueba documental del Derecho hebraico aportada con la contestación de la demanda –y que fue impugnada por la contraparte–, presentada en la audiencia previa al juicio, y a obtener por medio de oficios dirigidos al Tribunal Rabínico de Tánger y a la Sociedad Fiduciaria de Marruecos; asimismo, solicitaron la declaración de un testigo y de dos testigos–peritos. Por su parte, la esposa del difunto, cuya intervención fue provocada por los actores, propuso prueba documental aportada junto al escrito de contestación, a presentar en la audiencia previa y a obtener mediante oficio remitido al Tribunal Rabínico de Tánger; igualmente, requirió la declaración de un testigo, la de un testigo–perito y la práctica de una prueba pericial por el Juez Oficial del Tribunal Rabínico de Tánger. La juez sustituta que estuvo a cargo del procedimiento hasta la fase de juicio no admitió la prueba documental presentada por los demandados en la audiencia previa ni la que tenía que haberse obtenido a través de los oficios referidos, así como tampoco la prueba documental y la pericial reclamadas por la interviniente. Planteada en el acto de la audiencia previa la cuestión de la falta de aportación del Derecho extranjero, la juez, en un auto posterior –cuyo recurso no impidió su confirmación–, declaró no haber lugar a la misma, manteniendo que debía estarse a lo resultante de la prueba documental ya obrante en autos y a la práctica de las restantes pruebas admitidas. Como le recrimina la magistrada–juez que dicta la SPI, la sustituta no hizo uso, ni “de oficio, [ni para integrar] la voluntad probatoria de la parte demandada”, de las facultades que el art. 281.2º LEC confiere a nuestros tribunales para intervenir en la averiguación del contenido y vigencia del Derecho extranjero. Por todo ello, la magistrada–juez, “con el pie forzado” –dice–, se ve obligada a tomar la decisión, que le “disgusta sobremanera” –agrega–, de desestimar la demanda por falta de prueba del Derecho competente, habida cuenta de que la parte actora la funda indebidamente en el Código civil español, que es inaplicable con arreglo al art. 9.8º Cc. En este punto, la sentencia confirmatoria de la AP de Madrid, que dedica a la cuestión apenas diez líneas, no sólo no añade ninguna consideración de interés, sino que nos deja perplejos al aludir reiteradamente al art. 12.6º.II Cc, como si esta disposición aún continuara vigente.

7. La pésima gestión de la prueba en este asunto ofrece, en nuestra opinión, nuevos puntos de vista para el estudio del problema de la acreditación del Derecho extranjero. No entraremos ahora a analizar cuál es la mejor manera (aplicar supletoriamente la *lex fori*, desestimar la demanda o incorporar *ex officio iudicis* la ley foránea) de solventar insuficiencias probatorias como la descrita, porque es un debate bien delimitado (sobre las ventajas y desventajas de cada solución, *vid.* M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2007, pp. 520–521) y creemos que los actuales mimbres legales y jurisprudenciales de nuestro sistema no dan para mucho más. Si que, en cambio, nos gustaría hacer una serie de reflexiones sobre el tema al hilo del caso que estamos anotando. ¿Tiene sentido que, en un litigio como éste, se desestime la demanda por no haberse aportado a las actuaciones el Derecho extranjero competente cuando el testador –incluso sin gozar de autonomía conflictual para ello– ha dejado meridianamente claro –también a sus sucesores, potenciales litigantes– cuál es la legislación que ha tenido en mente a la hora de otorgar sus últimas voluntades, deseando que rija la transmisión *mortis causa* de su patrimonio? ¿Es lógico que, en un pleito en el que cuando menos una de las partes se ha esforzado por acreditar el Derecho aplicable, el juez, que no ha ayudado en nada –más bien todo lo contrario–, se incline por desestimar la demanda sobre la base de la falta de prueba? ¿Es de recibo que la magistrada–juez que dicta la SPI censure la actitud poco colaboradora de la sustituta sin que ella trate de reconducir la situación? Nuestra mejor doctrina (M. Virgós Soriano/F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 528–529) ha

venido insistiendo en que las diligencias finales del art. 435.2º LEC son la institución procesal más adecuada para que, ante un riesgo de denegación de justicia atentatoria contra el principio constitucional de tutela judicial efectiva, el juez ejerza las funciones de averiguación del Derecho extranjero que la ley le reconoce. Es verdad que las diligencias finales están concebidas para casos excepcionales, en los que la actividad probatoria de las partes en relación con hechos relevantes oportunamente alegados por ellas ha producido, por causas que no les sean imputables, un resultado no conducente a su finalidad (*vid.*, *in extenso*, X. Abel Lluch, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 255–344, particularmente, pp. 298–314); pero, ¿cabe pensar en una hipótesis en la que el recurso a esta figura esté más justificado que aquella en la que, no solamente parecen concurrir los requisitos exigidos por el precepto que las regula, sino en la que, además, la juez que ha de pronunciar la sentencia constata en el juicio que la completa pasividad e inhibición de la sustituta que ha intervenido en las primeras fases del procedimiento en cuanto a la obtención del Derecho extranjero la obligará con toda probabilidad a dictar un veredicto en absoluto acorde con la firme voluntad probatoria mostrada por –al menos una de– las partes?

8. Se ha afirmado, con toda la razón, que, en supuestos como el que nos concierne, la desestimación de la demanda es más un reproche a un comportamiento procesal poco diligente de las partes que una respuesta sobre el fondo de sus pretensiones (S. Álvarez González, “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *REDI*, vol. LIV, 2002–1, pp. 220–221). Sin embargo, convendría añadir que, en determinadas circunstancias, dicha sanción puede resultar asumible dada su índole formal y temporal. Imaginemos que, por ignorancia o por conveniencia, los abogados de la parte actora de nuestro caso deciden no aportar la ley que –por voluntad del causante y por indicación de la norma de conflicto– tenía que ser la encargada de disciplinar la sucesión, ¿qué es a lo que se exponen con su –digamos– inidónea conducta procesal? Se arriesgan a que su demanda sea en principio formalmente desestimada por falta de acreditación del Derecho competente –mas no a que lo sea por razones sustantivas derivadas del contenido de la ley extranjera aplicable, como ha pretendido sin éxito la parte demandada–. Continuemos con nuestras elucubraciones: supongamos que los letrados en cuestión saben que, a pesar de este contratiempo, si van recurriendo todas las decisiones y el asunto llega al TS –como al parecer aquí ha sucedido–, mucho habrían de variar las cosas para que el Alto Tribunal no fallase según el Derecho español, que es lo que perseguían desde el inicio. Ciertamente, el pleito habrá sido largo y oneroso, pero ellos habrán conseguido su propósito de eludir la aplicación del Derecho extranjero competente –de conformidad con el cual su demanda tal vez no habría prosperado–, y, de paso, habrán puesto nuevamente de relieve que nuestro sistema conflictual opera, a la postre, como un sistema facultativo (M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 521–523); es decir, disponible por las partes –incluso, como seguramente acontece en el caso que estamos comentando, cuando una de ellas está en desacuerdo y no consigue que su criterio prevalezca–. A la vista de la situación existente, en las conclusiones del artículo antes citado, se reclamaba una clarificación legal (S. Álvarez González, *loc. cit.*, pp. 222–223), pero, desde entonces, ha transcurrido más de una década y todo sigue igual. Aunque tal vez no por mucho tiempo, pues hay indicios de que se avecinan cambios. Por un lado, el art. 33.3 del reciente *Anteproyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil* señala que, “[e]n aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español”. No obstante, esta aplicación supletoria de nuestra legislación, prevista con carácter potestativo, no parece que vaya a modificar sensiblemente los hábitos judiciales, porque los tribunales ya la ponen usualmente en práctica. Por otro lado, de mucha mayor trascendencia es la iniciativa científica encaminada a que la Unión Europea se dote, para la Parte General del DIPr, de unas reglas uniformes, las cuales deberían, sin ningún tipo de duda, abordar la cuestión de la alegación y prueba en el foro del Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto, decantándose por una solución que acabe por poner en manos del juez la inexcusable determinación de su contenido [E.–M. Kieninger, “Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts”, en S. Leible y H. Unberath (eds.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, Jena, JWV, 2013, p. 499]. De la suerte que corra este instrumento comunitario, hoy embrionario, puede depender que, en un futuro no

muy lejano, la prueba del Derecho extranjero deje de ser, para nuestro sistema de DIPr, un foco permanente de inseguridad jurídica.

9. Si hubiera que sintetizar telegráficamente lo hasta aquí expuesto, diríamos que la proverbial precariedad de medios de nuestra administración de justicia –que eterniza litigios como el examinado y permite una discontinuidad e interinidad excesivas en los puestos judiciales–, los graves déficits de formación de los jueces españoles –por lo menos en lo que atañe a nuestra disciplina– y el alambicado régimen procesal de aplicación del Derecho extranjero que tenemos –alguno de cuyos aspectos más paradójicos hemos repasado– son los factores que explican, en buena medida, por qué en la práctica judicial de nuestro país aparecen casos, como el que ha dado pie a la redacción de estas páginas, que son un completo despropósito.

2013/87.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoquinta, nº 391/2013, de 27 septiembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez. JUR/2014/5518.

Sucesión testamentaria.– Legado: reclamación improcedente.– Testador de nacionalidad marroquí y religión hebrea.– Legislación aplicable.– Aplicación de la ley nacional.– Legislación hebrea que reconoce la libertad de testar a los nacionales marroquíes que profesen la religión hebrea.– Remisión *ad extra* a un sistema plurilegislativo.– Reenvío de primer grado al Derecho español: aplicación improcedente.– Aplicación judicial del Derecho extranjero.– Imposibilidad de aplicación de oficio de la ley extranjera no acreditada de forma suficiente.

Norma aplicadas: Arts. 9.8º y 12.2º y 5ª Cc

[...]

Hemos de partir de la base que la ley aplicable a la sucesión es la nacional del causante, puesto que el art. 9.8 Cc es terminante cuando establece que: “La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento”. El art. 12.5º Cc español establece que “Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el cual coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación de lo que es aplicable entre éstos se debe hacer de conformidad con la legislación de dicho Estado”. En este caso, según la cláusula segunda del testamento abierto enjuiciado, la remisión en materia de sucesión testada es a la ley hebrea reconocida en Marruecos, por lo que no hay conflicto de leyes, al ser de preferente aplicación la ley hebrea reconocida en Marruecos, sobre la española, sin perjuicio de la situación de los inmuebles y de la última residencia habitual del difunto, puesto que tanto los unos como la otra están situados en España. Y una vez hayan sido adjudicados dichos bienes, las leyes españolas aplicables a su destino patrimonial, son las de España. Esta solución se ampara, además, en otros tres argumentos. Primero, el Derecho español más próximo y mejor conectado al caso y es el derecho material más próximo a las autoridades, funcionarios o tribunales que lo tienen que aplicar. Segundo, el principio que establece el art. 12.5º Cc español es aceptado de manera general en materia de Derecho internacional privado no sólo por la doctrina que lo trata, sino también, por multitud de tratados internacionales entre los cuales parece suficiente mencionar el Convenio sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias hecho en la Haya el 5 octubre 1961, ratificado por España el 1988, el art. 1 del cual establece que: “... Si la ley nacional consiste en un sistema no unificado, la ley aplicable quedará determinada por las normas vigentes en este sistema y, en su defecto, por el vínculo más efectivo que tuviese el testador con una de las legislaciones que componen el sistema”, y está claro que este vínculo más efectivo es con la legislación española.

No obstante, en esta compleja materia sucesoria con tantos intereses implicados, la jurisprudencia de la Sala 1ª, fijada en sus SS 15 noviembre 1996 y de 21 mayo 1999, nº 436/1999, rec. 3086/1995, marca una nueva tendencia reticente a la aplicación del reenvío en materia sucesoria; postura coincidente con la que sustenta la más moderna doctrina internacionalista española en relación con el reenvío establecido en el art. 12.2º Cc respecto a la norma de conflicto del art. 9.8º Cc en materia de suce-

siones inmobiliarias, procediendo rechazar la aplicación del reenvío, entendiendo que los Tribunales españoles sólo lo aplicarían conforme al citado precepto legal en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, de tal manera que será aplicado cuando los juzgadores lo estimen legalmente oportuno y sólo aceptarán el reenvío de retorno cuando éste lleve a un resultado acorde con los principios generales del Derecho español.

Si bien una aplicación literal del art. 12.2º Cc, conduciría a la solución diferente, la evolución actual del Derecho internacional privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, si no que se debe proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio o impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho en materia sucesoria como es de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, como se deduce de la sentencia de la Sala 1ª 15 noviembre 1996, ante un supuesto análogo al actual, la aplicación al caso del reenvío de retorno no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en este supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación, tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego.

Por todo ello, debe concluirse que la sucesión del causante, y mientras que no se demuestre que es contraria al orden público español se rige por su ley nacional, es decir, por la legislación hebraica que reconoce la libertad de testar a los nacionales marroquíes, que profesen la religión hebrea. Y, en consecuencia, procede confirmar la desestimación de la demanda [...].

TRANSPORTE

RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL

2013/88.– Juzgado de lo Mercantil de Granada, Sentencia de 21 enero 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuan Muñoz. AC\2013\2336.

Transporte aéreo internacional.– personas: responsabilidad: procedencia: pérdida de equipaje: daño material y moral: equilibrio de intereses equitativo.

Normas aplicadas: Art. 22 Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, de 28 mayo 1999.

[...]

En lo referente al daño moral, del que se solicita una cuantía de 500 euros para cada una de las demandantes, ya la que tampoco se ha opuesto la demandada, debemos partir de que nuestra no ha sido unánime considerado que dicho máximo incluye tanto los daños morales, como materiales (SAP Barcelona 5 febrero 2008; SAP Madrid 6 noviembre 2009); otras sentencias señalan que no existe límite de responsabilidad en cuanto a los daños morales (SAP Alicante de 8 octubre 2009; SAP de Vizcaya, de 30 diciembre 2005). No han faltado las que han considerado el límite como doble: un límite de 1.000 DEG para los perjuicios materiales y otro límite de 1.000 DEG para los morales (SAP Barcelona 2 julio 2008). La cuestión ha sido definitivamente resuelta por el TJUE quien en su sentencia de 6 mayo 2010, a partir de una cuestión prejudicial planteada por la el juzgado de lo mercantil de Barcelona (Asunto Walz v. Clickair) señala que el Convenio no contiene definición propia de “daño” o “perjuicio” (términos utilizados indistintamente en la norma), por lo que deben entenderse de acuerdo con las reglas de

interpretación del Derecho internacional general que obligan a la UE. Por tanto, invoca el art. 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. El TJCE trae a colación también un concepto de daño, no convencional, común a todos los subsistemas de Derecho internacional, citando el art. 31, ap. 2, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), de los que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas tomó nota en su Resolución 56/83 de 12 diciembre 2001: “el perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral [...]”. De allí concluye que el concepto ordinario del daño incluye ambas facetas del mismo (material y moral) y que nada indica en el Convenio de Montreal que los Estados contratantes hayan querido dar un sentido especial y separarse del significado común del mismo. Las Sentencias de dicha sala han reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa (S 22 mayo 1995), relativa e imprecisa (SS. 14 diciembre 1996 y 5 octubre 1998). Las conclusiones a partir de todo ello son:

– Para precisar el sentido ordinario que debe darse a los términos “préjudice” y “dommage” en aplicación de la regla de interpretación enunciada en el ap. 23 de la presente sentencia, se debe recordar que existe ciertamente un concepto de daño, de origen no convencional, común a todos los subsistemas de Derecho internacional. De esa forma, según el art. 31, ap. 2, de los Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), de los que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas tomó nota en su Resolución 56/83 de 12 diciembre 2001, “el perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral.

– El régimen de responsabilidad objetiva previsto en el Convenio implica, no obstante, que se preserve un “equilibrio de intereses equitativo”, en especial en relación con los intereses de los transportistas aéreos y de los pasajeros, equilibrio que se traduce en la limitación de la responsabilidad del transportista aéreo por el daño causado, con independencia de la naturaleza de éste.

De conformidad a todo ello procede la estimación de la demanda en acumulación subjetiva de acciones.

2013/89.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda, Sentencia nº 152/2013 de 13 mayo 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González. AC\2013\1244.

Transporte aéreo internacional: personas: contrato de transporte celebrado con antelación a la entrada en vigor del Convenio de Montreal: queda sujeto a las disposiciones del Convenio de Varsovia; responsabilidad: caducidad de la acción: transcurso de más de dos años desde la fecha de llegada de la aeronave a destino hasta la interposición de la demanda; los plazos contemplados tanto en el Convenio de Varsovia como en el Convenio de Montreal para el ejercicio de la acción de responsabilidad son plazos de caducidad.

Normas aplicadas: Art. 17 Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, de 28 mayo 1999; Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, de 12 octubre 1929; Reglamento (CE) nº 2027/1997, sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.

[...]

3. La aplicación del Convenio de Varsovia a los contratos de transporte que se encuentren bajo su ámbito material.

La cuestión por lo tanto que se suscita estriba en determinar si la responsabilidad que regula el Convenio de Varsovia es una responsabilidad de naturaleza contractual o por el contrario deriva del transporte efectivamente realizado, del hecho mismo del transporte, aquí efectuado cuando ya entró en vigor el Convenio de Montreal. De seguir el primer criterio nos encontramos ante un contrato de trans-

porte concertado antes de la entrada en vigor del Convenio de Montreal, por lo que la norma aplicable sería el Convenio de Varsovia. Es decir, el Convenio de Varsovia, que, no olvidemos, tampoco queda derogado por el Convenio de Montreal, se aplicaría a los contratos suscritos antes de la entrada en vigor del Convenio de Montreal (naturalmente en supuestos en que, al margen de los aspectos temporales, el caso pudiera quedar comprendido en el ámbito de aplicación de ambos Convenios, como así sucede).

Diversas razones llevan a considerar que el Convenio de Varsovia contempla una responsabilidad de naturaleza contractual y que lo que se somete al mismo es el contrato de transporte. El propio art. 1º establece su aplicación a todo transporte aéreo internacional de personas, equipajes o mercancías “contra remuneración”, lo que expresa la existencia de un contrato de transporte. [...]

En consecuencia, las normas convencionales que regulan la responsabilidad derivada del transporte aéreo se refieren al contrato de transporte y al transportista contractual para progresivamente otorgar la posibilidad de reclamar al transportista efectivo causante de los daños. [...]

Hay que observar que, además de la ausencia de la anterior mención a la caducidad, el texto del nuevo art. 35 CM ya no se refiere a la “acción de responsabilidad” sino que lo que contempla es un plazo de “extinción del derecho”. De seguir la interpretación de un Convenio internacional conforme a parámetros internos, distinguiendo entre caducidad y prescripción, lo cual no es aceptable, habría que reconocer también que la modificación es relevante y nos remite de nuevo a la existencia de un plazo de caducidad, pues tiene lugar la caducidad cuando la ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para el ejercicio de un derecho de modo que, transcurrido el plazo, se produce automáticamente o ex lege su “extinción” por el mero transcurso del tiempo (SSTS 27 abril 1940, 24 junio 1968, 26 diciembre 1970, 22 mayo 1990, 12 febrero 1996 y 26 septiembre 1997).

En consecuencia, vemos que la consideración del plazo como de prescripción atendiendo a la supresión del término “caducidad” no tiene en cuenta todo el tenor literal del art. 35 CM, sino solo una supresión, sin apreciar la nueva redacción del precepto en su conjunto.

Sin embargo, podemos comprobar que el tenor literal del art 29 CV en su versión inglesa y el tenor literal de su versión española no eran coincidentes.

El texto en inglés del art. 29 CV era del siguiente tenor: [...]

Contempla, por lo tanto, un plazo de extinción del derecho a ser indemnizado.

A su vez el art. 35 CM no ha cambiado en su versión inglesa en relación al art. 29 CV. Dice así: [...]

En consecuencia, es posible apreciar que el nuevo art. 35 CM en su versión española se ha adaptado a la versión inglesa, evitando las diferencias entre ambas versiones, en el precepto equivalente – art. 29 CV–, existentes bajo la vigencia del Convenio de Varsovia. Por lo tanto, la modificación del texto en su versión española respecto a Varsovia tiene un alcance muy distinto del que se pretende, y la comparación de textos auténticos del Convenio de Montreal –a los efectos previstos en el art. 33.4º del Convenio de Viena– no revela una diferencia de sentido en el extremo que nos ocupa, dada la adaptación de la versión española a la versión inglesa.

En segundo lugar, ya hemos señalado que la norma convencional, aplicable a Estados tan diversos como China, Qatar, los Estados Unidos de América, Perú o Pakistán, por poner algunos ejemplos, no puede interpretarse adaptándola al Derecho interno, fijando plazos como de prescripción o de caducidad, refiriéndose a la habitual aplicación en el Derecho español de plazos prescriptivos a las acciones indemnizatorias, o poniendo como ejemplo los plazos de prescripción de la Ley de Navegación Aérea (por cierto, mucho más breves). En todo caso la interpretación debe efectuarse conforme a las reglas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (arts. 31 y 32).

Para la interpretación del Convenio de Montreal resulta especialmente relevante el análisis de los criterios jurisprudenciales elaborados en relación al Convenio de Varsovia. [...]

En consecuencia, no hay ninguna justificación para concluir que el mismo plazo previsto en el Convenio de Montreal, sobre la misma versión inglesa, que no ha sufrido cambios, pase ahora a ser un plazo susceptible de suspensión, cuando el objetivo del Convenio de Montreal es esencialmente unifica-

dor de la normativa existente con anterioridad, sin que se hubiera pretendido establecer cambios significativos y, especialmente, cuando la finalidad de rechazar la suspensión del plazo es precisamente evitar la heterogeneidad que derivaría de la aplicación de las normas internas de los muy diversos Estados Partes, con las variantes más insospechadas. Es a partir de esa consideración como plazo no susceptible de suspensión cuando podemos adaptar esta conclusión a nuestros presupuestos procesales, no al contrario.

En la actual aplicación del Convenio de Montreal en otros países, como los Estados Unidos de América, se mantiene que el plazo fijado por el art. 35 CM no es susceptible de suspensión (*Onyekuru v. Northwest Airlines and KLM Royal Dutch Airlines*, N.D. III, Sept. 14, 2007; *Dickson v. American Airlines, Inc.*, N.D. Tex. 2010; *Duay v. Continental Airlines Inc.*, S.D. Tex. Dec. 21, 2010: “las diversas disposiciones de suspensión de los Estados miembros serían contrarias al objetivo de la política de la Convención de Montreal de lograr la uniformidad de las normas que rigen las demandas de transporte aéreo”) y se destaca como objetivo del Convenio de Montreal la necesidad lograr uniformidad en su aplicación, de manera que atender a la suspensión de los plazos en función de la legislación de cada Estado Parte desvirtúa por completo dicho objetivo, concluyendo que el texto del Convenio resulta perfectamente claro en cuanto el periodo de dos años para solicitar cualquier indemnización, establecido como condición previa, no puede resultar desvirtuado por la aplicación de criterios suspensivos (*Dickson v. Am Airlines, Inc.*).

Por último, ya hemos señalado particularmente inapropiadas las interpretaciones de normas convencionales internacionales bajo los parámetros del Derecho nacional de cada Estado, como es resolver si el plazo es o no suspensivo en función del tipo de acciones a las que en España se aplica la prescripción, o la equiparación de la naturaleza del plazo establecido en el Convenio de Montreal para las reclamaciones por daños a la Ley de Navegación Aérea.

En consecuencia de lo expuesto, analizando los plazos establecidos en ambos Convenios, Varsovia y Montreal, podemos comprobar que se trata de plazos no susceptibles de suspensión y que su naturaleza no se ha modificado. [...]

TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA

2013/90.– Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, Sentencia nº 85/2013, de 25 marzo 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Durban Sicilia. JUR/2013/198313.

Transporte internacional de mercancías por carretera.– Deterioro durante el viaje: tomates tipo Cherry.– Carga fraccionada: responsabilidad del porteador por incumplimiento de las operaciones de acondicionamiento de la carga en pallets, carga y estiba.– Sumisión a arbitraje: carácter no obligatorio.

Normas aplicadas: Arts. 10 y 14 Convenio de Ginebra relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), de 19 mayo 1956; art. 4 LOPJ; arts. 22.3º y 38.2º LOTT.

[...]

Consciente de que la cuestión no es pacífica, esta Sala comparte la decisión del órgano de instancia, de manera que ha de prevalecer la disposición del Convenio, con el que choca la ley interna. A los razonamientos del juzgado, que la Sala hace suyos, cabe añadir que la ley interna no establece la obligatoriedad de sumisión a arbitraje, sino una presunción de sumisión, la cual opera siempre que la cuantía no exceda de un máximo y que ninguna de las partes se oponga. Por su parte, el Convenio se limita a contemplar la posibilidad de sumisión a arbitraje, pero exige pacto expreso que, además, habrá de prever la aplicación obligatoria del mismo. En estas circunstancias, no cabe interpretar que el art. 38.2º LOTT suponga una verdadera excepción a la nota de generalidad de la jurisdicción que proclama el art. 4 LOPJ, según el cual “la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a

todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las Leyes”. En consecuencia, el recurso no puede prosperar en este punto. [...]

[MURGI—CARGO, S.L. / IMEX FREIGHT MANAGEMENT, S.L. Y SEGUROS GROUPAMA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS]

RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE MULTIMODAL

2013/91.— Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, Sentencia nº 235/2013 de 2 mayo 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado. JUR\2013\202829.

Transporte multimodal: noción.— Carácter unitario del contrato.— Pérdida de la mercancía.— Responsabilidad exigible al organizador por la pérdida o deterioro de la mercancía.— Prescripción de la acción: transcurso del plazo de un año desde el momento del siniestro.

Normas aplicadas: Art. 10.5º y 12 Cc; art. 2.1º UNCTAD/ICC relativas a los documentos de transporte multimodal; art. 1 Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Internacional Multimodal de Mercancías, de 1980 (TMI); art. 67 Ley 15/2009, de 11 de noviembre.

[...]

La juzgadora de primer grado entiende que la normativa aplicable al caso es la vigente en la república de México, pues la pérdida de la mercancía se produjo cuando el transporte se hacía en el modo de transporte por carretera entre dos localidades de dicho Estado, y en aplicación de la misma concluye que ha transcurrido el plazo de prescripción de 6 meses establecido en ella entre la fecha del siniestro y la de la primera reclamación.

Pues bien, tal solución obedece a un criterio simplista como con total acierto señala la recurrente. Una cosa es que la normativa de aplicación haya de ser la propia de cada uno de los modos de transporte empleados por el operador, y otra muy diferente cuál sea la legislación nacional aplicable en función del punto de conexión fijado en la norma de conflicto aplicable. O por decirlo con otras palabras, el hecho de que hayan de ser aplicadas las normas que regulan el transporte por carretera en razón de que la pérdida de la mercancía producido durante el mismo, no implica necesariamente que la responsabilidad del operador venga determinada por la ley nacional del lugar en el que se produjo la pérdida, pues ello habrá de ser decidido por las normas de conflicto que sean aplicables, las cuales que no son otras que las vigentes en el foro (art. 12 Cc).

A tal efecto conviene señalar que nos encontramos en un caso de exigencia de responsabilidad contractual derivada de la pérdida de la mercancía cuyo transporte fue convenido en España por dos sociedades españolas, sin que conste pacto de sujeción a legislación alguna, y que tenía por objeto un transporte con origen en dicho reino y entrega en la república de México, y que obviamente el conflicto se ha planteado ante los tribunales españoles.

Según lo dicho, la cuestión ha de ser decidida de acuerdo con lo previsto en el art. 10.5º Cc, conforme al que, en defecto de pacto, las obligaciones contractuales serán regidas por la ley nacional común a las partes; y a falta de ella, la residencia habitual común, y en último término, la ley del lugar de celebración del contrato, criterio que el art. 10.10º Cc extiende a las consecuencias del incumplimiento del contrato.

Así las cosas, tanto por lo dispuesto en el art. 22 Convenio de Ginebra de 1956 (CMR), si se entendieran de aplicación las normas relativas al transporte internacional por carretera, como por aplicación del art. 952.2º CCom, vigente hasta su derogación por la Ley 15/2009, el plazo de prescripción de la acción contra el transportista por pérdida de la cosa transportada es de un año.

En apoyo de tal conclusión puede ser citada la STS nº 685/2008, de 16 de julio, en que, para un supuesto de transporte multimodal desde la localidad de Orense a Rumanía la pérdida se produjo durante

su segmento o modo marítimo entre los puertos de Lisboa y Constanza, consideró sujeto el plazo de prescripción al convenio de Bruselas de 25 agosto 1924, y al art. 22 L de 22 diciembre 1949.

Si ello es así, como quiera que la última reclamación que consta hecha a la demandada es la de 28 diciembre 2009 (...), y la demanda fue presentada el día 8 febrero 2011, es claro que la acción contractual por responsabilidad del transportista ejercitada se hallaba prescrita cuando fue hecha valer, por lo que el recurso ha de ser desestimado, si bien por aplicación normas diferentes a las que sirvieron de fundamento a la resolución recurrida.

[MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS, S.A. / D.S.V. AIR & SEA SPAIN, S.A.U.]

2013/92.– Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, Sentencia nº 273/2013 de 12 noviembre 2013. Ponente: Ilma. Sra. María Teresa Fontcuberta de la Torre. JUR\2014\166404.

Transporte multimodal “puerta a puerta”.– Transporte de mercancías de Mondragón a Puebla (México).– Responsabilidad por los daños, pérdidas y retrasos de las mercancías.– Responsabilidad solidaria de los transportistas contratados por una empresa española.– Aplicación del régimen convencional relativo al transporte internacional.– Fase de transporte donde se produce el daño sujeta a lo dispuesto en el Convenio CMR.

Normas aplicadas: Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), de 19 mayo 1956.

[...]

Dado que España es uno de los países adheridos al Convenio CMR y que esta norma es la aplicable en la fase de transporte donde se produjo el siniestro litigioso, las disposiciones del Convenio relativas a la limitación de responsabilidad del porteador resultarían en principio de aplicación, ya que dicha limitación se alegó por la parte demandada si bien en referencia errónea a la prevista en el Derecho mexicano.

Por otra parte la limitación de responsabilidad del porteador, al igual que ocurre en los distintos tratados y convenios internacionales está también prevista en la normativa nacional mencionada, cuyo art. 57 establece que: [...]

Sentado lo anterior, es un principio general, en normativa tanto nacional como internacional de transportes, la limitación de la responsabilidad del porteador (SAP Barcelona 15 julio 2008), y en este caso se alega por la demandada, por considerar excesivos los daños y perjuicios reclamados por la aseguradora actora, conforme al informe pericial que fue encargado por Fagor Arrasate a la entidad especializada Cunningham Lindsey,

Así, dicha limitación viene establecida en el art. 57 L.15/2009, de 11 de noviembre, antes mencionado.

Y viene también establecida en el art. 23 CMR que establece una indemnización de 8,33 DEG/KGR. de mercancía perdida o averiada, señalando en el apartado séptimo de dicho precepto que “la unidad de cuenta a que se refiere el presente Convenio es el Derecho Especial de Giro, tal como lo define el Fondo Monetario Internacional. El montante referido en el párrafo 3 del presente artículo se convertirá en la moneda nacional del Estado del Tribunal que conozca el litigio, en base al valor de dicha moneda en el momento del juicio o en la fecha que de común acuerdo establezcan las partes.

El valor de la moneda nacional, en términos de Derechos Especiales de Giro, de un Estado miembro del Fondo Monetario Internacional, se calculará según el método de evaluación aplicado por el Fondo Monetario Internacional para sus propias operaciones y transacciones, en la fecha en cuestión”.

Ahora bien, dado que dichas normas, tanto en el ámbito del transporte nacional como internacional, establecen limitaciones en función del peso de la mercancía dañada o averiada, en el presente caso sería necesario contar con tal dato a fin de aplicar el correspondiente índice de referencia (el IPREM,

17,75 euros en el año 2011, en el ámbito de la L. de Contrato de Transporte, o el Derecho Especial de Giro, 8,33 euros, en el ámbito del Convenio CMR) por cuanto es necesario multiplicar el índice por los kilos de peso de la mercancía dañada.

Prueba que en este caso correspondía a la parte demandada, que alega la limitación de responsabilidad, para lo que resulta necesario tomar en consideración el peso en cuestión. No puede suplirse su omisión porque no estamos ante la aplicación del derecho sino ante la prueba de un hecho que sustenta la oposición a la demanda. [...]

[ZURICH INSURANCE PLC. / TRANSMIL S.A.]

RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA DE LA MERCANCÍA EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL

2013/93.- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 738/2013 de 3 diciembre 2013. Ponente: Excmo. Sr. Sebastián Sastre Papiol. RJ/2013/7836.

Transporte marítimo: pérdida de la mercancía.- Reclamación: procedencia: pérdida de parte de la carga.- Aseguradora, subrogada en el destinatario de las mercancías.- Acción por subrogación contra el porteador.- Art. 3.4º de las Reglas de la Haya-Visby de 1968.- Conocimiento de embarque se ha transferido a un tercero de buena fe: inadmisión de prueba en contrario.

Normas aplicadas: Art. 3.4º Reglas de la Haya-Visby desde la modificación por el Protocolo de 1968 y de 1979, ratificados por España el 11 febrero 1984.

[...]

Son hechos probados, que la recurrente fue contratada directamente por la entidad francesa Entente des Cooperatives, vendedora del trigo, para realizar el transporte marítimo de plaza a plaza. Hubiera podido acreditar, frente a una reclamación hecha por el cargador, –que tampoco probó–, circunstancias determinantes de su exoneración por la pérdida de parte de la mercancía, pues su responsabilidad está sujeta a una presunción iuris tantum (art. 3º.4 de las Reglas de la Haya-Visby desde la modificación por el Protocolo de 1968 y de 1979, ratificados por España el 11 febrero 1984). Sin embargo, la asegurada, compradora de la partida de trigo, era destinataria final de la misma, ajena al contrato de transporte, en cuyo supuesto la normativa aplicable es la que invoca la sentencia recurrida, art. 3º.4, de las citadas Reglas de la Haya-Visby de 1968, según la cual no se admitirá prueba en contrario, cuando el conocimiento de embarque se haya transferido a un tercero de buena fe. La presunción tiene la eficacia que le atribuye el art. 385.3º LEC, in fine, al no admitir prueba en contrario “en los casos en que aquélla (Ley) expresamente lo prohíba”, que es el supuesto contemplado en el presente pleito. [...]

[ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. NAVINORTE, S.A.]

2013/94.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, Sentencia nº 455/2013 de 18 diciembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Lluís Forgas Folch. JUR/2014/19795.

Transporte marítimo internacional: daños en la mercancía por incendio: ausencia de responsabilidad: causa del incendio desconocida.

Normas aplicadas: Art. 5 Reglas de la Haya-Visby desde la modificación por el Protocolo de 1968 y de 1979, ratificados por España el 11 febrero 1984

[...]

En primer lugar debe indicarse que, tal y como correctamente indicó la sentencia de la primera instancia, resulta de aplicación, al caso, la normativa de las denominadas Reglas de la Haya Visby. Con independencia de la ratificación de dichas normas internacionales por parte de la República Popular China, debe señalarse que el art. 5 del protocolo de 1968, modificado por el de 1979, dejó redactado el art. 10 del Convenio del modo siguiente: "Lo dispuesto en el presente Convenio se aplicará a cualquier conocimiento relativo a un transporte de mercancías entre puertos pertenecientes a dos Estados diferentes, siempre y cuando: a) El conocimiento de embarque se libre en un Estado contratante; b) El transporte se efectúe desde un puerto de un Estado contratante; c) El conocimiento de embarque prevea que el contrato se regirá por las disposiciones del presente Convenio o de la legislación de cualquier Estado que las aplique o les dé efecto, sea cual fuere la nacionalidad del buque, del porteador, del cargador, del destinatario o de cualquier otra persona interesada. Cada uno de los Estados contratantes aplicará las disposiciones del presente Convenio a los conocimientos de embarque mencionados en lo que queda dicho. El presente artículo no constituirá impedimento para que un Estado contratante aplique las disposiciones del presente Convenio a los conocimientos de embarque no aludidos en los apartados que anteceden".

Si bien en la traducción oficial no se precisó la preposición "o" (como correctamente sí se hizo en inglés y en francés utilizando los términos "or/ou", respectivamente) debe entenderse así. De ahí que, dándose el supuesto de hecho contemplado en la letra c) del referido precepto, es por lo que debe confirmarse el pronunciamiento combatido, ya que se trata de un transporte marítimo internacional en régimen de conocimiento de embarque en el que se acuerda, expresamente, que cualquier cuestión atinente a la responsabilidad de los intervinientes se rige por las denominadas Reglas de la Haya Visby. Si todo ello no fuera suficiente, solo cabe recordar el contenido de la cláusula de cierre que se establece en el precepto para aplicar las referidas Reglas. [...]

Por último sólo indicar que el régimen de avería gruesa parte del principio de reparto entre todos los interesados de aquellos daños y gastos de carácter extraordinarios decididos por el capitán para liberar de un peligro común al buque y a la carga. Es por ello que la demandante, en su caso, debe someterse a las reglas de dicha clase de siniestro pues en el propio conocimiento de embarque, cláusula quinta, se remite a la regulación de la avería gruesa contenidas en la normativa internacional de las denominadas Reglas de York y Amberes. [...]

[ZURICH ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS / UNIVERSAL
FORWARDING BARCELONA S.L.]

CRÓNICA DE DERECHO INTERTERRITORIAL

Coordinación de

Rafael Arenas García y Albert Font i Segura

Comentarios de

Joseph M. Fontanellas Morell y Miguel Gardeñes Santiago

NOTA INTRODUCTORIA

La selección de resoluciones españolas dictadas entre el año 2013 en el ámbito del Derecho interterritorial comprende los siguientes campos: en primer lugar, Rafael Arenas García comenta la STC 81/2013 que delimita la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho civil y de registros públicos frente a la Comunidad Autónoma de Madrid cuya Asamblea legislativa adoptó la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho; a continuación, entrando ya en la aplicación del sistema para resolver los conflictos de leyes internos, se recogen distintas decisiones relativas a la determinación de la vecindad civil que han sido comentadas con carácter conjunto por Rafael Arenas García, en materia de crisis matrimoniales y de pareja, comentadas también con carácter conjunto por Rafael Arenas García, en materia de responsabilidad parental, habiéndose seleccionado distintas sentencias cuyo centro de interés común es la procedencia de la aplicación Ley valenciana 5/2011, con comentario de Albert Font i Segura, en materia de obligaciones contractuales, donde se da cuenta de un par de sentencias, en materia de responsabilidad civil extracontractual, en materia de sucesiones es Josep Maria Fontanellas Morell quien comenta las distintas sentencias seleccionadas y, finalmente, en materia de pensiones de viudedad, parejas de hecho y conflictos de leyes internos, Miguel Gardeñes Santiago aporta un comentario a una STSJ de las Islas Canarias.

Merece la pena destacar que algunas de las sentencias son comentadas en diferentes apartados, así en “Determinación de la vecindad civil” y “Responsabilidad parental”, por ejemplo. Los coordinadores de la Crónica han estimado que se proporcionaba una perspectiva más completa y enriquecedora si se comentaba algunas de las sentencias dictadas desde distintas perspectivas y por distintos autores. Todo ello no hace más que poner de manifiesto la abundancia de aspectos usualmente abordados en las sentencias que se enfrentan a problemas de Derecho interterritorial y la complejidad que presentan tanto los casos litigiosos en sí mismos como el propio sistema de resolución.

Como en otras ocasiones, esperamos que esta Crónica sirva para reflejar los frecuentes problemas que deben resolver los tribunales españoles en materia de Derecho interterritorial, así como que estas páginas proporcionen elementos para reflexionar sobre el entramado normativo de que disponen nuestros tribunales para (intentar) solucionar los supuestos de Derecho interterritorial.

COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO EN MATERIA DE REGISTROS PÚBLICOS

Rafael ARENAS GARCÍA *

1. Uno de los condicionantes del Derecho interterritorial español es el desarrollo del Derecho civil autonómico más allá –quizás– de lo que resultaba previsible cuando la Constitución de 1978 consagró el carácter plurilegislativo del Derecho privado español, poniendo fin de forma que parece definitiva a los intentos de centralización normativa que se habían venido desarrollando desde principios del siglo XVIII (me remito para una presentación de ese proceso de centralización, tanto desde la perspectiva civil como constitucional a R. Arenas García, “Derechos forales, derechos locales y derecho consuetudinario en España: origen histórico y determinación de su ámbito de vigencia territorial”, *Revista Jurídica de Asturias*, 1997, nº 21, pp. 93–113). La atribución a ciertas Comunidades Autónomas de limitadas competencias en Derecho civil, unido al desarrollo de la autonomía política de dichas Comunidades y a

* Catedrático de DIPr. Universitat Autònoma de Barcelona.

la tendencia postmoderna a la proliferación de fuentes de regulación (*vid.* específicamente para el caso del Derecho civil español, J.-M. Scholz, “La reterritorialización contemporánea del Derecho civil español”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. III, 1986, pp. 281–342, esp. pp. 314 ss) ha propiciado que algunas Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil hayan utilizado ésta de forma extensiva acercándose a la creación de sistemas jurídicos completos y que incluso aquéllas que carecen de dicha competencia hayan caído en la tentación de legislar en materia de Derecho civil (*vid.* sobre esto R. Arenas García, “Condicionantes y principios del Derecho interterritorial español actual: desarrollo normativo, fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 547–593, pp. 550–565). En concreto, dos Comunidades Autónomas sin competencia en materia de Derecho civil, Madrid y Andalucía, habían incluido en su regulación de las parejas de hecho normas que deberían ser calificadas como civiles (*ibid.*, pp. 562–565). La STC 81/2013 se ocupa de la constitucionalidad de una de esas normativas, la aprobada por la Comunidad de Madrid y examina tanto la compatibilidad de la misma con la atribución de competencia exclusiva al Estado en materia de Derecho civil (con excepción de la vinculada a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio) como la también exclusiva competencia del Estado en materia de registros públicos, otra cuestión de especial relevancia en materia de uniones estables de pareja.

2. La Sentencia del TC que nos ocupa aborda tres posibles tachas de inconstitucionalidad, las dos señaladas en el párrafo anterior y la posible incompatibilidad de la regulación madrileña con la competencia estatal en materia de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18ª CE); pero aquí no nos ocuparemos de esta última cuestión (sobre la que, por lo demás, el TC no aprecia inconstitucionalidad alguna en la norma madrileña) para centrarnos en las que se refieren al Derecho privado; esto es, las relativas a la competencia estatal en materia de Derecho civil y de registros públicos.

En lo que se refiere a la primera de estas cuestiones, la posible vulneración de la competencia estatal en materia de Derecho civil, pocas dudas caben de tal infracción. La normativa madrileña establecía la posibilidad de que los convivientes regularan sus relaciones patrimoniales (art. 4 Ley madrileña 11/2001, de 19 de diciembre) y una regla sobre contribución a las cargas de la comunes en ausencia de pacto. El ámbito del pacto se extendía incluso a la posibilidad de regular una pensión compensatoria entre los miembros, con remisión expresa al art. 97 Cc. Se establecía, además, una regla sobre nulidad de los pactos de contenido exclusivamente personal o que afectaran a la intimidad de los convivientes. Se preveía, además, la inoponibilidad de tales pactos a terceros. Se trata de materias que claramente se incardinan en las relaciones entre particulares y que, por tanto, deben ser consideradas como propias del Derecho civil. El Tribunal Constitucional no precisa de un argumento detallado para justificar la calificación civil de tal regulación que, tal como se ha indicado, parece evidente.

Una vez asumido que se trata de una regulación civil la legislación autonómica solamente podría ser compatible con la Constitución si la Comunidad Autónoma gozara de competencia en la materia por existir en ella Derecho foral propio; además, debería tratarse de normativa que entrara en la previsión del art. 149.1.8º de la CE; esto es, que pueda considerarse conservación, modificación o desarrollo del Derecho foral existente. Como es sabido, esta previsión del art. 149.1.8º CE ha sido interpretada de una forma muy flexible; pero resulta difícil que incluso en la más tolerante de dichas interpretaciones pueda llegar a justificarse la competencia de la Comunidad de Madrid en materia de Derecho civil foral. De todas formas, la Sentencia que comentamos no se olvida de indicar que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid no incluye ninguna previsión sobre una hipotética competencia en materia de Derecho civil. La ausencia de esta atribución competencial impediría en cualquier caso que pudiera legislarse en materia civil. En caso de que tal atribución competencial sí figurara en el Estatuto de Autonomía debería verificarse si la mencionada previsión se ajusta a la Constitución para lo que debería examinarse la previa existencia de Derecho foral en la Comunidad de Madrid.

3. En la Sentencia también se trata acerca de la constitucionalidad de la existencia de un Registro de Uniones de Hecho. El problema aquí es si la creación y regulación de tal Registro vulnera la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de los registros públicos. La propia Sentencia que comentamos se ocupa de recordar que la competencia en materia de ordenación de registros públicos se

ha circunscrito a los registros de los que se derivan efectos civiles, excluyendo de tal competencia los registros administrativos, que sí pueden ser creados por las Comunidades Autónomas. Precisamente en materia de uniones equivalentes a la matrimonial es habitual que se creen registros administrativos que facilitan la prueba de la unión a efectos, en principio, puramente administrativos; esto es, para que los integrantes de la misma puedan alegar su condición de convivientes ante las diferentes administraciones que otorgan relevancia a dicha condición. En tanto en cuanto el Registro se mantenga en estos límites administrativos no existe vulneración alguna de la competencia estatal.

La valoración ha de ser diferente cuando el Registro despliega efectos *interprivatos*, esto es, ya de Derecho civil. En este caso, a su vez, deberíamos distinguir entre aquellos casos en los que la Comunidad Autónoma de que se trate tiene competencia en materia de Derecho civil y los supuestos en los que la Comunidad que ha creado el registro no tiene esta competencia. En el caso del que se ocupa la STC 81/2013 nos encontramos en el segundo supuesto: la Comunidad de Madrid no tiene competencia en materia de Derecho civil, por lo que la creación del Registro, con efectos también civiles como era el caso (ya que es el certificado del Registro quien acredita la existencia de la unión y, además, el Registro está abierto para los pactos que los convivientes concluyan en relación a sus relaciones económicas) debería considerarse contrario a la Constitución por vulnerar la competencia del Estado en materia de Derecho civil. El TC, sin embargo, llega a una solución diferente. Dado que en la misma decisión se han anulado los preceptos Ley de Madrid 11/2001 con transcendencia civil, entre los que estaban también los relativos al acceso al Registro de Uniones de Hecho de los pactos entre los convivientes, la Ley ha quedado “depurada” de su carácter civil, lo que implica que el Registro de Uniones previsto en la norma ya no desplegará más que efectos administrativos, lo que convierte en innecesaria su declaración de inconstitucionalidad.

Seguramente ha de ser valorada positivamente la decisión del TC (que, sin embargo, no fue compartida por la totalidad de sus miembros, habiéndose formulado un voto particular sobre este punto por parte del Magistrado Manuel Aragón al que se adhirió también el Magistrado Andrés Ollero Tassara) ya que permite mantener el tenor de la norma una vez adecuada a lo constitucionalmente posible. No obstante, no puede dejar de señalarse que este resultado se consigue mediante una interpretación del precepto no suficiente explicitada (tal como señala el voto particular) que no tiene un encaje sencillo en el tenor literal del precepto y que se opone a la expresa *voluntas legislatoris*. En la concepción del TC, una vez anulados los preceptos que otorgaban relevancia civil a la unión registrada ningún problema supondría mantener el Registro ya que éste debería entenderse limitado a los efectos administrativos de la unión; pero no puede desconocerse que la voluntad del legislador cuando elaboró la norma no era establecer dicha limitación y que la misma no se deriva de forma explícita del precepto, sino que éste se limita a establecer, en lo que sería el punto más relevante del mismo, que la existencia de la unión se acredita mediante certificado del Registro. Nada se indica sobre que tal existencia se refiere solamente a los efectos administrativos y la Sentencia del TC no llega a formular esta interpretación como una parte de su fallo, lo que podría hacer surgir en un futuro la duda sobre si tal existencia no habrá de ser considerada también a efectos civiles. No parece que fuera esta la voluntad de los magistrados del TC; pero no puede perderse de vista que el fallo no incluye esta interpretación vinculante (tal como exigía el voto particular) y que la norma legal sigue vigente y resulta eficaz en el ordenamiento jurídico.

4. El problema de los registros de uniones equivalentes a la matrimonial puede plantearse también en Comunidades Autónomas con competencias en materia de Derecho civil. En este caso la existencia del mencionado registro no vulneraría, en principio, la competencia del Estado en materia de Derecho civil, ya que podría estar cubierta por la competencia autonómica; pero sí que podría vulnerar la competencia estatal en materia de registros públicos. Esto sucederá cuando el registro autonómico atribuya consecuencias de Derecho civil a la inscripción. Si se diera esta circunstancia resultaría que el legislador autonómico habría creado un registro con efectos en el Derecho privado y, por tanto, yendo más allá de lo que le permite la competencia en materia de Derecho civil foral por vulnerar una competencia estatal específica de carácter exclusivo, la ordenación de los registros públicos.

El tratamiento de estos supuestos puede ser problemático en aquellos casos en los que inicialmente se crea un registro que puede tener meros efectos administrativos y, posteriormente, en una norma diferente se atribuyen consecuencias de Derecho civil a la inscripción en el Registro (*vid.* en esta misma crónica la SAP A Coruña 5ª 14 octubre 2013). En un caso como éste la regulación que, inicialmente no tendría ninguna tacha de inconstitucionalidad, pasa a no ser compatible con la Constitución por haber variado la naturaleza del Registro una norma que, inicialmente, no tiene por objeto la regulación de los Registros públicos. Si se planteara la inconstitucionalidad de esta norma, la que atribuye eficacia de Derecho civil a la inscripción en el Registro solamente mediante una interpretación forzada podríamos concluir que se trata de una norma relativa a la ordenación de los registros públicos. Si, por el contrario, se pretende que se declare inconstitucional la regulación del propio registro no habría más remedio que admitir que la regulación en sí misma es compatible con la Constitución. Deberemos esperar a futuros pronunciamientos del Tribunal Constitucional para poder pronunciarnos sobre esta cuestión.

5. En definitiva, la STC 81/2013 debe ser destacada no porque lo que afirma (no es compatible con la CE una regulación de la Comunidad de Madrid con contenido civil) no sea evidente, sino porque en el confuso sistema español de Derecho interterritorial con demasiada frecuencia se dan por buenas soluciones que se encuentran sensiblemente alejadas de las interpretaciones más flexibles posibles de nuestra Constitución. La Sentencia que comentamos debe ser valorada positivamente en su clara declaración de inconstitucionalidad de los preceptos Ley de Madrid 11/2001 que entraban en la regulación de las relaciones entre particulares. La valoración ha de ser más matizada en lo que se refiere al tratamiento del Registro de Uniones de Hecho, siendo muestra aquí de que las dificultades que plantea la interpretación de la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de los registros públicos aún será fuente de no pocos problemas en el futuro.

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 81/2013, de 11 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. <i>BOE</i> , 10-V-2013.

Competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho civil.– Competencia exclusiva del Estado en materia de Registros públicos.

Normas aplicadas: Art. 149.1.8ª CE.

[...]

Como ha quedado expuesto en los antecedentes, el órgano judicial considera que la Comunidad Autónoma no estaría competencialmente habilitada para aprobar una regulación como la que contienen los preceptos cuestionados Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001. Así, ha señalado, en primer lugar, que los arts. 3, 4 y 5 producen efectos jurídicos generales en la esfera patrimonial de los convivientes que los equiparan a las personas unidas por vínculo matrimonial y son los propios del Derecho civil, de lo que resulta que entienda vulnerado el primer inciso del art. 149.1.8 CE que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de Derecho civil “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. En segundo lugar y relacionado con lo anterior, el carácter constitutivo que atribuye a la inscripción de las uniones de hecho en el registro autonómico hace que considere vulnerada la competencia exclusiva del Estado en relación con la “ordenación de los registros e instrumentos públicos” del ya citado art. 149.1.8 CE.

[...]

Las consecuencias del examen de esta regulación desde la perspectiva del orden constitucional de distribución de competencias son claras, pues ya tenemos declarado que las regulaciones relativas a las relaciones interprivatos constituyen reglas de Derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil (STC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 5), relaciones interprivatos en las que, indudablemente se integran los pactos de contenido económico y patrimonial a los que se refieren estos preceptos. En

dicha materia el Estado ostenta, conforme al primer inciso del art. 149.1.8 CE, la competencia exclusiva sobre "legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan". Esta última circunstancia, la previa existencia de un Derecho civil foral o especial, no concurre en el caso de la Comunidad de Madrid, cuyo Estatuto de Autonomía no recoge mención alguna a competencias autonómicas en este ámbito.

Por tanto, como quiera que la Comunidad de Madrid no ostenta competencias sobre Derecho civil foral o especial, la regulación del art. 4 Ley 11/2001 se sitúa extramuros de sus facultades legislativas y vulnera las competencias del Estado, tal como las mismas se establecen en el art. 149.1.8 CE, debiendo ser declarado, por ello, inconstitucional y nulo.

Lo mismo sucede con el art. 5, que se halla íntimamente conectado con aquél, hasta el punto de que tiene su razón de ser en lo que dispone el precepto anterior, pues se trata de una norma meramente procedimental relativa a la inscripción en el registro de uniones de hecho de los pactos previstos en el art. 4. Razón por la cual el art. 5 ha de correr la misma suerte y procedente resulta declarar su inconstitucionalidad y nulidad.

5. Enjuiciaremos ahora el art. 3, que dispone lo siguiente:

Art. 3. Acreditación. 1. Las uniones a que se refiere la presente Ley producirán sus efectos desde la fecha de la inscripción en el Registro de las Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, previa acreditación de los requisitos a que se refiere el art. 1 en expediente contradictorio ante el encargado del Registro.

2. Reglamentariamente se regulará tal expediente contradictorio. En todo caso, la previa convivencia libre, pública, notoria e ininterrumpida en relación de afectividad, habrá de acreditarse mediante dos testigos mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

3. La existencia de la unión de hecho se acreditará mediante certificación del encargado del Registro.

A este precepto reprocha el órgano judicial que vulnera las competencias estatales relativas a la ordenación de los registros e instrumentos públicos, por lo que deberemos partir de lo afirmado por este Tribunal en torno a la delimitación de dicho título competencial estatal. Los criterios de nuestra doctrina (por todas STC 103/1999, de 3 de junio, FJ 3) respecto a la delimitación del título competencial estatal relativo a la "ordenación de los registros públicos" lo circunscriben a los relativos a materias de derecho privado, concluyendo que los registros a que dicha ordenación se refiere son, exclusivamente, los de carácter civil. Asimismo, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, creen registros administrativos y, por tanto, distintos de los anteriores, ha sido admitida con naturalidad por la doctrina constitucional desde las SSTC 32/1983, de 28 de abril y 87/1985, de 16 de julio.

Descartado ya, de acuerdo con lo razonado en el fundamento jurídico precedente, que el registro despliegue su eficacia en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, pues hemos dejado sentado que la Comunidad Autónoma carece de competencias para establecerlo así, resulta que el mismo se limita a publicitar un hecho, la existencia de la previa unión de hecho a fin de atribuirles determinada eficacia en ámbitos de competencia propia de la Comunidad de Madrid y, por tanto, sin incidir en la legislación civil ni, por lo mismo, en la competencia estatal relativa a la ordenación de los registros del art. 149.1.8 CE. A tal fin la inscripción en el registro que se contempla en el art. 3 tiene por única finalidad, al igual que su antecedente regulado por el Decreto 36/1995, de 20 de abril, la acreditación de una situación de hecho, de modo que resulte posible aplicar el régimen jurídico que, en el ámbito de competencias autonómico, el legislador territorial haya considerado oportuno establecer, sin afectar a facetas propias de las relaciones personales o patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho.

Por ello, delimitados en tales términos los efectos de la inscripción en el registro de uniones de hecho, no es posible apreciar la vulneración competencial que se denuncia, sin que tampoco, a estos

efectos, resulte necesario pronunciarse acerca del carácter constitutivo, que sostiene el órgano judicial, o declarativo, como afirma el art. 9 Decreto 134/2002, de 18 de julio, por el que se aprueba el registro de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid.

LA DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL: EL TALÓN DE AQUILES DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERTERRITORIAL

Rafael ARENAS GARCÍA *

1. El legislador español ha optado por hacer descansar el sistema español de Derecho interterritorial en una conexión particular de nuestro Derecho, la vecindad civil; que permite establecer una vinculación entre la persona y cada uno de los diferentes sistemas de Derecho civil que coexisten en España.

Se trata de una conexión relativamente reciente (1888–1889) que en su regulación se inspira en la de la nacionalidad (*vid.* M.E. Ginebra Molins, “El veïnatge civil: regulació, reforma i alternatives com a punt de conexió”, en A. Font i Segura (ed.), *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo/L’aplicació del dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 31–50, esp. pp. 32–33). No es extraño, por tanto, que haya sido calificada como una “subnacionalidad” (*cf.* A. Font i Segura, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, p. 239) ya que muestra una vinculación no ocasional, sino profunda con alguno de los Derechos civiles españoles; vinculación que deriva, en principio, de la vecindad de los padres; pero que puede ser modificada por una residencia lo suficientemente prolongada en el territorio propio de un Derecho diferente al de la vecindad de la que se goza. Como es sabido, esa residencia ha de tener una duración de dos años si va acompañada de la declaración de querer adquirir la nueva vecindad o de diez años siempre que no exista una declaración en el sentido de querer conservar la vecindad originaria.

El problema fundamental que plantea la regulación de la vecindad civil es que no ofrece excesivas posibilidades para una prueba fehaciente de la misma. En el Registro Civil la vecindad solamente constará cuando se ha realizado alguna de las declaraciones a las que nos acabamos de referir (la declaración positiva de adquisición o la negativa de conservación de la vecindad originaria) o se ha ejercitado alguna de las opciones que prevé el Cc (art. 14.3º y 4º Cc). Incluso esta constancia registral no resulta definitiva en el caso de la opción, pues es posible que tras ésta se adquiriera otra vecindad como consecuencia de una residencia de diez años en territorio diferente de aquél para cuyo Derecho se ha realizado la opción (*vid.* S. Álvarez González, “Vecindad civil”, en M.C. Gete-Alonso y Calera (dir.), *Tratado de Derecho de la persona física*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2013, pp. 340–361, pp. 357–358). En la mayoría de los casos, sin embargo, ninguna constancia existirá en el Registro Civil de la vecindad de los españoles (solamente los españoles son susceptibles de tener vecindad civil) por lo que la determinación de dicha condición exigirá el estudio de determinadas circunstancias fácticas (fundamentalmente el lugar de nacimiento de la persona cuya vecindad se trata de determinar y, en su caso, de sus padres; así como sus diferentes lugares de residencia).

Este acercamiento “factual” a la vecindad civil [expresamente SAP Navarra 2ª de 8 abril 2013 (todas las decisiones citadas corresponden al año 2013)] implica que con frecuencia la concreción del Derecho civil español aplicable depende de la actividad probatoria de las partes, quienes, además, han de precisar el momento en el que se produce la adquisición de la vecindad, lo que en el caso de la determinada por residencia de diez años puede no resultar sencillo. En la práctica la determinación temporal de la vecindad es especialmente relevante para la concreción del Derecho aplicable al régimen económico del matrimonio, ya que éste régimen ha de ser fijado en el momento de la celebración del matrimonio, resultando, por tanto, necesario que se concrete la vecindad civil de los cónyuges en dicho momento.

* Catedrático de DIPr. Universitat Autònoma de Barcelona.

Las decisiones que hemos seleccionado, correspondientes al año 2013, dan muestra de las dificultades a las que se enfrenta la jurisprudencia española en la concreción de esta conexión. Por una parte, observamos este acercamiento fáctico a la vecindad civil, que precisa una determinada actividad probatoria para llegar a determinarla con precisión. Ante la ausencia o insuficiencia de dicha actividad probatoria el tribunal se enfrenta a la necesidad de encontrar una solución para la fijación del Derecho aplicable a la situación que se trate, pudiendo identificarse varias posibilidades, tal como veremos a continuación.

2. En lo que se refiere a los elementos fácticos que considera el Tribunal, estos son, tal como se ha adelantado, el lugar de nacimiento y residencia de las personas cuya vecindad civil ha de determinarse así como el de sus padres (*vid.* SAP Alicante 4ª 19 julio 2013 y de 26 septiembre 2013; SAP Alicante 9ª de 23 de enero 2013; SAP Barcelona 12ª 6 noviembre 2013). En aquellos casos en los que ambos padres del individuo cuya vecindad trata de determinarse han nacido en el mismo territorio que éste la opción por la vecindad civil de dicho territorio no parece dudosa [SAP Alicante 9ª 23 de enero 2013]. En aquellos casos en los que el lugar de nacimiento de los progenitores se encuentra en territorios con distintos Derechos civiles la respuesta no es tan sencilla, ya que en este supuesto podría presumirse que la vecindad civil de ambos no es coincidente, por lo que la del hijo se correspondería con la de aquél cuya filiación se ha determinado en primer lugar (art. 14.3º Cc). En caso de que ambas filiaciones se hayan determinado al mismo tiempo se da preferencia a la vecindad civil correspondiente al lugar de nacimiento del hijo (SAP Alicante 4ª 19 julio 2013 y SAP Alicante 4ª 26 septiembre 2013).

Junto con el lugar de nacimiento resulta necesario considerar también el de residencia de la persona cuya vecindad pretende determinarse. Esta residencia resulta necesaria para el cambio de la vecindad civil y como es sabido (y ya se ha apuntado) esa residencia ha de tener una duración de diez años o de dos años si va acompañada de una declaración en la que se manifiesta la voluntad de adquirir la vecindad del territorio de residencia. En la SAP Valencia 10ª 4 febrero 2013 se alegó la vecindad civil valenciana de la persona interesada cuya vecindad civil originaria era la aragonesa por residencia de dos años, pero ante la ausencia de prueba alguna de la declaración a favor de la adquisición de la vecindad valenciana no se consideró que hubiera adquirido dicha vecindad. Dado que la declaración de voluntad para la adquisición de la mencionada vecindad ha de formalizarse en el Registro Civil no parece que ante la ausencia de la inscripción de tal declaración sea posible suplir tal ausencia por otros medios de prueba; pero el tenor de esta última decisión no cierra de forma definitiva esta posibilidad, por lo que deberemos esperar si en algún momento se admite como suficiente una declaración no realizada ante el encargado del Registro Civil. Posibilidad que no parece acorde con el tenor del art. 14.5º Cc y que hasta el momento había sido rechazada por la jurisprudencia (*vid.* S. Álvarez González, *loc. cit.*, p. 358).

En la determinación de la residencia resulta especialmente relevante lo que establece la SAP Navarra 2ª 8 abril 2013. En ella, en relación a un litigio sucesorio, se debatía si la testadora había adquirido o no la vecindad civil navarra. En este caso no se contaba con declaración alguna de la interesada; ni la de conservación de la vecindad civil originaria ni la de adquisición de la vecindad civil navarra, por lo que se trataba simplemente de determinar dónde debía entenderse fijada la residencia de la testadora.

Para concluir sobre este extremo se hizo preciso examinar a través del interrogatorio de las partes y de la prueba testifical y documental si el centro efectivo de vida de la causante se encontraba en Navarra o en Vizcaya, con la dificultad añadida de que la interesada “hacía mucha vida” (en expresión de la Sentencia de instancia) tanto en Pamplona como en las Arenas (Vizcaya) lo que obliga al juzgador a determinar dónde se encontraba efectivamente el centro de vida de la testadora, fijándose para ello en el lugar en el que se encontraba el centro de su actividad económica, considerado junto a otros indicios. En la valoración de los indicios existentes se tuvo en cuenta que en diversos documentos consta la atribución de la vecindad civil navarra a la testadora; así como la circunstancia de estar empadronada en Navarra. El juzgador de instancia advierte que tales documentos no constituyen prueba *iuris et de iure*, pero de la sentencia se advierte que tienen la virtualidad de trasladar la carga de la prueba a quien sostiene una residencia diferente de la que consta en tales documentos. De esta forma, la conclusión de la vecindad civil navarra de la causante es consecuencia de que no se hubiera conseguido probar su residencia en Vizcaya (*vid.* FD 2º de la Sentencia de instancia: “De la valoración de la prueba practicada,

tanto del interrogatorio de las partes, como de la extensa prueba testifical practicada y sobre todo de la abundante prueba documental obrante en autos resulta que pese al esfuerzo probatorio desplegado por la parte actora no entiende esta juzgadora que se haya acreditado que la residencia habitual de la finada estuviera en Las Arenas, lugar con el que no obstante tenían una importante vinculación, siendo un lugar de segunda residencia, y en el que además pasó la mayor parte del tiempo de los últimos años de su vida para el cuidado de por sus hijas de la misma”.

La decisión de la AP de Navarra vuelve sobre el análisis realizado por la Juez de Primera Instancia y detalla los diferentes indicios que podrían conducir a la determinación de la residencia, considerando cuestiones tales como el lugar de celebración de la misa funeral tras su fallecimiento, la pertenencia a clubs o asociaciones, la asistencia recibida en centros de salud, los certificados de empadronamiento, la localización de las cuentas bancarias de las que era titular la testadora o el lugar en el que se celebraban las reuniones familiares; aunque llegando a la misma conclusión que en la decisión de instancia: las pruebas presentadas no permiten concluir que la testadora no hubiera residido allí donde figuraba empadronada. Así pues, parece confirmarse que si bien la determinación del lugar de residencia no puede derivarse de forma automática del empadronamiento, sí que constituye un indicio que obliga a quien los cuestiona a probar de forma suficiente que el centro de vida de la persona cuya vecindad trata de determinarse se encuentra en un lugar diferente del que resulta de tales indicios. De la misma forma, las declaraciones de los interesados sobre su vecindad civil no constituyen por sí solas prueba de la misma, pero pueden ser tenidas en cuenta en la valoración que realice el Juez sobre tal vecindad.

En lo que se refiere a la adquisición de la vecindad por residencia resulta relevante la SAP Barcelona 14ª 18 julio 2013. En ella se niega la adquisición de la vecindad civil catalana por residencia de diez años al no contar en ese plazo de diez años el período de menor edad del individuo, pese incluso a encontrarse tácitamente emancipado. Como es sabido, existe una jurisprudencia dividida sobre la relevancia de la residencia durante la menor edad a efectos de adquisición de la vecindad civil. Mientras unas decisiones consideran que esos años de minoridad no pueden ser añadidos a los necesarios para adquirir una vecindad civil diferente de la originaria, otras sentencias mantienen el criterio contrario (*vid.* S. Álvarez González, *loc. cit.*, p. 357).

La adquisición de la vecindad civil por parte de los menores es también considerada en la SAP Barcelona 12ª 24 julio 2013. En este caso se trataba de determinar la vecindad civil del marido a efectos de la concreción del régimen económico del matrimonio, aplicándose la normativa vigente con anterioridad a la Constitución y que establecía que el Derecho rector de dicho régimen sería el correspondiente a la vecindad civil del marido en el momento de contraer el matrimonio. En este caso el marido no había residido como mayor de edad en Cataluña diez años, por lo que, en principio, y de acuerdo con el criterio que veíamos sigue también al SAP Barcelona 18 julio 2013, conservaría su vecindad civil originaria (probablemente gallega). Sin embargo, en este caso se aplica la redacción vigente en 1974 Cc de acuerdo con la cual los hijos menores seguían la vecindad civil de su padre. En el caso concreto los padres de aquél cuya vecindad se trataba de determinar habrían adquirido la vecindad civil catalana por residencia en 1962, habiendo adquirido también entonces la misma vecindad catalana el hijo menor, por lo que, efectivamente, tendría ya la vecindad catalana en el momento de contraer matrimonio.

3. Así pues, la vecindad civil es considerada por los tribunales de forma parecida a un hecho en aquellos casos en los que se plantean dudas sobre su concreción. Este acercamiento factual a la vecindad va, sin embargo, más allá de la posibilidad de debatir sobre dicha vecindad mediante la consideración de los distintos medios de prueba (interrogatorio de las partes, prueba testifical y documental, tal como puede comprobarse en la SAP Navarra 8 abril 2013 a la que nos acabamos de referir). Así, en los casos en los que no existe debate sobre la vecindad civil de las personas relevantes para el supuesto se llega a asumir como cierta la vecindad alegada por las partes (*vid.* SAP Barcelona 12ª 21 noviembre 2013, donde se mantiene que pese a los indicios de que el marido no tenía vecindad civil catalana en el momento del matrimonio se aplica tal Derecho catalán por no existir debate sobre este extremo).

En sentido estricto esta falta de debate procesal sobre la vecindad civil no debería conducir automáticamente a tal resultado toda vez que la vecindad civil no es un hecho, sino una circunstancia jurídica

aplicándose de forma imperativa la normativa que regula esta vecindad sin que la eficacia de la voluntad de las partes vaya más allá de lo previsto en la normativa reguladora (*vid.* en este sentido la SAP Navarra 8 abril 2013 en el punto en el que recoge lo establecido en la sentencia de instancia: “debe advertirse que las normas sobre vecindad civil tienen naturaleza imperativa, de modo que la adquisición, pérdida y cambio de vecindad se rigen por las reglas establecidas en el Título Preliminar Cc, que no pueden ser objeto de cambio por los interesados. Sólo en aquellos casos en que la ley lo acepta, se admite la eficacia de las declaraciones de voluntad, como ocurre en los diferentes supuestos de opción (arts. 14.3, 4, 14.4 y 15.1º Cc) y en las declaraciones de adquirir la vecindad del lugar de residencia (art. 14.5.1) y de conservar la vecindad originaria (art. 14.5.2 Cc), siempre en las condiciones y la forma establecida en las disposiciones citadas”). Ciertamente, en lo que se refiere a los hechos de los que deriva la vecindad sí puede operar la regla sobre la consideración como probados de los hechos alegados por una parte y no discutidos por la otra; pero esto no afectaría a la determinación misma de la vecindad, sino que simplemente conduciría a la proyección de la normativa existentes sobre tales hechos admitidos; lo que podría conducir a un resultado equivalente a la admisión de la vecindad civil acordada por las partes; pero que no es tal en un sentido riguroso.

4. Las dificultades sobre la determinación de la vecindad civil probablemente explican también que en no pocas ocasiones el Tribunal acabe aplicando el Derecho que resulta de la vecindad civil “aparente” (*vid.* SAP Barcelona 12ª 10 enero 2013, SAP Barcelona 12ª 16 enero 2013, SAP Barcelona 12ª 21 enero 2013, SAP Barcelona 12ª 23 enero 2013, SAP de Barcelona 12ª 23 enero 2013, SAP Barcelona 12ª 28 febrero 2013, SAP Barcelona 12ª 31 enero 2013 y SAP Tarragona 1ª 4 noviembre 2013), unido con frecuencia este criterio, el de la aparente vecindad civil, a otros tales como la territorialidad de las leyes autonómicas.

La consideración de la vecindad civil “aparente” no es la única originalidad de la jurisprudencia española en relación a la determinación de la vecindad civil. También se ha sostenido que ante la no constancia de la vecindad civil de los hijos debería considerarse la ley de su lugar de residencia (SAP Barcelona 12ª 20 de marzo 2013: “Atendida la residencia habitual de los hijos en Cataluña, en ausencia de constancia de su vecindad civil, según el art. 9.4º Cc estatal, debe aplicarse el derecho civil catalán a la cuestión debatida”). Es cierto que el precepto mencionado prevé la aplicación Ley de la residencia ante la no determinación de la vecindad civil del hijo; pero también es cierto que para que opere dicha ley de la residencia es preciso que no sea posible la determinación de tal ley personal, en este caso la vecindad civil. Debería examinarse el caso para determinar si la prueba practicada y la documentación de la que se dispone no permite concretar dicha vecindad civil bien a partir de la vecindad civil de los progenitores o, en caso de que esta vía no conduzca a resultado alguno, por la consideración del lugar de nacimiento de la persona cuya vecindad se trata de determinar, toda vez que el art. 14.3º prevé que cuando la vecindad no pueda ser determinada a partir de la de los padres deberá entenderse que la vecindad es la correspondiente al lugar de nacimiento. En el mismo sentido hemos de citar la SAP Barcelona 12ª 23 enero 2013 (JUR 2013/70777).

En otros supuestos, sin embargo, no se consideran suficientes los indicios existentes sobre la vecindad civil para resolver el litigio, exigiéndose que se plantee de forma directa un procedimiento declarativo que permita despejar las dudas existentes sobre este extremo. En este sentido se pronunció la SAP Barcelona 12ª 28 junio 2013, en la que en un procedimiento de divorcio no se realizó pronunciamiento sobre el régimen económico del matrimonio por no poder determinar la vecindad civil del esposo en el momento de la celebración del matrimonio.

5. La jurisprudencia de los Tribunales españoles sobre determinación de la vecindad civil muestra, por tanto, que la conexión no deja de plantear dificultades de concreción que, probablemente, aconsejarían un cambio en su regulación. La constancia generalizada de la vecindad civil en el momento del nacimiento favorecería la prueba de la misma ya que, como hemos visto, en los casos en los que los progenitores no ostentan –al menos aparentemente– la misma vecindad civil dificultan la determinación del Derecho aplicable en los casos en los que tal Derecho depende de la vecindad civil del individuo en cuestión.

Es cierto que el mantenimiento del cambio de vecindad civil por residencia de diez años impediría que la constancia de la vecindad civil de nacimiento pudiera gozar de una presunción plena de veracidad, que para conseguirse precisaría de la supresión de esta forma de adquisición de la vecindad civil o una modificación de su regulación. Ésta sería, sin duda, una modificación de alcance que debería ser objeto de reflexión y de debate, pero que no puede dejar de apuntarse aquí dada la relevancia de esta conexión, la vecindad civil, para el sistema de Derecho interterritorial español y las evidentes dificultades que plantea en la práctica su concreción.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 10 enero 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. JUR\2013\71864.

Modificación de medidas en divorcio.— Alimentos.— Determinación de la vecindad civil.— Consideración de la vecindad civil aparente.

Normas aplicadas: Arts. 9.7º y 16 Cc.

[...]

Como cuestión previa, debe señalarse que en el presente caso procede aplicar el Derecho civil catalán a las medidas de divorcio en virtud de las normas de conflicto de leyes (arts. 9.7º y 16 Cc estatal, en vista de la aparente vecindad civil de los litigantes y de las hijas comunes y, a falta de otros datos, por la residencia de todos ellos en Cataluña, en virtud de la territorialidad del derecho catalán (arts. 14.1º del Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya). No procede, por tanto, aplicar a las cuestiones controvertidas cumulativamente, como hace la sentencia apelada y la demanda, las disposiciones Cc estatal y las del derecho civil catalán, que las regula completamente y que tiene su propio sistema de integración normativa.

Obs.: En el mismo sentido: SAP Barcelona 12ª 16 enero 2013, JUR\2013\70329; SAP Barcelona 12ª 21 enero 2013, JUR\2013\169999; SAP Barcelona 12ª 23 enero 2013, JUR\2013\70331; SAP Barcelona 12ª 23 enero 2013, JUR\2013\69909; SAP Barcelona 12ª 28 febrero 2013, JUR\2013\169984; SAP Barcelona 12ª 31 enero 2013, JUR\2013\70494; SAP Tarragona 1ª 4 noviembre 2013, JUR\2014\21655.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 23 enero 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Ataulfo Ballesta Bernal. Aranzadi Bibliotecas JUR\2013\151019.

Modificación de medidas respecto a hijos extramatrimoniales.— Aplicación Ley valenciana 5/2011.— Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 68 Ley de 8 junio 1957 sobre Registro Civil; Ley valenciana 5/2011

[...]

Efectivamente, la resolución recurrida tras precisar de forma correcta que en el presente supuesto resulta de aplicación la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no convive, al presumirse que la vecindad civil de la menor es la Valenciana, puesto que tanto ella como ambos progenitores han nacido en el territorio de la Comunidad Valenciana (art. 68 Ley de 8 junio 1957 sobre Registro Civil)...

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 23 enero 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. JUR\2013\70777.

Modificación de medidas respecto a los hijos. Relaciones paterno-filiales. Aplicación del Derecho civil estatal por no constar la vecindad civil del hijo.

Normas aplicadas: Art. 39.2º CE; arts. 9.4º, 7º, 16, 93 y 94 Cc.

[...]

Como cuestión previa, debe señalarse que en las cuestiones debatidas, subsidiarias de las relaciones paterno-filiales, procede aplicar el derecho civil estatal, porque no consta la vecindad civil del niño pero sí que reside en Galicia, en virtud de las normas de conflicto de leyes (arts. 9.4º, 9.7º y 16 Cc estatal –Cc–). Concretamente, los arts. 93 y 94 Cc y concordantes del mismo texto, y sobre todo el criterio del interés del menor, como señala la sentencia apeladas con cita de los instrumentos supranacionales que recoge, junto con el art. 39.2º CE.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 4 febrero 2013. Ponente: Ilma. Sra. Dª Ana Delia Muñoz Jiménez. JUR\2013\155307.

Uniones extramatrimoniales.– Patria potestad.– Determinación de la vecindad civil de la hija.

Normas aplicadas: Art. 14 Cc.

[...]

Con carácter previo, alega que son de aplicación las normas del Código de Derecho Foral de Aragón y, subsidiariamente, las Cc, dado que ambos progenitores y la hija son aforados aragoneses, a lo que se opuso la demandada, pretendiendo que es de aplicación la Ley 5/2011, de 1 abril la Generalitat Valenciana, alegando que tiene vecindad civil valenciana, dado que reside en esta Comunidad Autónoma desde principios de 2010, más de dos años, manifestando su voluntad en este sentido.

Partiendo de que ambos progenitores tenían vecindad civil aragonesa, por haber nacido y vivido en el territorio de dicha Comunidad Autónoma, lo que no se discute, se acredita que la progenitora y la hija común viven en Valencia, donde están empadronadas, al menos desde septiembre 2010, pero no se acredita que la progenitora haya manifestado su voluntad de adquirir la vecindad civil valenciana ni se haya hecho constar en el Registro Civil, conforme exige el art. 14.5.1º Cc por lo que ha de entenderse de aplicación el Código de Derecho Foral de Aragón.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 20 marzo 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. JUR\2013\169988.

Medidas respecto a hijos.– Modificación.– Determinación de la vecindad civil.– Aplicación del Derecho del lugar de la residencia habitual.

Normas aplicadas: Art. 9.4º Cc.

[...]

Atendida la residencia habitual de los hijos en Cataluña, en ausencia de constancia de su vecindad civil, según el art. 9.4º Cc estatal, debe aplicarse el derecho civil catalán a la cuestión debatida.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 28 marzo 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gomis Masque. JUR\2013\194605.

Infracciones y sanciones en materia tributaria.– Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.– Determinación del régimen económico del matrimonio.– Vecindad civil de los cónyuges.– Valor probatorio de los documentos públicos.

Normas aplicadas: Arts. 9, 16, y 1218 Cc; art. 319 LEC.

[...]

En efecto, en España coexisten distintas legislaciones civiles. No se precisa si el alegado régimen se estableció convencionalmente por los cónyuges o quedó determinado legalmente en ausencia de pacto expreso. Ningún pacto se acredita, ni desde luego se prueba y, en ausencia de pacto anterior o posterior al matrimonio, la determinación del régimen económico matrimonial es distinta según la Ley aplicable al matrimonio, ya sea la ley común o alguno de los regímenes forales. Aquí nos hallamos en territorio en el que rige el Derecho civil catalán, en que a diferencia Ley común prevé el régimen de separación de bienes, en ausencia de pacto. A falta de manifestación y prueba de la vecindad civil de los contrayentes, pues no se aportan los datos personales sobre lugar de nacimiento y residencia anterior a la celebración del matrimonio (lo más que aparece es que el recurrente en la primera de las escrituras manifestó ser vecino de Barcelona), no puede presumirse que la ley personal de ambos cónyuges no fuera la de éste territorio foral, ni para el caso de que existiera un eventual conflicto de leyes, por no tener ambos cónyuges la misma vecindad civil, que no lo fuera la del marido, teniendo en cuenta la redacción del art. 9 Cc, vigente desde el 30 julio 1974 al 7 diciembre 1987, al que remite el art. 16 Cc.

No habiendo prueba suficiente de que el régimen económico matrimonial fuera el de sociedad de gananciales, no puede entrar en juego la presunción establecida en el tercer párrafo del art. 7 Ley 19/1991, que invoca el actor.

Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, Sentencia de 8 abril 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Cobo Sáenz. JUR/2013\176532.

Sucesiones.– Determinación de la vecindad civil de la causante.– Conflicto móvil.– Adquisición de la vecindad civil por residencia.–

Normas aplicadas: Arts. 14, 15 y 40 Cc.

[...]

Se trata pues de una cuestión fáctica, cuya determinación requiere del examen de la prueba desplegada a tales efectos, de modo tal que a través de ella se llegue a la conclusión de cuál fuera la vecindad civil de la señora Remedios al tiempo de su fallecimiento, determinada esta a su vez por el lugar de su residencia habitual.

El domicilio o residencia habitual que se va examinar requiere que en él se resida, y que esa residencia sea de un modo habitual, es decir, que se precisa, aparte del requisito objetivo de la residencia en un lugar, el subjetivo de que esa lo residencia sea con intención de hacerlo permanentemente o de un modo habitual, como, por lo demás, se tiene establecido ya de antiguo por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo –sentencias, a vía de ejemplo, de 28 noviembre 1940, 26 mayo 1944, 18 septiembre 1947, 25 septiembre 1954, 21 enero 1968, 21 abril 1972, 30 diciembre 1992 y 13 julio 1996–, según la cual no basta para tener un lugar como domicilio con la permanencia más o menos larga o ininterrumpida en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse la persona efectiva y permanentemente en dicho lugar. [...]

De la valoración de la prueba practicada, tanto del interrogatorio de las partes, como de la extensa prueba testifical practicada y sobre todo de la abundante prueba documental obrante en autos resulta que pese al esfuerzo probatorio desplegado por la parte actora no entiende esta juzgadora que se haya acreditado que la residencia habitual de la finada estuviera en Las Arenas, lugar con el que no obstante tenían una importante vinculación, siendo un lugar de segunda residencia, y en el que además pasó la mayor parte del tiempo de los últimos años de su vida para el cuidado de por sus hijas de la misma.

Toda la actividad económica de la Sra. Remedios se encuentra localizada en Pamplona, sin que nadie haya alegado que de los negocios se hiciera cargo persona delegada por aquella, sino ella misma.

Si bien es cierto que el lugar en que una persona tiene su centro de actividad económica o profesional no es determinante de su lugar de residencia, no puede obviarse que en este caso es un elemento a tener en cuenta para la determinación de ésta y ello no solo por la distancia existente entre los empla-

zamientos a que en este procedimiento nos estamos refiriendo, sino porque además la señora Remedios tenía una casa en Pamplona, en avda. ..., casa que hizo adaptar a sus nuevas circunstancias físicas.

Pero es que además el señor Notario, D. Alberto y con despacho profesional en la misma dirección que la señora Remedios vino a declarar que la conocía por tal motivo, además de ser el mismo quien elevaba a escritura pública los documentos que a tal efecto presentaba.

En los mismos puede observarse que se expresa la vecindad foral navarra de la señora Remedios, sin que nadie, hasta este momento, siquiera la propia actora, firmante de algunos de ellos, hiciera objeción sobre tal extremo.

Ciertamente la expresión en escritura pública de la vecindad foral del otorgante no constituye prueba iuris et de iure, sino que admite prueba en contrario. Pero tal presunción viene reforzada además por los indicios mencionados y por las propias declaraciones efectuadas por las demandadas. Junto a ello además, y aunque efectivamente sin que de forma aislada sirvan de prueba del domicilio o residencia de una persona, tal y como tiene reiterada la jurisprudencia, debe no obstante tenerse en cuenta que tanto el domicilio administrativo (padrón) como el fiscal de la señora Remedios estaban fijados en Pamplona.

Respecto de la prueba que en contra se despliega resulta que no puede obviarse que la señora Remedios hacían mucha vida en Las Arenas; así se desprende no solo de las declaraciones testificales, manifestando todas las amigas y vecinas de la Sra. Remedios que sabían que D^a Remedios se movía mucho (en referencia a sus continuos desplazamientos) pero que según ellas creían vivía en Las Arenas, porque estaban con ellas los domingos, porque iban a su casa a verla, tras su enfermedad, y porque de hecho la han visto haciendo la compra; junto a ello se aporta una numerosa prueba documental de la que se desprende que la señora Remedios estaba dada de alta en clubes de Las Arenas, que tenía participación en la parroquia, que era vista por un médico de allí y que a efecto de notificaciones en tales casos señalaba el de la calle...

Sin embargo, como ya se ha adelantado tal prueba no se considera suficiente para enervar la presunción de residencia habitual de Pamplona, pues es perfectamente compatible con el hecho de que tuviera en Las Arenas su segunda residencia, siendo que la ubicada en Pamplona prevalece sobre esta, a juicio de esta juzgadora, pues de los elementos indicados resulta tanto la intencionalidad y permanencia que definen el domicilio.

Para terminar debe señalarse que la vecindad civil navarra se adquiere por 2 años de residencia continuada si se expresa tal voluntad o bien por el transcurso de 10 años, sin declaración de voluntad expresa en contra. No existen ninguna de las declaraciones, ni inscripción en el Registro Civil de dicha vecindad, no obstante lo cual ello no impide que se afirme la misma en los términos expuestos, pues únicamente supone que habrá que acreditar tal extremo pues no goza de la presunción de exactitud del Registro. Es claro que las declaraciones mencionadas han de hacerse además ante el Encargado del registro Civil, sin embargo, no puede olvidarse que ante Notario, la señora Remedios, firmó su vecindad civil navarra en varias ocasiones, lo que puede entenderse como la clara voluntad de la misma de adquirirla.

Así las cosas procede declarar que era navarra la vecindad civil de la señora Remedios.

[...]

Como hemos expresado en los precedentes fundamentos sostiene la demandante que su madre D^a Remedios, en ningún momento de su vida, ostentó la condición civil foral de Navarra por el contrario, entiende la parte actora, que su vecindad civil es la foral vizcaína, pues D^a Remedios nació en San Sebastián, su padre D. Carlos Daniel había nacido en Bilbao y su madre D^a Elisabeth en Zumaya. Sus progenitores eran vecinos de San Sebastián. Al contraer D^a Remedios matrimonio en Azcoitia con el Sr. Faustino y trasladar su domicilio a Getxo en el año 1958, activó el mecanismo jurídico para adquirir por residencia continuada durante más de 10 años, en concreto en las Arenas-Getxo, la vecindad civil foral vizcaína. Adquisición que se entiende por la parte actora, operada en el año 1968, por residencia continuada en dicha ciudad vizcaína. Primero en la plaza..., por las señoras testigos que depusieron a instancia de la parte actora en el acto de juicio celebrado el 2 noviembre 2010). Y posteriormente en la

calle..., domicilio en el que según se sostiene por la parte actora, vivió D^a Remedios desde 1987 hasta su fallecimiento en 2007.

Preciso es constatar de nuevo, que en la sentencia de instancia, no se contiene un excesivamente detallado análisis de la prueba, que conduce a la declaración "... era navarra la vecindad civil de la Sra. Remedios".

[...]

A.– Prueba documental . [...]

B.– Prueba testifical. [...]

Recordaremos que con arreglo al párrafo segundo Ley 16 del Fuero Nuevo con la entradilla "cambios de condición", se dispone, que "... asimismo, los actos celebrados por quienes con posterioridad a su otorgamiento adquieran la condición foral deberán producir sus efectos conforme al Derecho navarro, aunque este difiera del derecho a que se sometió su celebración".

El expresado precepto, se ha considerado por la doctrina más autorizada en el ámbito del Derecho civil foral de Navarra –profesor Enrique Rubio Torrano, en la obra *Comentarios al Fuero Nuevo*, edición 2002 pp. 50 y 51–, "... impertinente por su contenido y técnicamente deficiente en su formulación". Pero en cualquier caso, puede constatar que en el precepto en cuestión, se trata de dar respuesta a las situaciones a que da lugar el cambio de vecindad civil respecto de actos celebrados con anterioridad a dicho cambio, bien sea esta la vecindad civil de Navarra u otra. En concreto en él se establece la regulación en el ámbito del Derecho interregional privado del denominado "conflicto móvil". Considerándose por la expresada doctrina singularmente autorizada que la regulación en el Fuero Nuevo es improcedente, pues tal materia está sustraída del ámbito legislativo competencial de la Comunidad Foral. Bastando con la remisión que la Ley 10 del Fuero Nuevo, efectúa el Código civil. Y en este sentido resulta aplicable el art. 16 Cc, con arreglo al cual los conflictos de leyes que pudieran surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio español se resolverán según las normas de Derecho internacional privado, contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar, con las particularidades que se establecen en dicho precepto, las cuales en las concretas circunstancias del caso no son aplicables.

Ciertamente y por razón de cuanto hemos expresado, al tiempo del otorgamiento instrumentado en el testamento abierto de 1 febrero 1989, D^a Remedios, tenía la vecindad civil foral Vizcaína. Pero al tiempo de su fallecimiento, ostentaba por las razones ya dichas, la condición civil foral de Navarra. Con arreglo al art. 9.8º Cc, al que remite el citado art. 16 Cc "la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualquiera que se la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentre. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la Ley que rija la sucesión, si bien las Legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última..." –el inciso final de dicho precepto del Cc, carece de virtualidad para su aplicación en este concreto caso, pues no se debate sobre los derechos sucesorios del "cónyuge superstite", al haber premuerto su esposo a D^a. Remedios–.

En consecuencia, la regulación de la sucesión, de D^a Remedios, debe realizarse con arreglo a lo dispuesto por ella, en el testamento otorgado con fecha 1 febrero 1989, por corresponder la ordenación de las legítimas, contenidas en el mismo, a su condición civil foral de Navarra al tiempo de su fallecimiento, según hemos argumentado a lo largo de la presente resolución.

En igual sentido, podemos citar, la Ley 148 del Fuero Nuevo, con entradilla "Ley aplicable", en sede de ordenación de los principios fundamentales en materia de donaciones y sucesiones, con arreglo a la cual, para que la sucesión se ordene conforme "a esta Compilación" se requerirá la condición foral del causante al momento de su fallecimiento. Estatuto personal, que concurría según hemos argumentado en D^a Remedios cuando falleció el 5 febrero 2007.

En el expresado sentido que acabamos de determinar, se ha pronunciado este Tribunal provincial, en concreto su Sección 1ª en sentencia de 16 enero 2012, firme. En cuyo razonamiento jurídico quinto se argumenta "Quinto: ...".

Por las razones expuestas, no hallamos ninguna razón para declarar la nulidad del testamento otorgado por D^a Remedios con fecha 1 febrero 1989.

Decae en consecuencia, el objeto del presente recurso de apelación, cuando en el mismo se postula, la solicitud de aplicación para ordenar la sucesión de D^a Remedio, de la Legislación Foral Vizcaína, en su formulación de la compilación del año 1959.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Auto de 9 abril 2013. Ponente: Ilma. Sra. D^a Ana M^a García Esquius. JUR\2013\194335.

Divorcio.– Régimen económico del matrimonio.– Determinación de la vecindad civil.– Falta de prueba de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 267 LOPJ.

[...]

Es por ello que, en el presente caso, dado que no consta practicada prueba alguna acerca de la vecindad civil en el momento de contraer matrimonio, procede su aclaración en el sentido de que debe dejarse sin efecto en el fundamento de derecho primero la referencia al régimen económico matrimonial de las partes.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 28 junio 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho. JUR\2013\330651.

Divorcio.– Imposibilidad de determinar el régimen económico del matrimonio por no constar la vecindad civil del marido en el momento de la celebración del matrimonio.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º y 107 Cc.

[...]

Para determinar el régimen económico matrimonial debe acudirse, como criterio general, a un proceso declarativo. Es cierto que si hubiera constado expresamente la vecindad civil de ambos litigantes podría haberse precisado el régimen económico matrimonial de los litigantes. Ahora bien, en este caso esta cuestión es problemática, pues se trata de un matrimonio celebrado en fecha de 27 mayo 1978, siete meses antes de la aprobación CE Española. Al respecto esta Sala, entre otras la Sentencia 24 marzo 2009 (...), ha declarado que para determinar el régimen económico matrimonial, atendiendo a la vecindad civil de los litigantes, debe atenderse a los siguientes criterios: "A) Los matrimonios contraídos con anterioridad al Título Preliminar Cc, en la redacción dada por la Ley de Bases de 1973, así como los contraídos con anterioridad a la promulgación CE Española se regirán por la última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional correspondiente al marido al tiempo de su celebración; B) A los matrimonios contraídos después del 29 diciembre 1978, fecha de entrada en vigor CE, hasta la Ley de 15 octubre 1990, deberá estarse a lo establecido en la STC 39/2002, de 14 de febrero, en cuanto declara inconstitucional el art. 9.2º Cc, según la redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, en el inciso "por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración"; y C) A los matrimonios contraídos después de la vigencia Ley de 15 octubre 1990 se les aplicará la normativa contenida en el art. 9.2º, si bien debe tenerse en cuenta la modificación operada posteriormente en el art. 107 Cc". En el presente caso únicamente consta que el actor D. Bruno cuando contrajo matrimonio con D^a Belinda residía en Cataluña, pero no consta el tiempo de residencia, pues había nacido en Granada, lugar que se rige por el Derecho civil común y, por lo tanto, por el régimen de gananciales como régimen legal supletorio en defecto de pacto. Pues bien, las partes podían haber acreditado, especialmente el actor, cuando realmente comenzó a residir en Cataluña, lo que no consta acreditado y, por lo tanto, se desconoce cuál era su vecindad civil, por lo que la única forma para

clarificar la cuestión controvertida es acudir al juicio declarativo correspondiente a los efectos de determinar el régimen legal del matrimonio.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimocuarta, Sentencia de 18 julio 2013. Ponente: Ilma. Sra. D^a Marta Font Marquina. JUR\2013\338927.

Sucesiones.— Régimen económico del matrimonio.— Determinación de la vecindad civil.— Adquisición de la vecindad civil por el menor emancipado.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º, 14, 160 y 314 ss Cc.

[...]

Así las cosas, sentado lo anterior, no puede prosperar la petición del demandado a fin de que se entienda que el régimen económico del matrimonio de las partes era el de separación de bienes cuando contrajo matrimonio con la Sra. Azucena, por haber adquirido la vecindad civil catalana, por entender que estaba tácitamente emancipado a partir de la fecha en que llegó a Catalunya, sin duda en 1966, años que tenía la edad de 19 años.

Es doctrina consolidada, sentencias entre otras, del TS de 7 junio 2007, o de la Audiencia Provincial de esta Ciudad de 1 julio 2008, Sección 19º o de 20 mayo 2009 de la Sección Decimosegunda, que conforme a la normativa vigente en 1976, la emancipación tácita no comprendía los aspectos personales del menor, solo el contenido patrimonial conforme al art. 160 Cc en su antigua redacción, de manera que, aunque el demandado gozara de independencia económica, como así se desprende de los documentos aportados, no por ello se encontraba emancipado ya que no gozaba de capacidad plena y además los padres no perdían la patria potestad, salvo que lo hubieran expresado conforme a los requisitos formales que se contemplaban en el art. 314 ss Cc vigente en aquella fecha.

El régimen matrimonial, conforme al art. 14 Cc vigente tras la reforma de 1974, establecía que la mujer casada sigue el régimen del esposo al tiempo de la celebración, sin que quepa aplicar la retroactividad de las normas a situaciones consumadas antes de la derogación del art. 9.2º Cc por el TC según sentencia 39/2002 de 14 de febrero, por lo cual no ofrece duda que el régimen de los esposos es el de gananciales, ya que el demandado no obtuvo la mayoría de edad hasta el año 1968 de suerte que no habían transcurrido los diez años para la adquisición de la vecindad civil.

Pero es que, además, la Sra. Azucena tampoco nació en Catalunya, sino en Ourense, en fecha... 1958, de manera que a la fecha en que contrajo matrimonio a la edad de 18 años no había alcanzado la mayoría de edad, por lo cual tampoco gozaba de la vecindad civil por lo cual el matrimonio se celebró conforme al régimen civil de gananciales.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 19 julio 2013. Ponente: Ilma. Sra. D^a Paloma Sancho Mayo. JUR\2013\350222.

Divorcio.— Régimen de visitas.— Aplicación Ley valenciana 5/2011.— Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 14 Cc; Ley valenciana 5/2011

[...]

En aplicación del art. 18 Cc la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil, y tendrán la vecindad civil los nacidos de padres que tengan tal vecindad. Teniendo en cuenta que en el presente supuesto el menor hijo de los litigantes nació en Alicante al igual que su padre, (pues la madre nació en Jaén), será de aplicación al presente supuesto, los arts. 3º del citado artículo que mantiene “si al nacer el hijo, o la ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada

antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento” y también el párrafo 6º, que establece que en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento y como también mantiene el Ministerio Fiscal, en este caso procede entender que el menor tiene la vecindad civil valenciana, por lo que será de aplicación la legislación autonómica sobre la materia, esto es, la Ley 5/2011.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 24 julio de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. JUR\2013\330782.

Régimen económico matrimonial.– Vecindad del esposo al contraer matrimonio.– Adquisición de la vecindad civil del padre por el hijo menor.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º y 3º y 14 Cc

[...]

La cuestión del régimen depende, a su vez, de la vecindad civil del marido en el momento de contraer matrimonio, el 9 octubre 1978, pues debemos aplicar los arts. 9.2º y 9.3º Cc, en su redacción vigente en 1978, que establecían que “2. Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración. 3. Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualesquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales”.

La sentencia apelada concluye erróneamente que esa vecindad civil es irrelevante (“discusión bizontina” dice) –tras analizarla, no obstante– porque aplica el art. 9.2º Cc (por remisión del art. 14.1º Cc) en la redacción posterior a la reforma de 1990, que adaptó la norma a las exigencias constitucionales, y declara el régimen de separación por residencia habitual común inmediatamente posterior al matrimonio. Pero las SS 14 febrero 2002, del TC, y de 14 septiembre 2009, del TS, no son interpretadas correctamente en la sentencia de primera instancia, pues de ninguna manera suponen que a los matrimonios contraídos antes de la entrada en vigor CE (29 diciembre 1978) no se les deba aplicar la norma vigente en el momento del matrimonio, porque la Constitución la derogó después al ser contraria a su art. 14. Solo a los hechos o actos jurídicos (residencia –caso de la STS 14 septiembre 2009– o matrimonio) posteriores a la Constitución no se les debe aplicar la norma derogada por la carta magna. Dado que el matrimonio de los litigantes es anterior, en unas cuantas semanas, a la vigencia del texto constitucional, debe aplicarse la norma entonces vigente.

Como no hay cuestión sobre la vecindad civil de la esposa al contraer matrimonio en 1978, la duda se plantea sobre la del marido, vecindad común o catalana. Si era ésta, el régimen sería de separación catalana de bienes, por vecindad civil común en el momento del matrimonio; si era aquella, de gananciales, por prevalencia de la vecindad del marido.

El marido nació en Foz (Lugo), el... de 1952 y ese mismo año vino con sus padres a Cataluña, donde ha residido hasta ahora. Según la ley vigente en esos momentos (art. 314 Cc, en la redacción anterior a la Ley de 16/11/1978) alcanzó la mayoría de edad a los 21 años, esto es, el... de 1973, y cuando casó con la demandada llevaba residiendo en Cataluña como mayor de edad sólo cinco años y unos meses. Si no tenía ya la vecindad civil catalana por otra razón, en 1978 no la había adquirido por residencia de 10 años (art. 14.1.3.2º Cc, en la redacción del momento – 1974 –, y art. 225 RRC), según la jurisprudencia aplicable (SSTS de 23 marzo 1992, de 20 febrero 1995 y de 7 junio 2007).

Sin embargo, el reconvenido/impugnado alega que había adquirido la vecindad civil catalana en virtud el art. 14.1.3.4 Cc, en la redacción de 1974, porque su padre la había adquirido durante su minoría de edad, por residencia de 10 años, y los hijos menores seguían la vecindad del padre.

Esa tesis que la otra parte niega jurídica y fácticamente, es correcta jurídicamente. La citada jurisprudencia no la desmiente, pues en ella se contempla la adquisición por residencia del hijo, y no por residencia del padre, posibilidad ésta contemplada en la STS 2 marzo 1977. Si se excluyera esta segunda posibilidad, se daría el absurdo de que los hijos, catalanes por vecindad civil del padre adquirida

durante su minoría, perderían la vecindad civil así adquirida para volver a la anterior, y readquirirla nuevamente por residencia propia. Así pues, dado que la vecindad catalana alegada se basa en la residencia durante más de diez años del padre del demandante durante su minoría de edad, procede examinar la base fáctica alegada por el apelante y negada por la impugnante.

La sentencia de primera instancia es clara al respecto. Concluye que “los padres del Sr. Sixto adquirieron la vecindad civil catalana por residencia continuada de 10 años en 1962”. Este tribunal está de acuerdo con esa conclusión y la asume. El reconvenido aportó acreditación de su empadronamiento desde 1952 a 1981 en ... de Granollers (...) y de él y sus padres en ese mismo domicilio hasta por lo menos 1975 (...). La impugnante aduce la jurisprudencia (según la recoge la propia STS 14 septiembre 2009) sobre la diferencia entre la vecindad administrativa y la vecindad civil y la falta de acreditación plena de ésta mediante aquélla. Esa posible falta de coincidencia no significa que no surta efectos probatorios limitados pero importantes, de suerte que con los demás documentos, el reconvenido ha probado esa residencia de manera suficiente, en ausencia de indicios contrarios que desvirtúen la residencia real. Tales indicios no aparecen ni han sido aportados por la otra parte.

No son indicios de disparidad entre residencia real y empadronamiento las conclusiones que la impugnante saca precisamente de los demás documentos aportados por el reconvenido. Los documentos del servicio militar del padre del demandante (...) son leídos interesadamente por la impugnante, pues el padre del demandante, D. Severino no era militar sino albañil, y los documentos acreditan que obtuvo la licencia absoluta de su servicio militar en 1956, momento en que residía en Granollers. El certificado de constancia en el padrón de padres e hijo (...) no es discordante con el certificado del padrón del demandante (...), contrariamente a lo que quiere la adversa, pues se refiere a las revisiones del padrón en 1955 y 1975, y en ambos momentos están los tres viviendo en el mismo domicilio de Granollers.

Para acabar este extremo sobre vecindad y régimen económico matrimonial, hemos de decir que no hay contradicción alguna en el demandante, como le imputa la demandada/reconviniente, hoy impugnante, por el hecho de no recurrir la motivación de la declaración de vecindad civil que hace la sentencia apelada, pues sea cual sea esa motivación, la sentencia apelada acoge su tesis de vecindad civil catalana y régimen de separación de bienes. En esta alzada, ante la impugnación contraria, reitera sus alegaciones de la contestación a la reconvenición. Por el contrario, si hay contradicción con los propios actos por parte de la impugnante, que en todas las escrituras notariales declara que su régimen era de separación catalana de bienes.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 19 septiembre 2013.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. JUR\2013\342571.

Pensión compensatoria.– Determinación de la vecindad civil.– Aplicación del Derecho catalán.

Normas aplicadas: Arts. 13, 14, 16 y 107 Cc.

[...]

En cuanto al incremento de la pensión compensatoria, dado que la sentencia apelada no menciona marco normativo alguno, hemos de señalar que, en atención a que la demandada tiene su residencia en territorio de Derecho común (Badajoz) –sin que conste si ya ha recuperado su vecindad civil de nacimiento allí, perdiendo la catalana– y el demandante de vecindad civil catalana continúa viviendo en Cataluña, última residencia habitual común, debe aplicarse el derecho civil catalán a la modificación pretendida, según los arts. 107, 13, 14 y 16 Cc estatal.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 26 septiembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Florez Menéndez. JUR\2013\351309.

Aplicación Ley valenciana 5/2011.– Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 14 Cc; Ley valenciana 5/2011.

[...]

La primera cuestión que suscita el recurrente es la legislación reguladora de las relaciones familiares. La sentencia de instancia ha rechazado la aplicación Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, argumentando que el padre no tiene vecindad civil valenciana. Pero esta circunstancia es irrelevante, porque lo decisivo conforme al art. 2 Ley 5/2011 no es la vecindad civil de los padres sino la de los hijos. En el caso presente la cuestión se ha planteado de manera dudosamente correcta en la instancia por parte del mismo apelante, al formular ex novo la reclamación de compensación por uso de la vivienda en la contestación a una de las demandas acumuladas, y ello es lo que en buena parte explica que no haya prueba completa de todos los hechos relevantes. Pero en función de los que son conocidos ha de afirmarse la vecindad civil valenciana de los hijos:

A.— El padre nació en Madrid y la madre en Alicante. No consta el lugar en que residieron hasta el nacimiento de los hijos, y en concreto no hay prueba de que la madre haya residido fuera de la Comunidad Valenciana más de diez años seguidos. Tampoco hay constancia de que haya optado legítimamente por otra vecindad civil en los términos permitidos por el art. 14.5º Cc. En consecuencia ha de presumirse que al tiempo del nacimiento de los hijos los padres tenían la vecindad civil correspondiente a su lugar de nacimiento, tal y como establece el art. 14.6º Cc.

B.— Sentado lo anterior, al tener los padres vecindad civil diferente y no haberse determinado ninguna de las filiaciones con anterioridad a la otra, por aplicación del art. 14.3º Cc la vecindad civil de los hijos es la que corresponde a su lugar de nacimiento, y ambos nacieron en Alicante según consta en las certificaciones correspondientes (...).

C.— No hay ningún elemento de prueba indicativo de que esta vecindad civil originaria de los hijos se haya modificado.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 9 octubre 2013. Ponente: Ilma. Sra. Dª Mª Jesús Emilia Fernández de Benito. JUR/2013/364103.

Infracciones y sanciones en materia tributaria.— Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.— Determinación del régimen económico del matrimonio.— Vecindad civil de los cónyuges.

Normas aplicadas: Art. 14 Cc.

[...]

En el presente caso, de la numerosa documentación aportada por la recurrente se desprende que los cónyuges, provenientes respectivamente de Jaén y de Albacete, contrajeron matrimonio el 1 septiembre 1973 en Barberà del Vallès (Barcelona) y a tal fecha el Sr. Valentín no llevaba el tiempo suficiente de residencia en Cataluña para poder optar por la vecindad civil catalana, ya que había llegado en 1967, ni se acredita que optara; como consecuencia de ello, el régimen económico-matrimonial que afectaba a los cónyuges —a falta de capitulaciones matrimoniales— no es sino el que corresponde a su estatuto personal y en este caso el de su lugar de procedencia, esto es el régimen de la sociedad de gananciales, tal como se ha puesto de relieve en diferentes sentencias que han estudiado el tema, entre otras cabe citar la SAP Barcelona 18 marzo 1996.

Es de advertir también que en todo momento la recurrente ha venido actuando en virtud de pacto tácito con el esposo como contribuyente de una unidad familiar sometida al régimen económico-matrimonial común de la sociedad de gananciales.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 6 noviembre 2013.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. JUR\2013\383687

Alimentos.– Determinación de la vecindad civil.– Presunción de que la vecindad civil es la correspondiente al lugar de nacimiento.

Normas aplicadas: Arts. 9.7º y 14.6º Cc.

[...]

Esa resolución aplica cumulativamente las disposiciones del Código civil estatal y las del Derecho civil catalán, lo cual carece de sentido considerando que ambos ordenamientos regulan la materia de forma completa.

Consta que el demandante tiene la vecindad civil catalana por residencia durante más de diez años, en ausencia de declaración de mantenimiento de la vecindad común de nacimiento. La hija reside, cuando menos, desde 2006 en Medina del Campo (Valladolid), con su madre. No consta si adquirió la vecindad civil catalana mientras residió en Cataluña ni se la ha perdido por adquirir la vecindad civil común, que coincide con la de su nacimiento. Según el art. 14.6º Cc debe presumirse ésta.

En atención al art. 9.7º Cc debe aplicarse la ley de la residencia habitual de la beneficiaria de la pensión, en defecto de ley personal común con el alimentante, esto es, debe aplicarse el Derecho civil estatal.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 21 noviembre 2013.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. JUR\2014\52643.

Divorcio.– Régimen económico del matrimonio.– Determinación de la vecindad civil.– Sin debate entre los litigantes.

Normas aplicadas: Arts. 9 Cc.

[...]

Por lo que hace a compensación económica, está vinculada al régimen económico matrimonial catalán de separación de bienes. Las partes no ponen ese dato en cuestión, pese a ser el marido de vecindad civil común según su nacimiento y no llevar 10 años de residencia en Cataluña como mayor de edad en el momento del matrimonio (14 julio 1974), que habría determinado otro régimen según el art. 9 del texto original Cc estatal (y también con la reforma de 29 julio 1974). No obstante, puesto que no se discute el régimen, debemos partir de la separación catalana de bienes.

LAS CRISIS MATRIMONIALES Y DE PAREJA EN EL DERECHO INTERTERRITORIAL ESPAÑOL

Rafael ARENAS GARCÍA *

1. Las crisis matrimoniales son uno de los ámbitos tradicionalmente más fructíferos para el DIPr. Esto ha sido así tanto respecto a los supuestos internacionales como a los heterogéneos internos a un Estado. En esta breve nota nos ocuparemos de las decisiones más destacadas en esta materia dictadas por los tribunales españoles durante el año 2013.

* Catedrático de DIPr. Universitat Autònoma de Barcelona.

La jurisprudencia considerada muestra que, pese a la ampliación de la plurilegislación civil española como consecuencia de la actuación de los legisladores autonómicos, el problema clásico de la determinación del Derecho aplicable a los efectos económicos del matrimonio sigue siendo la cuestión más relevante en nuestra práctica judicial en lo que se refiere al tratamiento de las crisis matrimoniales. Y entre los distintos problemas que se plantean en dicha determinación tienen especial relieve los que se derivan de la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma de conflicto que regulaba en el año 1978 la determinación de dicho Derecho rector de los efectos económicos del matrimonio. En la selección que hemos hecho cuatro decisiones se ocupan de esta cuestión ofreciéndonos una buena panorámica de los distintos supuestos que se plantean en la práctica.

La aplicación del art. 9.2º en aquellos casos en los que los cónyuges tienen vecindades civiles diferentes ha sido también objeto de atención por nuestra jurisprudencia, así como también la determinación del Derecho rector a las medidas que han de adoptarse respecto a los hijos. Es preciso señalar que en algunos casos se aprecian ciertos errores metodológicos en el tratamiento de estas cuestiones que son especialmente relevantes cuando de las crisis matrimoniales pasamos a las crisis de pareja. Se ha seleccionado una Sentencia que muestra esta problemática, que, tal como veremos, no se encuentra desvinculada de la ya extensa jurisprudencia sobre la aplicación Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven y que es objeto de un comentario específico en esta Crónica del que es autor Albert Font i Segura.

2. Tal como adelantábamos, el problema que a nuestro juicio resulta más relevante en la jurisprudencia examinada es el relativo a las consecuencias de la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma de conflicto en materia de efectos del matrimonio; inconstitucionalidad no corregida por el legislador hasta 1990 y que ha dado lugar a una pluralidad de supuestos que, tal como muestran las decisiones seleccionadas, aún son fuente de cierta confusión.

Como es sabido, la redacción del art. 9.2º Cc fruto de la reforma del Título Preliminar del año 1974 establecía que las relaciones personales entre los cónyuges se regían por su última ley nacional común durante el matrimonio y en defecto de ésta por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración. El art. 9.3º del mismo cuerpo legal remitía también a esta ley (con algunos matices) en lo que se refiere a las relaciones patrimoniales entre cónyuges.

La preferencia de la que se dotaba a la ley personal del marido en el momento de la celebración no era acorde con las previsiones constitucionales que prohíben la discriminación por razón de sexo, pero no fue hasta el año 1990 que el legislador modificó el precepto para darle la redacción actual. El Tribunal Constitucional, por su parte, en su Sentencia 39/2002, de 14 de febrero, declaró la inconstitucionalidad de dicha redacción y la derogación del mismo por la entrada en vigor CE en el año 1978.

La inconstitucionalidad del art. 9.2º Cc y su reforma en 1990 obligaron a la jurisprudencia a gestionar una pluralidad de casos diferentes en función de la fecha de celebración del matrimonio para el que quisiera determinarse el Derecho rector de sus efectos personales y patrimoniales. A los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor CE se les aplicaría el Derecho que se derivaría de la aplicación de la redacción del art. 9.2º que resultó de la reforma del año 1974 (a salvo que el matrimonio se hubiera celebrado antes de este año, claro). Los celebrados con posterioridad a la reforma de 1990 se regirían por el Derecho designado por la nueva versión del precepto y se planteaba el problema de determinar qué régimen deberían seguir los matrimonios celebrados entre los años 1978 y 1990.

Entre las sentencias del año 2013 que hemos seleccionado nos encontramos con una referida a un matrimonio celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la CE (SAP Barcelona 12ª 24 julio 2013) en la que se decide que el Derecho rector de los efectos del matrimonio ha de ser el de la vecindad civil del marido al tiempo de la celebración. En otras tres decisiones el matrimonio se había celebrado entre la entrada en vigor CE y la reforma del año 1990, lo que obliga al Tribunal a encontrar una solución ante la imposibilidad de aplicar la norma derogada, aplicando los tribunales la ley de la primera residencia del matrimonio tras la celebración; esto es, la solución que acogió el legislador en 1990 (*vid.* SAP Barcelona 18ª 12 febrero 2013, SAP Barcelona 18ª 25 julio 2013 y SAP Huelva 1ª 22 marzo 2013). Se consolida, por tanto, una solución que ofrece cierta seguridad jurídica y consagra un principio que parece asentado

en nuestra práctica, doctrina y jurisprudencia: la necesidad de que el Derecho rector de los efectos del matrimonio quede fijado en el momento inicial del mismo sin que pueda tal Derecho ser modificado durante la vida del mismo. Se trata de una solución que ha de ser valorada positivamente por el grado de certeza que proporciona y la seguridad jurídica que aporta en un ámbito en el que no solamente están afectados los cónyuges, sino también los terceros que con ellos contratan.

3. En las decisiones seleccionadas se plantean otras cuestiones de interés. Así, la SAP Barcelona 12ª 19 septiembre 2013 se pronuncia sobre el Derecho aplicable a la pensión compensatoria, optando tal decisión por considerar esta institución regida por el Derecho designado por el art. 107 Cc; esto es, por la ley personal común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda y, en defecto de ésta, por la ley de la residencia habitual común de los cónyuges en dicho momento de presentación o, subsidiariamente, por la ley de la última residencia habitual común si uno de los cónyuges aún reside en habitualmente en dicho territorio.

La interpretación no carece de fundamento, pero no puede dejar de apuntarse que la calificación tradicional en DIPr de esta figura, la pensión compensatoria, es la de alimentos (*vid.* S. Álvarez González, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 47–58). Ciertamente, esta calificación de los alimentos a efectos de aplicación de un instrumento internacional o, incluso, para la aplicación de las normas del DIPr autónomo en los supuestos internacionales podría no trasladarse de forma automática y carente de matices al Derecho interterritorial, en el que no es precisa la coordinación con ordenamientos extranjeros y donde, por tanto, resulta justificable la utilización más amplia posible de la caracterización que resulta de la consideración del Derecho civil español.

En esta misma decisión la Audiencia de Barcelona decide sin concretar cuál de las conexiones del art. 107 Cc utiliza ya que no puede determinarse con seguridad si los cónyuges tienen la misma o diferente vecindad civil; ahora bien, asumiendo una línea pragmática de razonamiento, la Audiencia establece que o bien la vecindad civil común es la catalana o, en caso de no existir vecindad civil común de los cónyuges en el momento de presentar la demanda, debería aplicarse el Derecho catalán por ser Cataluña la última residencia habitual común y residir aún en esa Comunidad Autónoma uno de los cónyuges. La coincidencia de ambas conexiones en el Derecho catalán excusa que deba hacerse explícito cuál de las dos se aplica.

No es reproable esta actitud del Tribunal que evita de esta forma dejar sin respuesta la petición planteada por el demandante sobre la base de un mero formalismo; pero conviene advertir que la relajación en el rigor del razonamiento tiene sus límites. La SAP Girona 1ª 18 abril 2013 nos da muestra de las consecuencias de esta falta de rigor; no por lo que establece dicha Sentencia, sino por el relato que hace de la de instancia que es su antecedente. Tal como se indica en el FD 3º de la Sentencia de la Audiencia, la de instancia había omitido toda referencia a la normativa reguladora del matrimonio, aplicando directamente la legislación catalana sin considerar la vecindad civil común de ambos cónyuges en el momento de celebrar matrimonio. Evidentemente, existiendo esta vecindad civil común debería ser el Derecho correspondiente a tal vecindad el aplicable —en este caso el Derecho común— y no el catalán. La Audiencia corrige aquí el error del juzgador de instancia.

Más grave es quizás el planteamiento de la SAP Barcelona 18ª 4 julio 2013 ya que en esta decisión se aplica el CC con el único argumento de que “ninguna de las partes tienen vecindad civil catalana”. En la decisión no se encuentran argumentos legales para esta conclusión que desconoce que la determinación del Derecho español aplicable en un supuesto heterogéneo ha de hacerse a partir de lo establecido en las normas de Derecho interterritorial y que en ellas la vecindad civil es una conexión esencial, pero no la única. No resulta de recibo que la ausencia de vecindad civil catalana conduzca a la aplicación Cc como si tal Derecho catalán tuviera que ser interpretado como un privilegio que solamente beneficia a quienes gozan de dicha vecindad civil. En el caso de las relaciones paterno-filiales (que es el tema del que se ocupa la Sentencia), ha de aplicarse el Derecho de la vecindad civil del hijo; pero en caso de que éste no pueda determinarse será el Derecho determinado por el lugar de la residencia del hijo el que deberá considerarse.

Finalmente, en lo que se refiere a ciertos errores metodológicos en la aplicación de las normas de Derecho interterritorial merece especial mención el caso del que se ocupa la SAP Barcelona 3 junio 2013. En primer lugar, no por lo que se establece en dicha decisión, sino por la noticia que da de lo mantenido en la sentencia de instancia. Se trataba en este caso de un supuesto de crisis matrimonial del que conocían los tribunales españoles en el que uno de los cónyuges era español y el otro extranjero. La sentencia de instancia mantuvo que existiendo un elemento de extranjería no podría tener aplicación el denominado Derecho foral. La Audiencia corrige este equivocado planteamiento indicando que los Derechos civiles “especiales” pueden tener aplicación en los supuestos internacionales; si bien basándose en el argumento de la territorialidad de algunos de dichos Derechos (con cita del Estatuto de Autonomía y Cc de Cataluña). No es ésta la mejor aproximación al problema, pues desconoce que simplemente cuando se trata de determinar qué Derecho civil español es aplicable, tanto en los supuestos internos como internacionales, ha de acudir a las normas de conflicto estatales que lo determinan, normas que en ocasiones tienen en cuenta la conexión personal (fundamentalmente la vecindad civil) y en otras conexiones territoriales que afectan por igual a todos los Derechos españoles y no solamente –como indica la sentencia– a algunos de ellos. En cualquier caso (y sobre esto continuaremos en el siguiente punto) no en función de lo que establecen los propios Derechos autonómicos, sino de lo que establece el Derecho estatal, único competente para determinar la aplicación de uno u otro de los Derechos civiles españoles.

4. Se observa, por tanto, que en algunas decisiones los tribunales no parecen asumir con normalidad que la determinación del Derecho civil español aplicable ha de realizarse teniendo en cuenta en primer lugar las normas de conflicto estatales, las cuales, a través de sus distintos puntos de conexión, conducirán a la identificación de tal Derecho. No existe un principio independiente de las conexiones incluidas en tales normas que habilite a considerar en primer lugar la vecindad civil de los individuos como paso previo a la delimitación de los Derechos interesados en ser aplicados. Este acercamiento unilateral no se corresponde a la lógica de nuestro sistema de Derecho interterritorial y debe, por tanto, ser rechazada.

Se trata, sin embargo, de un planteamiento que ha encontrado eco en nuestra jurisprudencia. En esta misma crónica puede consultarse el análisis que realiza A. Font i Segura de la jurisprudencia que aplica la Ley valenciana 5/2011 y observaremos cómo en no pocas ocasiones este criterio de la vecindad, extraído de la propia Ley valenciana, parece primar sobre las conexiones incluidas en las normas de conflicto estatales que, con frecuencia, ni siquiera son mencionadas. Entre las decisiones que hemos seleccionado para este apartado de crisis matrimoniales y de pareja encontramos otro ejemplo de este acercamiento en la SAP A Coruña 5ª 14 octubre 2013.

En esta decisión se correspondía aplicar el Derecho gallego sobre uniones estables a una pareja que no figuraba inscrita en el Registro de Parejas previsto por la normativa gallega. La Audiencia concluye que no corresponde tal aplicación porque no se ha producido tal inscripción que, en cualquier caso, no sería posible por carecer ambos convivientes de la vecindad civil gallega.

Es cierto que el art. 5. g) del Decreto gallego 248/2007 que crea y regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia exige para proceder a la inscripción que uno de los miembros de la pareja tenga vecindad civil gallega; pero hacer depender la aplicación de la normativa gallega de este requisito supondría una vulneración de la competencia exclusiva del Estado en materia de normas de conflicto de leyes, al menos en el entendimiento más generalizado de esta competencia, según el cual los legisladores autonómicos no podrían establecer regímenes materiales diferenciados en función de las conexiones que presentaran con su territorio las personas y, en concreto, sobre la base de que gozaran o no de la vecindad civil de dicho territorio (vid. A. Font i Segura, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, pp. 105–106). La propia decisión hace referencia a la posible inconstitucionalidad de la previsión, aunque sin profundizar en ella pues dadas las circunstancias del caso no resultaría relevante para la resolución del mismo.

Es cierto que el régimen de los registros de uniones estables que prevén diversos Derechos autonómicos ha quedado en parte clarificado por la STC 81/2013, de 11 abril en relación a la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, ya que dicha decisión no se consideró que tales registros vulneraran la competencia administrativa en materia de registros cuando sus efec-

tos fueran meramente administrativos; pero no puede desconocerse que en las Comunidades Autónomas con competencia en materia civil tales registros podrían configurarse, como sucede en Galicia, de tal forma que la inscripción tuviera consecuencias de Derecho civil. En este caso debería determinarse si la competencia en materia de Derecho civil podría cubrir una regulación relativa a registros que, en principio, debería quedar incardinada en la competencia estatal en materia de registros públicos. Es probable que en los próximos años el TC deba pronunciarse de una forma expresa sobre estas cuestiones.

5. La jurisprudencia que hemos considerado nos permite comprobar que la inconstitucionalidad del art. 9.2º Cc en su redacción anterior a 1990 sigue dejando su huella en la jurisprudencia española. Por razones obvias tal incidencia deberá disminuir con el paso del tiempo, a la vez que se abren dos nuevos desafíos al Derecho interterritorial: por una parte la mejora en la técnica de aplicación de las normas de conflicto de nuestro sistema; por otra, el tratamiento de la intersección entre la competencia autonómica en materia de Derecho civil y la competencia estatal en materia de DIPr y de registros públicos.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 12 febrero 2013. Ponente: Ilma. Sra. Dª Margarita Blasa Noblejas Negrillo. JUR/2013/111432.

Divorcio.– Régimen económico del matrimonio.– Inconstitucionalidad de la norma de conflicto.– Matrimonios celebrados tras la entrada en vigor CE.

Normas aplicadas: Art. 14 CE, arts. 9.2º y 3º y 16 Cc.

[...]

Respecto al primer extremo diremos que la vecindad civil para determinar los efectos del matrimonio entre españoles, conforme lo dispuesto en el art. 16.3º Cc, se debe resolver conforme los criterios del art. 9 Cc, por lo que debe acudir a los puntos de conexión de Derecho internacional privado, que se contienen en el art. 9.2º Cc. Sin embargo, este precepto fue modificado como consecuencia de su inconstitucionalidad sobrevenida una vez entregó en vigor la CE 1978. A tal efecto, la doctrina y la jurisprudencia ha distinguido varias situaciones jurídicas para la aplicación del punto de conexión que determine los efectos de las relaciones económicas matrimoniales, distinguiendo cuatro supuestos: A) Matrimonios contraídos antes de la entrada en vigor del Título Preliminar Cc. B) Matrimonios contraídos después de la entrada en vigor del Título Preliminar Cc del año 1973 y la entrada en vigor CE 1978. C) Matrimonios contraídos entre la entrada en vigor de la CE 1978 y la modificación del art. 9.2º y 9.3º Cc por la Ley de 15 octubre 1990, sobre no discriminación por razón de sexo; y D) los matrimonios contraídos después de vigencia Ley 15 octubre 1990.

En nuestro caso la apelante alega como fundamento de su pretensión de que el régimen era el de gananciales, el hecho de que al tiempo de celebración del matrimonio el esposo tenía la vecindad civil común, dado que terminó sus estudios en Ponferrada en 1973 y el matrimonio se contrajo en 28 mayo 1983, antes de la reforma del Código Civil de 1990, cuando la esposa había de seguir la vecindad civil del marido. Efectivamente, en la época en que se contrajo matrimonio estaban vigentes el art. 9.2º y el art. 9.3º Cc, en la redacción dada por la Ley de Bases del Título Preliminar Cc del año 1973. No obstante, como dicho precepto fue reformado la Ley de 15 octubre 1990, sobre no discriminación por razón de sexo, la cuestión básica es cuál es la legislación aplicable para la determinación del régimen económico matrimonial de los cónyuges al no haberse pactado nunca capitulaciones matrimoniales.

Sobre esta cuestión se han pronunciado reiteradamente los Tribunales, debiendo destacarse las SSTS 6 octubre y 11 febrero 2005. El TS en su Sentencia de 11 febrero 2005 (nº 44/2005) de su Sala Primera), efectuó un resumen de su doctrina jurisprudencial respecto a la aplicación Ley personal común de los cónyuges a los efectos de determinar el régimen económico del matrimonio, atendiendo a lo dispuesto en el art. 9.2º Cc.[...] Seguidamente, en el fundamento jurídico cuarto, la referida Sentencia del Tribunal Supremo, continúa diciendo: “Por lo que al caso que nos ocupa se refiere ha de recordarse que los litigantes contrajeron matrimonio el 18 abril 1973, fecha en que aún no habían entrado en

vigor la Ley de Bases 3/1973, de 17 de marzo ni el Decreto 1836 de 31 mayo 1974, de reforma del Título Preliminar Cc. Por ello, se mantenía vigente la redacción originaria de los arts. 9, 12, 13 y 14, así como el art. 15, cuyo penúltimo párrafo establecía que, en todo caso, la mujer casada seguiría la condición de su marido. Tras la reforma de 1973–1974, el art. 9.3º dispuso que el cambio de nacionalidad no alteraría el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acordasen los cónyuges, en tanto que el art. 16.1º se remitía al Capítulo IV (Normas de Derecho internacional privado, art. 8 al 12) para resolver los conflictos de leyes que pudieran surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional. Después de la promulgación Ley 11/1990, de 15 de octubre (y lo mismo tras la Ley 11/2003, de 29 de septiembre) el art. 9.2º señala las leyes que, en cada supuesto, han de regir los efectos del matrimonio, disponiendo que “a falta de ley personal común, y de elección de otra realizada por los cónyuges en documento auténtico, antes de contraer matrimonio, se aplicaría la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, la del lugar de celebración del matrimonio”.

Por otro lado la problemática de la constitucionalidad de los arts. 9.2º y 9.3º Cc ya se trató por la STS 6 octubre 1986 y, por ende, anterior a la reforma del Cc del año 1990. En dicha Sentencia el Tribunal Supremo declaró: [...]

La clarificación constitucional de esta materia, se produjo con la STC 39/2002, de 14 de febrero, la cual declaró inconstitucional el art. 9.2º Cc, según la redacción de la reforma 1973–1974. Dicha Sentencia, en su FJ 9º, declaró: [...].

De todo ello se desprende que en nuestro caso, no siendo de recibo la fundamentación jurídica de la recurrente, debemos estar al lugar de primera residencia habitual del matrimonio, Santa Susana, tal y como establece la resolución recurrida, y por ende el régimen económico matrimonial será el de separación de bienes catalán, siendo por otro lado indiferente el hecho de que se hiciera constar en las escrituras que aportan, uno u otro régimen, ya que las manifestaciones hechas por los esposos en las mismas, no tienen la virtualidad probatoria que se pretende, pues es constante la doctrina jurisprudencial referida a que el valor o eficacia probatoria del documento público se extiende al contenido del mismo, pero no así a cualidades o apreciaciones jurídicas, reservadas en caso de pleito, al órgano judicial que habrá de decidir en atención al material instructivo practicado en el proceso. El Notario actuante tan sólo da fe, respecto de tercero, del hecho que motivó el otorgamiento y de la fecha, pero no de las manifestaciones vertidas por los comparecientes o terceros.

Audiencia Provincial de Huelva, Sección Primera, Sentencia de 22 marzo 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Germán Ponton Praxedes. JUR\2013\234865.

Divorcio.– Régimen económico del matrimonio.– Inconstitucionalidad de la norma de conflicto.– Matrimonio celebrado tras la entrada en vigor CE de 1978.

Normas aplicadas: Art. 14 CE; arts. 3, 9, 14 y 16 Cc.

[...]

Y así el primer motivo de discrepancia con la Resolución de Instancia se residencia en un pretendido error “en la aplicación que hace el Juzgador del art. 9 y 16 Cc, así como infracción de lo establecido en el art. 3 Cc” y mediante esta alegación se combate la decisión adoptada por la Juez a quo respecto de la determinación del régimen económico matrimonial, en efecto se interesa la expresa declaración de que dicho régimen sea el de la sociedad de gananciales y no el declarado de separación de bienes.

En apoyo de esta pretensión se invoca esencialmente la fecha del matrimonio, 28 julio 1984 y tras la cita CE y Ley 15 octubre 1990 se concluye, primero, que los Matrimonios contraídos con anterioridad al Título Preliminar Cc en la redacción dada por la Ley de Bases de 1973 así como los contraídos con anterioridad a la promulgación CE se regirán por la última Ley nacional común durante el matrimonio y en su defecto por la Ley nacional correspondiente al marido al tiempo de su celebración; segundo que a los matrimonios contraídos después del 29 diciembre 1978 y hasta la referida Ley de 1990, “deberá

estarse a lo establecido en la STC 39/2020 de 14 de febrero (sic), en cuanto declara inconstitucional el art. 9.2º Cc según la redacción dada por el Decreto 1836/1974 de 31 de mayo en el inciso por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración; y finalmente que a los matrimonios contraídos después de la vigencia de la reiterada Ley de 1990 se les aplicará la normativa contenida en el art. 9.2º con las modificaciones operadas en el art. 107 Cc.

Y con referencia a la STC 11 febrero 2005 y al contenido del art. 14.3º Cc conforme a la redacción que tenía en 1984, se estima que el régimen económico matrimonial que ha regido el matrimonio de los litigantes es el de gananciales, “habida cuenta que se habría de estar a la vecindad civil del varón y no habiendo adquirido el demandado D. Fernando vecindad civil catalana se habrá de regir pues por el Derecho común”.

En este sentido ha de tenerse en cuenta que efectivamente el matrimonio se celebró en Barcelona, lugar de nacimiento de la recurrente en tanto que el Demandado nació en Hinojos (Huelva) y que fue esa Ciudad de Barcelona donde ambos tenían su domicilio al tiempo de contraer matrimonio.

La Juzgadora mediante la aplicación de los arts. 9.1º, 2º, 3º y 16 Cc razonó que la legislación aplicable “sería la de Cataluña porque no existía ley personal común en el momento de contraer matrimonio y porque no consta que las partes eligieran mediante documento público que los efectos del matrimonio deberían regirse por la ley personal de algunos de ellos, siendo Barcelona el lugar de residencia inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio entre las partes y en todo caso lugar en el que se celebró el mismo”.

Es una realidad insoslayable que tras la entrada en vigor de nuestra CE 1978 resultaron derogadas cuantas disposiciones se opusieran a lo en ella establecido, la tesis propuesta de aplicación en el periodo comprendido entre la promulgación CE y la entrada en vigor de la invocada Ley de 15 octubre 1990 del párrafo 2 del art. 9 Cc, con aplicación Ley Nacional del marido al tiempo de la celebración del Matrimonio hasta la también citada STC Pleno 14 febrero 2002, deviene inadmisibles por colisionar frontalmente entre otros con los arts. 14 y 32 de la propia Constitución y para determinar en estos casos cual es la solución que debe otorgarse debemos acudir, como ha realizado la Juzgadora, a la Ley de la Residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del Matrimonio, es por ello que la cuestionada decisión de la Sentencia de Instancia debe calificarse como acertada.

Y no por ello se incurre en infracción del art. 218 LEC, incongruencia, por no aplicar a las restantes materias el Derecho catalán, aplicación que no es interesada por la recurrente, dado que tanto en el Código civil catalán como en el Derecho civil común se prevén las mismas medidas relativas a los efectos de la separación y nulidad del matrimonio.

Audiencia Provincial de Girona, Sección Primera, Sentencia de 18 abril 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Lacaba Sánchez. JUR\2013\191369.

Divorcio.- Régimen económico del matrimonio.- Vecindad civil común de los cónyuges.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º y 16 Cc.

[...]

La sentencia contiene otro desatino procesal en la medida en que, prescindiendo de la vecindad civil de los cónyuges y de la legislación reguladora del matrimonio, omite dicho extremo y acaba aplicando la legislación catalana.

Los recurrentes reconocieron en el acto del juicio que vinieron a Salt desde Córdoba un año antes del matrimonio, que se celebró en Salt en 1986 Partiendo de la vecindad civil común (o de derecho común) de ambos litigantes en el momento de contraer matrimonio, y en ausencia de otro régimen económico matrimonial pactado, su matrimonio se ha regido por el régimen legal de gananciales, en virtud de las normas de conflicto de leyes (arts. 9.2º, primer párrafo, y 16 Cc estatal, ambos en relación con el art. 1316 Cc español).

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 30 mayo 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho. JUR\2013\222877.

Divorcio.– Derecho aplicable a los efectos derivados del divorcio.

Normas aplicadas: Art. 9.2º Cc.

[...]

En cuanto a la legislación aplicable a este proceso respecto los efectos derivados del divorcio, debe indicarse que es la contenida en el Código Civil, tal como se razona en la Sentencia apelada, a tenor de lo dispuesto en el art. 9.2º Cc. Efectivamente ambos litigantes tienen diferente vecindad civil y antes de contraer matrimonio, así como posteriormente fijaron su residencia habitual en Rocafort (Valencia), como se desprende de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en 2 julio 2009, dos días antes de celebrarse el matrimonio, en el que pactaron que el régimen económico matrimonial sería el separación absoluta de bienes, haciendo constar que residían en Valencia, por lo que es evidente que están sometidos al régimen jurídico Cc.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 3 junio 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D Joaquín Bayo Delgado. Cendoj SAP B 6676/2013.

Divorcio.– Régimen económico del matrimonio.– Inconstitucionalidad de la norma de conflicto.– Matrimonios celebrados tras la entrada en vigor CE.

Normas aplicadas: Art. 38 LEC, art. 3.a Reglamento CE/2201/2003, art. 5.2º Reglamento CE/44/2001, art. 107.2º Cc, art. 8 Convenio de La Haya de 2 octubre 1973, art. 14.1º EACat, art. 11.3.1 CCCat, art. 9.3º Cc.

[...]

La sentencia apelada aplica derecho español a la pretensión de divorcio y el CCCat a la petición de pensión compensatoria, pero no justifica en qué funda esa aplicación y menos examina previamente su competencia internacional. Habiendo sido puesta en cuestión la ley aplicable y siendo examinable de oficio la competencia internacional (art. 38 LEC), debemos suplir esas omisiones.

No son hechos controvertidos que los litigantes, español él, dominicana ella, contrajeron matrimonio en la República Dominicana el 25 febrero 2006 y continuaron viviendo allí (ya convivían desde 2001); a mediados de 2009 fijaron su residencia en Tordera. La demanda fue interpuesta el 22 octubre 2010.

Según el Reglamento CE/2201/2003, que sustituye el art. 22 LOPJ en materia matrimonial, con independencia de que el elemento extranjero sea o no comunitario, la competencia de los juzgados españoles para la acción de divorcio se desprende de su art. 3.a, por la residencia de ambos cónyuges en España. En cuanto a la pensión, también lo son en virtud del art. 5.2º Reglamento CE /44/2001 (al ser la demanda anterior a la vigencia del Reglamento CE/4/2009 –18/6/2011–).

Al no haber entrado en vigor todavía al momento de la demanda ni el Reglamento UE/1259/2010 ni el Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007, la ley aplicable viene determinada por el art. 107.2º Cc, para la acción de divorcio, y el art. 8 del Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 (que deroga en la materia el art. 9 Cc) para la pensión. En ausencia de nacionalidad común al momento de la demanda, la residencia habitual común en España y concretamente en Cataluña en ese momento (no como pretende la apelante, en el momento del matrimonio) determina que la ley aplicable al divorcio y a la pensión sea la de esa residencia. El art. 86 Cc fundamenta efectivamente el divorcio decretado y el derecho civil catalán debe regir la pensión reclamada.

No es cierto que el Derecho especial (o foral en otras comunidades) no sea de aplicación cuando hay elemento de extranjería. Ciertamente un extranjero no puede tener vecindad civil, pero ciertos ordenamientos civiles especiales, como el catalán, tienen aplicación territorial (arts. 14.1º del Estatut d'Autonomia de Catalunya –LO del Estado– y 111.3.1 CCCat) y en defecto de conexión *ratione personae* opera también en los conflictos de internacionales de leyes. En muchos supuestos, como el presente, también la norma de conflicto establecida por ley ordinaria, el Cc, lleva a la territorialidad (ley del lugar de la residencia común).

Pese a que no es materia discutida ni apelada, debe señalarse que la norma de conflicto para determinar el régimen económico matrimonial es el art. 9.3º Cc, que en este aspecto sí se refiere al momento del matrimonio o residencia habitual inmediata o lugar de celebración, que es la República Dominicana, de manera que el régimen no es el de gananciales español (como afirma la sentencia, pero no declara en su fallo, donde meramente dispone la liquidación y su cauce procesal) sino el régimen de comunidad de bienes muebles y gananciales, llamado también de “comunidad legal” de la República Dominicana.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 4 julio 2013. Ponente: Ilma. Sra. Dª Margarita Blasa Noblejas Negrillo. JUR\2013\337587.

Divorcio.– Medidas respecto a los hijos.– Aplicación del Derecho civil común por carecer las partes de vecindad civil catalana.

[...]Jes por ello que el art. 94 Cc, aplicable al caso, dado que ninguna de las partes tienen vecindad civil catalana [...].

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 24 julio de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. JUR\2013\330782.

Régimen económico matrimonial.– Vecindad del esposo al contraer matrimonio.– Adquisición de la vecindad civil del padre por el hijo menor.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º y 3º y 14 Cc.

[...]

La cuestión del régimen depende, a su vez, de la vecindad civil del marido en el momento de contraer matrimonio, el 9 octubre 1978, pues debemos aplicar los arts. 9.2º y 9.3º Cc, en su redacción vigente en 1978, que establecían que [...]

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 25 julio 2013. Ponente: Ilma. Sra. Dª María Dolores Viñas Maestre. JUR\2013\339091.

Divorcio.– Régimen económico matrimonial.– Matrimonio celebrado después de la entrada en vigor CE de 1978.– Aplicación del Derecho de la primera residencia del matrimonio tras la celebración.

Normas aplicadas: Art. 14 CE; art 9. 2º y 3º Cc.

[...]

La sentencia declara que el régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes. Ambos litigantes contrajeron matrimonio en la población de Hinojosa (Córdoba) el 18 diciembre 1988. El esposo nació en Barcelona y la Sra. Crescencia en Hinojosa. El Sr. Jerónimo se fue a vivir a Hinojosa a los 14 años y se casó a los 22 por lo que en el momento de contraer matrimonio mantenía vecindad civil

catalana mientras que la Sra. Crescencia tenía vecindad común. La sentencia entiende que en el momento de contraer matrimonio regía el precepto Cc que ordenaba que la vecindad de la mujer seguía a la del marido y concluye que siendo la vecindad civil del esposo la catalana el régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes. [...]

Son hechos probados e indiscutidos que en el momento de contraer matrimonio el 18 diciembre 1988 el Sr. Jerónimo tenía vecindad civil catalana y la Sra. Crescencia vecindad civil común. Constituye un hecho controvertido el primer lugar de residencia del matrimonio. El Sr. Jerónimo sostiene que fue en la población de Hinojosa (Córdoba) y la Sra. Crescencia que fue Barcelona.

En cuanto a los argumentos vertidos por la parte oponente al recurso cabe señalar que no concurre la excepción de cosa juzgada material y que la referencia que la sentencia hace a la disolución del régimen económico matrimonial de gananciales como uno de los efectos inherentes o derivados de la declaración de disolución del matrimonio por divorcio es una mera manifestación que carece de efecto alguno. El régimen económico del matrimonio no fue objeto del procedimiento de divorcio, las partes alcanzaron un acuerdo en el acto de la vista sobre determinadas medidas, pero la determinación del régimen económico matrimonial no fue objeto de contienda, no se discutió ni se practicó prueba. En definitiva no constituyó objeto del proceso. La referencia de la sentencia antes aludida al régimen de sociedad de gananciales no constituye un pronunciamiento con fuerza de cosa juzgada material, pues no fue objeto de petición ni de debate. No existe por tanto sentencia anterior que haya determinado el régimen económico matrimonial.

Son varias las escrituras públicas en las que los cónyuges han manifestado que su régimen económico es el de separación de bienes, pero dicha manifestación recogida en la escritura no tiene la virtualidad de modificar el régimen económico matrimonial que viene impuesto por la ley y que en algunas ocasiones es desconocido por los propios interesados. La declaración de un régimen económico matrimonial determinado en un documento público no tiene virtualidad probatoria suficiente para su determinación, por cuanto el valor o eficacia probatoria del documento público se extiende al contenido del mismo, pero no a las calificaciones jurídicas que se incluyen, el notario da fe del hecho que motivó el otorgamiento y de la fecha, pero no de las manifestaciones vertidas por los comparecientes o por terceros.

El Tribunal Supremo ha señalado que la doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, lo que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SS 16 septiembre 2004 y 25 octubre y 28 noviembre 2000), declarando asimismo que sólo pueden merecer esta consideración aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir una convención, causan estado, definen de forma inalterable la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho (SS 10 mayo 1989, 28 enero y 9 mayo 2000, 13 marzo 2003 y 30 enero 2004). Dicha doctrina no puede hacerse extensiva a las manifestaciones vertidas por los litigantes ante un notario con ocasión de un acto de adquisición o disposición de un bien, pues en ningún caso resultan asimilables al otorgamiento de unas capitulaciones matrimoniales. Los actos de los cónyuges solo tendrían relevancia jurídica a estos efectos cuando la manifestación pudiera por sí sola constituir o modificar una determinada situación jurídica, lo que no ocurre con el régimen matrimonial, que sólo puede ser modificado mediante capitulaciones matrimoniales.

El régimen económico matrimonial se determina en el momento de la celebración del matrimonio, según el punto de conexión fijado por la norma vigente en ese momento y solo se modifica con posterioridad mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, resultando en caso contrario inalterable aunque con posterioridad varíe la vecindad civil de los miembros del matrimonio.

En la fecha de celebración del matrimonio el Código civil ordenaba que la vecindad civil de la esposa seguía a la del esposo. En aplicación de dicha norma, siendo el esposo de vecindad catalana, el régimen económico del matrimonio debía ser el de separación de bienes, tesis seguida por la sentencia recurrida. Pero habiéndose celebrado el matrimonio después de la entrada en vigor CE española, es de apreciar la inconstitucionalidad de dicho precepto e integrar la laguna resultante de la inaplicación de

la norma preconstitucional. Para dicha integración se debe acudir a un punto de conexión neutro, objetivo y común a ambos consortes, como puede ser la ley del lugar de residencia del matrimonio después de la celebración, que en definitiva es el criterio al que se llega si se aplica el art. 9.2º Cc después de la reforma operada por Ley 11/1990 de 15 de octubre. Procede en consecuencia la aplicación del art. 9.2º Cc vigente, aplicable a todos los matrimonios posteriores a la Constitución, atendida la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma de conflicto vigente al tiempo de contraer matrimonio, en fecha posterior a la Constitución y anterior a la reforma de 15 octubre 1990 (STC 14 febrero 2002 y la reciente STS 14 septiembre 2009).

El matrimonio se celebró en Hinojosa y existe contienda sobre el lugar de primera residencia del matrimonio. El Sr. Jerónimo sostiene que fue en Hinojosa y aporta para acreditarlo el certificado de empadronamiento del Ayuntamiento de Barcelona que indica que “en la renovación padronal de 1 abril 1986 no figura inscrito; en la renovación padronal de 1 marzo 1991 figura desde el 28 marzo 1994, procedente del municipio de Hinojosa Duque”. No es cierto que el Sr. Jerónimo admitiera en el interrogatorio que el matrimonio residiera después de contraer matrimonio de forma inmediata en Barcelona. Lo que reconoce el Sr. Jerónimo es que estuvo en Hinojosa desde los 14 hasta los 25 años, que se casó, que estuvo en Hinojosa y después se vino a vivir a Barcelona, primero él solo y después con su familia. El único medio de prueba aportado es el certificado de empadronamiento del que se desprende el alta en Barcelona procedente de Hinojosa en la renovación posterior a 1991, tres años después de contraer matrimonio, por lo que la Sala considera acreditada la versión del recurrente, es decir, que se casaron en Hinojosa y que su primera residencia estuvo ubicada en dicha población, versión que no ha sido contradicha por la otra parte que en el interrogatorio se limitó a contestar que cuando vinieron a Barcelona se compraron un piso.

Por todo ello cabe declarar que el régimen económico del matrimonio es el de sociedad de gananciales, estimando el recurso sobre este extremo.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 19 septiembre 2013.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. JUR\2013\342571.

Divorcio.– Pensión compensatoria.– Art. 107 Cc.– Ley personal común.– Última residencia habitual común.

Normas aplicadas: Arts. 13, 14, 16 y 107 Cc.

[...]

En cuanto al incremento de la pensión compensatoria, dado que la sentencia apelada no menciona marco normativo alguno, hemos de señalar que, en atención a que la demandada tiene su residencia en territorio de derecho común (Badajoz) – sin que conste si ya ha recuperado su vecindad civil de nacimiento allí, perdiendo la catalana– y el demandante de vecindad civil catalana continúa viviendo en Cataluña, última residencia habitual común, debe aplicarse el Derecho civil catalán a la modificación pretendida, según los arts. 107, 13, 14 y 16 Cc estatal.

Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Quinta, Sentencia de 14 octubre 2013. Ponente: Ilma. Sra. D^a Ana Díaz Martínez. JUR/2013/335735.

Convivencia *more uxorio*.– Aplicación de la normativa gallega.– Ninguno de los convivientes es de vecindad civil gallega.

Normas aplicadas: Disp. Adicional 3^a Ley gallega 2/2006, Decreto gallego 248/2007.

[...]

Sin embargo, es imprescindible en la actualidad diferenciar, en el Derecho civil de Galicia, el régimen jurídico de las uniones estables de pareja inscritas en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia (regulado en el Decreto 248/2007), que sólo impropiaamente ahora pueden seguir denominándose “parejas de hecho” a causa de su explícita sumisión al Derecho y las uniones no formalizadas, como la que en su día existió entre las partes litigantes. La recurrente admite que la pareja nunca se inscribió en el Registro (sería preciso, por otra parte, que, al menos uno de ellos fuera de vecindad civil gallega, circunstancia de que no consta en autos), pero sostiene que la inscripción carece de efectos civiles sustantivos, por lo que entiende que la sujeción al régimen de gananciales no está condicionada a tal acceso al Registro. Ciertamente, esta argumentación ha de rechazarse de forma necesaria porque, precisamente, la reforma operada en la Ley 2/2006 por la Ley 10/2007 tuvo como finalidad otorgar la relevancia que en la redacción originaria de la norma se negó a la voluntad de los convivientes de someter expresamente sus relaciones a un régimen jurídico basado en la equiparación con los cónyuges, aunque sólo a los efectos de la aplicación de la propia LDCG. La inscripción en el Registro que manifiesta tal voluntad tiene naturaleza constitutiva y los efectos que a ello anuda la correspondiente legislación exceden de una simple equiparación con los cónyuges en el ámbito iuspublicista, por lo que es difícil negar que carezca en absoluto de efectos sustantivos civiles, por más que la norma de la que ello derive pudiera acaso ser tachada de inconstitucional a la vista de lo dispuesto en el art. 149.1.º 8ª y de la doctrina constitucional que lo ha interpretado

LA POTENCIA NORMATIVA DEL ART. 2 LEY 5/2011 DE RELACIONES FAMILIARES DE LOS HIJOS E HIJAS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN, DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Albert FONT I SEGURA *

1. La presente nota se va a reducir a realizar observaciones respecto de la aplicación jurisprudencial Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, al amparo del art. 3.4º del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana. El interés de los supuestos relacionados –que ya se puso de relieve en el último tomo de este *AEDIPr*– estriba en la aplicación que se deriva del carácter unilateral tanto del art. 2 Ley 5/2011, de 1 de abril, como de la mencionada disposición del Estatuto de Autonomía. Se trata de un planteamiento que a la luz de la contundencia del pronunciamiento de la STC nº 93/2013 de 23 de abril, *BOE*, 23–V–2013, merece ser revisado de nuevo. En efecto, el TC declaró la inconstitucionalidad, entre otros preceptos, del art. 2.3º Ley Foral del Parlamento de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, por invasión competencial dado que quien tiene competencia exclusiva para adoptar las normas que resuelven los conflictos de leyes es el Estado, de acuerdo con el art. 149.1.8ª CE. Por más redundante que pudiera parecer lo dispuesto en el art. 2 Ley 5/2011 se trata no solo de una norma adoptada más allá de las competencias atribuidas a las CC AA, sino de una norma que vulnera la atribución exclusiva de competencia al Esta-

* Profesor titular de DIPr. Universitat Pompeu Fabra.

do. Como es sabido, además, la redundancia o reiteración no escapa de una eventual contradicción con las normas estatales. Más adelante volveremos sobre ello.

2. En todas estas resoluciones se examina la eventual vecindad civil valenciana de los hijos con el fin de determinar si, en cumplimiento del art. 3.4º EACV al que se remite el art. 2 Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, el Derecho civil valenciano es de aplicación. En definitiva, se pone de manifiesto la preeminencia del art. 2 Ley 5/2011, en aplicación conjunta con el art. 3.4º EACV, sobre las normas de conflicto estatales. Como se puso ya de manifiesto en el último volumen de este Anuario, ello no es más que un reflejo de la contradictoria combinación entre la unilateralidad o sujeción personal a un Derecho español en particular y la multilateralidad o determinación de uno de los Derechos españoles aplicable al sujeto.

3. Siguiendo la clasificación tomada del apartado relativo al Derecho interregional de la crónica de Derecho internacional privado de la *REEI*, cabe destacar que, en el abanico de sentencias contemplado en esta nota, el alcance delimitativo del art. 2 Ley 5/2011 comprende tanto supuestos interregionales en los que ni se cita ni se tiene en cuenta la norma de conflicto estatal, como supuestos interregionales en los que –ante la falta de vocación de aplicación Ley 5/2011– se aplica la correspondiente norma de conflicto estatal, como, por fin, supuestos internacionales que por distintos motivos deben quedar regidos por un Derecho español.

4. La potencia normativa del art. 2 Ley 5/2011 se manifiesta especialmente en el elenco de casos que caen bajo el primero de los apartados. Esto es, aquel en el que ni se cita ni se tiene en cuenta la norma de conflicto estatal. En efecto, la omisión de la norma de conflicto estatal demuestra el carácter normativo de la norma autonómica, así como su formulación unilateral. El único aspecto relevante es la vecindad civil valenciana de los menores, puesto que esta cualidad determina la aplicación de la mencionada Ley 5/2011. Así se muestra en la SAP Alicante 19 julio 2013, ROJ: SAP A 3363/2013; en la SAP Alicante 26 septiembre 2013, ROJ: SAP A 3535/2013; en la SAP Castellón 7 junio 2013, ROJ: SAP CS 592/2013 o en la SAP Castellón 16 diciembre 2013, ROJ: SAP CS 1165/2013. En todas estas sentencias se presta atención a la vecindad civil valenciana del menor, o de los menores, para establecer la aplicación Ley 5/2011, con la consiguiente regulación material.

No obstante, existe también un importante número de sentencias que caen bajo este parámetro clasificatorio en las que tampoco se cita ni se aplica la correspondiente norma de conflicto estatal, pese a la carencia de vecindad civil valenciana. La observación que podría realizarse es la misma: la potencia normativa del art. 2 Ley 5/2011 eclipsa la norma de conflicto estatal, incluso si no se posee la vecindad civil valenciana y, en consecuencia, no es de aplicación la Ley 5/2011. En estos supuestos es la conexión “vecindad civil”, la cualidad que permite sujetar una persona a un Derecho español, la que fija el Derecho a aplicar (v.gr., SAP 4 febrero 2013, ROJ: SAP V 564/2013, en la que se aplica el Código de Derecho Foral de Aragón). Hay también otras sentencias en las que no prospera la invocación Ley 5/2011 por falta de acreditación o deficiencia probatoria de la vecindad civil valenciana de los menores, como en la SAP Alicante 18 julio 2013, ROJ: SAP A 3359/2013 o en la SAP 28 noviembre 2013, ROJ: SAP A 4802/2013. En ambas es de aplicación el CC estatal. Llama la atención, sin embargo, que no hay alusión a la vecindad civil común, al menos en las sentencias de la AP (quizá sí en la sentencia dictada en primera instancia). En otras palabras, lo que se subraya pues es, por una parte, la potencia normativa del art. 2 Ley 5/2011 y, por otra, la potencia normativa Cc en cuanto plan de regulación material, quedando definitivamente postergado, en la sombra, el sistema estatal para resolver los conflictos internos de leyes.

5. Existen otros casos en los que el carácter multilateral del sistema conflictual, como consecuencia de la plurilegislación española, aparece con toda contundencia, con independencia de que se cite el art. 2 Ley 5/2011. Así en la SAP Alicante 13 septiembre 2013, ROJ: SAP A 3410/2013, en la que ante la carencia de vecindad civil valenciana, tanto de los hijos como de los padres, se acude al sistema conflictual general y se determina la aplicación Cc estatal por indicación del art. 9.2º Cc. Si tenemos presente la factura del sistema, con la contradictoria combinación de unilateralidad y multilateralidad, esta sentencia

es posiblemente la que técnicamente mejor soluciona esta cuestión. Todo ello sin perjuicio de la afirmación realizada ya en el primer apartado primero de la presente nota respecto al carácter no sólo sobrero sino incluso extralimitado del art. 2 Ley 5/2011.

6. Merece la pena detenerse en la eventual subsanación de la extralimitación del legislador autonómico, en este caso el valenciano. Se ha dicho ya en distintas ocasiones que una mera modificación de la norma de conflicto estatal que comportara un cambio en la conexión localizador sacaría a la luz la extralimitación en el ejercicio de la competencia legislativa autonómica. En efecto, la alusión a la vecindad civil valenciana del menor por parte del legislador autonómico, aún siendo una vulneración de la competencia exclusiva del legislador estatal, no supone más que una, digámoslo así, afrenta formal en la medida en que se utiliza la misma conexión “vecindad civil” que se emplea en la norma de conflicto estatal. De este modo, ambas soluciones normativas determinan como aplicable la misma ley española. No obstante, si esta identidad en la conexión se ve modificada por quien es el legislador competente, esto es, el legislador estatal, la (falsa) antinomia se pone al descubierto. Falsa, porque evidentemente la norma que prima, la única norma aplicable es la estatal. Se dice todo esto porque precisamente se ha presentado el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia (agradezco al profesor J.M. Fontanellas que me facilitara y me alertara respecto a este Anteproyecto), cuyo art. 2 prevé la modificación de los aps. 4, 6 y 7 del art. 9. En relación tanto al contenido de la filiación como a la protección de menores, el Anteproyecto se despoja de la nacionalidad como punto de conexión y, por tanto, de la vecindad civil, para determinar la ley aplicable conforme a al Convenio de La Haya, de 19 octubre 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, la residencia habitual del menor. Cabe suponer que se ha valorado el alcance de tal modificación para el Derecho interregional porque la remisión al mencionado Convenio en la norma de conflicto autónoma supone superar la vecindad civil como punto de conexión para los supuestos interregionales. No se trata de criticar tal modificación, que en principio debería ser saludada positivamente porque simplifica la resolución de supuestos tanto interregionales como internacionales en los que deba de aplicarse una ley española, sino de poner de manifiesto que la inconstitucionalidad del art. 2 Ley 5/2011 quedaría expuesta de forma diáfana dado que la redundancia desaparecería y lo que era una “mera” inconstitucionalidad formal pasaría a tener evidentes consecuencias materiales dado que en algunos casos la aplicación de una u otra conexión llevaría a distintas leyes españolas. No puede evitarse decir que si el Anteproyecto prospera en este punto nos encontramos con una contradicción flagrante en la construcción de un sistema para resolver los supuestos interregionales puesto que tanto en materia de contenido de la filiación, como en protección de menores, como en obligaciones alimenticias se produciría una remisión a las normas convencionales con el consiguiente desplazamiento de la vecindad civil como conexión para determinar la ley aplicable, mientras que en otros ámbitos, y de modo muy significativo en materia de sucesiones, el legislador estatal habría maniobrado con celeridad para evitar la aplicación de la conexión residencia habitual del Reglamento sucesorio europeo 650/2012 en relación a sucesiones internacionales respecto de españoles con residencia habitual en un territorio español que no coincidiera con su vecindad civil (sobre esta cuestión A. Font i Segura, “La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones” y A. Calatayud Sierra, “Dos sistemas de solución de conflictos: sus diferencias y su encaje, ambos en *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, coord. I. Calvo Vidal, Consejo General del Notariado, pp. 75–121 y 123–149, respectivamente).

7. Por último, la toma en consideración del art. 2 Ley 5/2011 aparece también respecto de supuestos internacionales en los que se plantea la aplicación de un Derecho civil español. En algunos casos, la aplicación del Derecho español en cuestión proviene de la designación efectuada por la correspondiente norma de conflicto. Así pasa en la SAP Alicante 18 abril 2013, ROJ: SAP A 2478/2013, en la que se aplica la legislación civil valenciana por efecto de la remisión prevista en el art. 9.1º y 9.2º Cc (*sic*) que establecen la aplicación del ordenamiento plurilegislativo español. La determinación Ley española aplicable queda fijada entonces por aplicación del art. 12.5º Cc y por el art. 2 Ley 5/2011, dada la vecindad civil valenciana del progenitor español y consecuente vecindad civil valenciana del menor. En otros

supuestos, en cambio, se descarta la aplicación Ley 5/2011 puesto que no se prueba la vecindad civil valenciana y se aplica el CC estatal porque no se prueba la vecindad civil valenciana (SAP 26 marzo 2013, ROJ: SAP A 1207/2013; SAP 31 octubre 2013, ROJ: SAP A 3635/2013). Distinto es el caso en el que procede, a juicio del Tribunal, la aplicación de una ley extranjera y, por falta de acreditación de la misma, se aplica el Cc estatal. Curiosamente en este supuesto el art. 2 Ley 5/2011 supone un obstáculo para la aplicación de la legislación autonómica, pero la norma de conflicto estatal que determinaba la aplicación de la legislación boliviana no supone, en cambio, óbice para la aplicación Cc estatal como solución sustitutoria (SAP Valencia 16 septiembre 2013, ROJ: SAP V 3891/2013). Tampoco procede evidentemente la aplicación Ley 5/2011 cuando los hijos poseen nacionalidad belga y, por lo tanto, carecen de vecindad civil valenciana. En este caso, SAP Alicante 16 julio 2013, ROJ: SAP A 2471/2013, procede aplicar la ley belga supuestamente designada y acreditada en primera instancia.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 4 febrero 2013. Ponente: Ilma. Sra. D^a. Ana Delia Muñoz Jiménez. Cendoj SAP V 564/2013.

Responsabilidad parental.– Derecho interterritorial.– Carácter unilateral y delimitativo de la norma autonómica.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; art. 14 Cc.

[...]

La sentencia es recurrida en apelación por la representación del progenitor por disconformidad con la decisión judicial en lo relativo al régimen de visitas y en lo referente a la cuantía de la pensión de alimentos.

Con carácter previo, alega que son de aplicación las normas del Código de Derecho foral de Aragón y, subsidiariamente, las Cc, dado que ambos progenitores y la hija son aforados aragoneses, a lo que se opuso la demandada, pretendiendo que es de aplicación la Ley 5/2011, de 1 de abril la Generalitat Valenciana, alegando que tiene vecindad civil valenciana, dado que reside esta Comunidad Autónoma desde principios del verano de 2010, más de dos años, manifestando su voluntad en este sentido.

Partiendo de que ambos progenitores tenían vecindad civil aragonesa, por haber nacido y vivido en el territorio de dicha Comunidad Autónoma, lo que no se discute, se acredita que la progenitora y la hija común viven en Valencia, donde están empadronadas, al menos de septiembre 2010, pero no se acredita que la progenitora haya manifestado su voluntad de adquirir la vecindad civil valenciana ni se haya hecho constar en el Registro Civil, conforme exige el art. 14.5.1º Cc por lo que ha de entenderse de aplicación el Código de Derecho foral de Aragón (BOA, 29.3.2011).

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 26 marzo 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Flórez Menéndez. Cendoj SAP A 1207/2013.

Responsabilidad parental.– Derecho interterritorial.– Carácter unilateral y delimitativo de la norma autonómica.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; art. 14 Cc.

[...]

En cuanto al fondo del asunto, el hijo menor de los litigantes, Luciano, nacido el ... de 2006, está bajo la guarda y custodia de la madre que viene establecida por la sentencia de divorcio de 10 junio 2008 y fue mantenida en un procedimiento posterior de modificación de medidas instado por el padre, que entonces sólo se refirió al régimen de visitas en sentido amplio. En este juicio el padre solicita que le

sea atribuida a él la guarda y custodia o que subsidiariamente se establezca un régimen de custodia compartida.

Al reproducir sus pretensiones en el recurso que interpone en cuanto al fondo del asunto, se plantean determinadas cuestiones sobre la legislación aplicable que hacen necesarias las siguientes observaciones:

A.— La demanda se interpuso cuando la Ley 5/2011, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, estaba en el estado de suspensión acordado por providencia del Tribunal Constitucional de 19 julio 2011 (BOE, 26-VII-2011). Pero el juicio se celebró cuando la suspensión ya se había alzado por auto de 22 noviembre 2011 (BOE, 3-XI-2011) y es esta circunstancia la que desde el punto de vista temporal determinaría la posibilidad de aplicar dicha Ley, de acuerdo con su DT segunda, en los términos en que ésta ha sido interpretada por la STSJCV 24 enero 2012.

B.— Ahora bien, no cabe olvidar que la demanda y las contestaciones se formularon sobre la base de que la normativa aplicable era la regulación de las relaciones familiares en el Código civil y que en el desarrollo posterior del proceso no se ha postulado formalmente hasta esta alzada la aplicación de la citada Ley autonómica. Incluso esta circunstancia podría obviarse en aplicación del principio *iura novit curia* si no fuera porque no ha habido debate procesal ni prueba alguna sobre el hecho determinante de la aplicación de dicha Ley, que conforme a su art. 2 es la vecindad civil valenciana del hijo menor. En modo alguno puede considerarse que éste sea un hecho conforme y tampoco puede darse por supuesto, siendo así que en atención al régimen de atribución de la vecindad establecido en el art. 14 Cc no cabe estar sin más al lugar de nacimiento del interesado cuando hay fundadas razones para dudar de que se corresponda con la vecindad civil de los padres en el momento del nacimiento, como es el caso de autos en el que el padre es nacido en Palma de Mallorca y la madre en Montevideo (Uruguay), aunque de nacionalidad española, y no consta si alguno de ellos o ambos habían residido en territorio de la Comunidad Valenciana durante el tiempo necesario para haber adquirido dicha vecindad al tiempo del nacimiento del menor.

C.— Así pues, ante la falta de debate procesal sobre los hechos relevantes para la solución contraria, no cabe ni siquiera recurrir a la previsión del art. 14.6º Cc para las situaciones de vecindad civil dudosa, sino que ha de estarse a lo inicialmente postulado por las partes, es decir, la aplicación del régimen Cc, aunque con la importante prevención de que con posterioridad a la sentencia apelada se ha dictado la STC 185/2012, de 17 de octubre, que declaró inconstitucional y nulo el inciso “favorable” contenido en el art. 92.8º Cc, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, declaración que por sí sola invalida una parte sustancial de los argumentos de la sentencia.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 18 abril 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Flórez Menéndez. Cendoj SAP A 2478/2013.

Responsabilidad parental.— Derecho interterritorial.— Carácter unilateral y delimitativo de la norma autonómica.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; art. 9.1º, 2º, 12.5º, 14 y 16 Cc.

[...]

La primera cuestión que plantea el recurso se refiere a la legislación aplicable a las medidas relativas a los hijos menores (en la actualidad sólo los dos más pequeños, David y Natalia Arantxa), considerando el recurso que deben ser reguladas por el Código civil y no por la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. En contra de lo alegado por la recurrente, la Sala considera rectamente aplicada esta última Ley, en atención a las siguientes razones:

A.— *El marido es de nacionalidad española y la mujer de nacionalidad británica, el matrimonio se celebró en Benidorm el 14 septiembre 1991 y desde entonces han residido en la provincia de Alicante (aunque no hay pruebas plenas y directas de la residencia continuada, esta circunstancia no ha sido objeto de discusión y además se deduce de numerosos extremos de hecho, tales como los certificados de empadronamiento aportados, el lugar de nacimiento de los hijos, domicilio que figura en escrituras públicas y otros documentos obrantes en autos, etc.). En virtud de estas circunstancias es la misma apelante la que considera que por aplicación de los arts. 1 y 2 del art. 9 Cc la Ley aplicable es la española. Siendo esto así, hay que tener presente que el art. 12.5º del mismo Código dispone que “cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado”. Por tanto, serán las normas del Derecho español las que determinarán si las medidas respecto de los hijos han de regularse por el Código civil o por alguna de las legislaciones forales o especiales.*

B.— *El criterio para determinar la norma aplicable en este caso viene dado por el art. 2 Ley 5/2011 en relación con el art. 14.1º, 16 y concordantes Cc y consiste, como es sabido, en la vecindad civil de los hijos menores. Al ser español sólo el padre es la vecindad civil de éste al tiempo del nacimiento de los hijos la que determina la vecindad civil de estos, y aunque el padre nació en Inglaterra, y por tanto no es de aplicación la presunción del art. 68 LRC, de lo expuesto en el apartado anterior se deduce que al tiempo del nacimiento de los dos menores el padre había residido en la Comunidad Valenciana durante más de diez años, por lo que conforme al art. 14.5.2º Cc debe entenderse que la vecindad del padre en ese momento era la valenciana y tal vecindad es por tanto la que corresponde a los hijos por nacimiento (es preciso significar en este punto que no se han aportado los certificados de nacimiento de los hijos menores y que en algunos pasajes de los autos se hace referencia a su condición de adoptivos, por ejemplo a los folios 384 ss, pero ello en nada altera esta conclusión conforme a lo previsto para los supuestos de adopción en los arts. 2 y 3 del art. 14 Cc).*

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 7 junio 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luís Antón Blanco. Cendoj SAP CS 592/2013.

Responsabilidad parental.— Derecho interterritorial.— Determinación de la vecindad civil.— Carácter unilateral y delimitativo de la norma autonómica.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; art. 14 Cc.

[...]

La primera cuestión objeto de la alzada versa sobre la convivencia compartida acordada por la juzgadora en virtud de la vecindad civil valenciana que tiene el menor Baldomero nacido en Vinaroz, dada la diferente vecindad que los progenitores tienen y lo dispuesto en los arts. 2 y 5 Ley 5/2011 en relación al art. 14.3º Cc, considerando la apelante que la juzgadora ha incurrido en un error en la constatación de las bases decisorias de la vecindad civil del Sr. Martín, postulando que ambos progenitores tiene la vecindad común y no la valenciana, pues la madre nació en Sevilla y no lleva más de 10 años en la comunidad valenciana y el padre nació en Córdoba y se ignora cuanto tiempo lleva residiendo en Peñíscola, pues nada se ha probado de que lleve residiendo más de los 10 años precisos para la adquisición automática que prevee el art. 14.5º Cc, por lo que la vecindad de Baldomero es la común de sus padres, siendo entonces de aplicación el art. 92 Cc, es decir no sería aplicable de forma preferente un régimen de convivencia compartida al modo que prevé la Ley valenciana 5/2011.

El motivo no puede ser acogido, más, a la vista de las circunstancias del caso tampoco incidiría en el tipo de régimen a seguir en la guarda y custodia del menor, dada la interpretación del art. 92 Cc por parte del TS.

El art. 2 Ley 5/2011, en cuanto a su ámbito de aplicación, dispone que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.4º del Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana y las disposiciones del Título preliminar Cc, la presente ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana. En consecuencia, la vecindad civil que, en principio, debe tenerse en cuenta es la del menor Baldomero.

El art. 14.3º Cc establece que: "Si al nacer el hijo o al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto tendrá la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de Derecho común".

En este caso, ha quedado acreditado que el progenitor Sr. Martin tiene la vecindad valenciana incluso ahora por la aportación del empadronamiento en Península desde el año 1996 con la contestación al recurso por medio del certificado del Ayuntamiento, que si bien de forma extemporánea, al tratarse de una cuestión de orden público, permite tenerse en cuenta, y además así lo sostiene él, sin aparente objeción en contrario al interrogar sobre el particular en las pruebas de confesión y testifical. Más cabe incluso presumirlo de que la propia Sra. Encarnación indicara que conoció al Sr. Martin nada más llegar ella a Peñíscola en el año 2004 es decir unos ocho años antes que el inicio del presente litigio, y del dato de que tenga toda su familia residiendo en Peñíscola y hable valenciano (según testimonio de Isabel la madre, al ser preguntada sobre la ayuda del padre en los deberes escolares del niño) buen indicador de un arraigo.

Por otra parte, hay una presunción inicial a favor de la valencianidad que se atribuye el propio Sr. Martin, en cuanto refiere la SAP Barcelona 11ª 25 octubre 2002 que [...]

En consecuencia, en este caso teniendo ambos progenitores dispar vecindad, es determinante el lugar de nacimiento del menor, que fue en Vinaroz por lo que conforme al art. 2 Ley 5/2011 procede su aplicación al presente caso, lo que implicara a falta de inconvenientes en atención al interés del menor Baldomero la aplicación de un régimen de convivencia compartida.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 16 julio 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Flórez Menéndez. Cendoj SAP A 2471/2013.

Responsabilidad parental.– Derecho interterritorial.– Carácter unilateral y delimitativo de la norma autonómica.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

[...]

Han de rechazarse las alegaciones del recurso que hacen cuestión del Derecho aplicable toda vez que es claro que las relaciones conyugales y paterno-filiales se rigen por el Derecho belga, en atención a la nacionalidad común de padres e hijos, y a tal respecto es de ver que dicho régimen jurídico no fue objeto de discusión en el proceso de divorcio (...). En particular, ello supone que no puede considerarse como una modificación relevante de las circunstancias que en su momento se tuvieron en consideración la promulgación Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, puesto que como bien razona la sentencia los hijos de los litigantes no tienen vecindad civil valenciana y por tanto la Ley no les es de aplicación (art. 2).

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 18 julio 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Flórez Menéndez. Cendoj SAP A 3359/2013.

Responsabilidad parental.– Derecho interterritorial.– Carácter unilateral y delimitativo de la norma autonómica.

Normas aplicadas: Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

[...]

Los demandantes están divorciados por sentencia de 20 septiembre 2011 que aprobó el convenio regulador de fecha 20 junio 2011, el cual atribuía a la madre la guarda y custodia de la hija menor común, Lucía, nacida el ... de 2006. En la demanda ahora interpuesta con fundamento en la DT primera Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, el padre solicita como pretensión principal la modificación de dicha medida para establecer un régimen de custodia compartida.

El Juzgado ha desestimado la demanda y el recurso que interpone el demandante no puede prosperar, si bien por razones en parte diferentes de las expuestas en la sentencia:

A.— Expresa el Juzgado sus dudas sobre la aplicabilidad Ley 5/2011 por no estar probada la vecindad civil de la hija. La Sala ha de insistir en estas mismas razones de deficiencia probatoria puesto que ninguna de las partes ha tenido en consideración que éste es un proceso distinto del juicio de divorcio y así no se han preocupado de aportar ni la sentencia, ni el convenio regulador (sólo al folio 109 figura lo que parece ser una página de dicho convenio aportada dentro de las copias de determinadas actuaciones penales), ni el certificado de nacimiento de la hija ni los demás documentos de los que hubiera de resultar en su caso la prueba de la vecindad civil. Ahora bien, lo cierto es que fundándose la demanda con toda claridad en la aplicabilidad Ley 5/2011 la parte demandada en ningún momento de la primera instancia ha discutido los extremos de hecho relacionados con la vecindad civil de la hija, por lo que el tribunal ha de considerarse vinculado por la conformidad de las partes ya que no hay indicio alguno de que esté incurso en fraude de Ley o contravención de principios de orden público.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 19 julio 2013. Ponente: Ilma. Sra. D^a. Paloma Sancho Mayo. Cendoj SAP A 3363/2013.

Responsabilidad parental.— Derecho interterritorial.— Determinación de la vecindad civil.— Carácter unilateral y delimitativo de la norma autonómica.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; art. 14 Cc.

[...]

Se recurre por el Sr. Gonzalo el pronunciamiento de la sentencia de modificación de medidas dictada en la instancia en cuanto la misma le priva del régimen de visitas que tenía con su hijo, por entender que la juzgadora ha valorado erróneamente la prueba practicada, manteniendo en primer lugar la procedencia de la aplicación al caso Ley autonómica valenciana 5/2011 de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de 1 de abril, de la Generalitat, pues mantiene que el menor, hijo de los litigantes tiene la vecindad civil valenciana, pese a que su solicitud fue desestimada en la instancia al alegar que había carecido de prueba al respecto.

En aplicación del art 14 Cc la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil, y tendrán la vecindad civil los nacidos de padres que tengan tal vecindad. Teniendo en cuenta que en el presente supuesto el menor hijo de los litigantes nació en Alicante al igual que su padre, (pues la madre nació en Jaén), será de aplicación al presente supuesto, los aps. 3º del citado artículo que mantiene “si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieran distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento” y también el párrafo 6º, que establece que en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento y como también mantiene el Ministerio Fiscal, en este caso procede entender que el menor tiene la vecindad civil valenciana, por lo que será de aplicación la legislación autonómica sobre la materia, esto es, la Ley 5/2011.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 13 septiembre 2013. Ponente: Ilma. Sra. D^a. Paloma Sancho Mayo. Cendoj SAP A 3410/2013.

Responsabilidad parental.– Derecho interterritorial.– Carácter unilateral y delimitativo de la norma autonómica.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; arts. 9.2º, 14 y 16 Cc.

[...]

Por la dirección letrada de la parte recurrente se impugna la sentencia de instancia en cuanto desestimó su pretensión de cambio en el régimen de guarda y custodia materna a favor de una compartida entre ambos progenitores. Cuestiona la parte el pronunciamiento en el que se basa la juzgadora para la desestimación de sus peticiones con base en que no es de aplicación la Ley de la Generalitat Valenciana 5/2011, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pues el menor y sus padres carecen de la vecindad civil valenciana necesaria para la aplicación de la misma.

El art. 2 de la citada Ley mantiene que ésta, se aplicará a los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores que ostenten la vecindad civil valenciana cuyos efectos deban regirse por la Ley valenciana conforme al art. 3.4º del Estatuto de autonomía. Dicho precepto estatutario establece literalmente en su punto primero que “a los efectos de este Estatuto, gozan de la condición política de valencianos todos los ciudadanos españoles que tengan o adquieran vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunitat Valenciana”. En el presente supuesto de la prueba practicada, como bien recoge la sentencia, no se ha verificado que las partes o sus hijos haya adquirido tal vecindad. El art. 14 Cc en sus puntos 5º y 6º establece que “la vecindad civil se adquiere, por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad o por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”. De la prueba que obra unida a las actuaciones se desprende que los litigantes nacieron, él en Cuenca y ella en Vizcaya, habiendo contraído matrimonio en Villargordo del Pinar (Albacete), provincia donde nacieron sus dos hijos. De la prueba practicada únicamente se acredita que los litigantes se encuentran empadronados desde 2006 en El Campello (...), sin que se haya probado que estos hubieran optado por la adquisición de la vecindad civil valenciana como establece el Código Civil en su art. 14 Cc. En suma, aplicando al caso todos los preceptos citados, junto con el art. 16.3º Cc en relación con el art. 9.2º del mismo texto legal se concluye que la Ley valenciana 5/2011 no es de aplicación al caso litigioso, sino que debe considerarse aplicable al presente supuesto el Derecho común.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 16 septiembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina. Cendoj SAP V 3891/2013.

Responsabilidad parental.– Derecho interterritorial.– Carácter unilateral y delimitativo de la norma autonómica.– Falta de acreditación Ley extranjera.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; art. 8.4º Cc; art. 281.2º LEC.

[...]

En primer lugar, para determinar la legislación aplicable relativa a la guarda de los menores, se tiene en cuenta que no está acreditada la nacionalidad española ni la vecindad civil valenciana de los hijos, nacidos en España de padres de nacionalidad boliviana, lo que, con exclusión Ley autonómica valenciana 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares, lleva a la aplicación del Código civil español

por falta de acreditación Ley boliviana, por aplicación de los arts. 2 Ley autonómica citada, en relación con los arts. 8.2º Cc español y 281.2º LEC.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 26 septiembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Flórez Menéndez. Cendoj SAP A 3535/2013.

Responsabilidad parental.— Derecho interterritorial.— Determinación de la vecindad civil.— Carácter unilateral y delimitativo de la norma autonómica.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; art. 14 Cc.

[...]

La primera cuestión que suscita el recurrente es la legislación reguladora de las relaciones familiares. La sentencia de instancia ha rechazado la aplicación Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, argumentando que el padre no tiene vecindad civil valenciana. Pero esta circunstancia es irrelevante, porque lo decisivo conforme al art. 2 Ley 5/2011 no es la vecindad civil de los padres sino la de los hijos. En el caso presente la cuestión se ha planteado de manera dudosamente correcta en la instancia por parte del mismo apelante, al formular ex novo la reclamación de compensación por uso de la vivienda en la contestación a una de las demandas acumuladas, y ello es lo que en buena parte explica que no haya prueba completa de todos los hechos relevantes. Pero en función de los que son conocidos ha de afirmarse la vecindad civil valenciana de los hijos:

A.— El padre nació en Madrid y la madre en Alicante. No consta el lugar en que residieron hasta el nacimiento de los hijos, y en concreto no hay prueba de que la madre haya residido fuera de la Comunidad Valenciana más de diez años seguidos. Tampoco hay constancia de que haya optado legítimamente por otra vecindad civil en los términos permitidos por el art. 14.5º Cc. En consecuencia ha de presumirse que al tiempo del nacimiento de los hijos los padres tenían la vecindad civil correspondiente a su lugar de nacimiento, tal y como establece el art. 14.6º Cc.

B.— Sentado lo anterior, al tener los padres vecindad civil diferente y no haberse determinado ninguna de las filiaciones con anterioridad a la otra, por aplicación del art. 14.3º Cc la vecindad civil de los hijos es la que corresponde a su lugar de nacimiento, y ambos nacieron en Alicante según consta en las certificaciones correspondientes (...).

C.— No hay ningún elemento de prueba indicativo de que esta vecindad civil originaria de los hijos se haya modificado.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 31 octubre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Flórez Menéndez. Cendoj SAP A 3635/2013.

Responsabilidad parental.— Derecho interterritorial.— Carácter unilateral y delimitativo de la norma autonómica.

Normas aplicadas: Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

[...]

El recurso interpuesto por la representación del padre no puede prosperar:

A.— No cabe revisar o discutir ahora las razones por las que en su día se atribuyó a la madre la guarda y custodia, y lo que sí consta acreditado en autos es la escasa relación que desde hace un tiempo mantiene el padre con su hijo, por lo que está fuera de toda duda la improcedencia de la atribución de la guarda y custodia al padre, que además planteó en la instancia en el acto del juicio y no en su

escrito de contestación a la demanda. Algo parecido cabría decir de las referencias que el recurso contiene a la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, añadiendo además que no ha habido debate procesal en la instancia acerca del presupuesto de la vecindad civil valenciana del menor, que en absoluto cabe presumir habida cuenta de que el padre tiene nacionalidad alemana y la madre peruana.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 28 noviembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Flórez Menéndez. Cendoj SAP A 4802/2013.

Responsabilidad parental.– Derecho interterritorial.– Carácter unilateral y delimitativo de la norma autonómica.

Normas aplicadas: Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

[...]

Por el contrario, no ha lugar a fijar compensación económica a favor del padre conforme a la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pues han de darse por reproducidos los razonamientos de la sentencia conforme a los cuales no consta acreditada la vecindad civil valenciana del hijo menor y la interrelación de esta medida con las demás ya adoptadas no lo permite, cosa esta última en la que ahora ha de abundarse en virtud de la limitación temporal establecida.

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 16 diciembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Altares Medina. Cendoj SAP CS 1165/2013.

Responsabilidad parental.– Derecho interterritorial.– Determinación de la vecindad civil.– Carácter unilateral y delimitativo de la norma autonómica.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

[...]

Nada tiene que ver a los efectos de resolver sobre esta primera cuestión controvertida, la suspensión, acordada por el Tribunal Constitucional, de la vigencia Ley de Parejas de Hecho de la Comunidad Valenciana.

Sí debemos entrar a examinar si es aplicable al caso que nos ocupa la Ley Valenciana 5/11.

Como hemos visto, la apelante Sra. Pura , al final de su argumentación, alega que no es de aplicación la Ley , aduciendo que el hijo mayor, cuando nació, no tenía vecindad civil valenciana, y que su adquisición derivativa por residencia continuada en la Comunidad Valenciana durante diez años no se produjo hasta después de interpuesta la demanda.

Entendemos que sí es de aplicación la Ley Valenciana 5/11. No debe resultar dudoso que el hijo menor (Jerónimo) de la pareja tiene ab initio vecindad civil valenciana, habida cuenta de que, aunque nació en Tortosa, sus dos progenitores tenían vecindad civil valenciana cuando aquel nació, como consecuencia de su residencia continuada durante más de diez años en la Comunidad Valenciana.

Con respecto al hijo mayor, Erasmo, nacido en 2001 en Barcelona, hemos de decir que no se sabe a ciencia cierta cuál fuera la vecindad civil de la Sra. Pura en dicho momento, puesto que, aunque nació en Barcelona, no se sabe qué vecindad hubo podido corresponderle iure sanguinis, ni si en dicha fecha (2001) había adquirido ya derivativamente otra vecindad civil. En estas circunstancias, y siendo un hecho admitido por la apelante que tanto Erasmo como sus dos progenitores han terminado por adquirir derivativamente la vecindad civil valenciana, por residencia continuada durante más de diez años en

la Comunidad Valenciana, y que ya tenía el menor tal vecindad en el momento de celebrarse el acto del juicio, no nos resulta dudoso que debe aplicarse la Ley Valenciana 5/11.

OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Audiencia Provincial de Murcia, Sección Primera, Sentencia de 7 mayo 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D Cayetano Blasco Ramón. JUR\2013\200500.

Prescripción.— Ley aplicable.

Normas aplicadas: Art. 10.5º y 6º Cc.

[...]

En segundo lugar, se alega error de derecho respecto Ley aplicable, e infracción del art. 10.5º y 16.1.1 Cc, considerando que la Ley aplicable es la común y no la foral, aunque de aplicar esta última a la acción también se encontraría prescrita a tenor de lo razonado y argumentado en el primer punto de su recurso.

[...]

el segundo punto del recurso en orden a la Ley aplicable, hemos de remitirnos a la correcta exégesis realizada en la sentencia de instancia en su fundamento de derecho II, donde ante la ausencia de una vecindad civil común, residencia habitual común o sumisión expresa, se recurre a la ley del lugar de celebración del contrato para determinar la legislación aplicable, y considerando que este se celebró en Navarra, se llega a la conclusión que es el derecho foral de esta comunidad el aplicable al supuesto enjuiciado, y si bien la apelante en su escrito de formalización del recurso se refugia en el argumento de que la demandada es la herencia yacente, ya en la sentencia de instancia se da cumplido respuesta a ello e incluso parte de que se le atribuye la vecindad civil común, sin que esto incida en el razonamiento y la conclusión a que aboca la aplicación del art. 10.5º Cc, y en cuanto a que no existió contrato alguno, dicho argumento se desvanece por sí mismo, pues las facturas objeto de reclamación tienen como fuente una relación contractual aunque esta no se documentara por escrito, y consecuente con ello se considera acertada la aplicación de la legislación foral sobre intereses de demora.

Audiencia Provincial de Girona, Sección Primera, Sentencia de 24 mayo 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D Fernando Lacaba Sánchez. JUR\2013\281247.

Adquisición de inmueble situado en Cataluña.— Ley aplicable.

Normas aplicadas: Art. 10.5º y 16 Cc.

[...]

Corolario de lo expuesto es que, el inmueble se adquiere fuera del matrimonio y que el mismo radica en Cataluña, debiendo aplicarse la previsión del art. 10.5º Cc estatal, tal y como estableciera la STS 7 febrero 1989 al decir: “El contrato de venta con pacto de retro, por ser de inmueble, y no haberse precisado la Ley a que las partes se sometieron, se rige por la Ley del lugar de celebración (10.5º Cc), es decir, queda bajo régimen de la Compilación Catalana y le son aplicables los arts. 326 ss, aunque ninguna alusión a ellos se ha efectuado por las partes hasta llegar al escrito de formalización del recurso de casación”.

Esa tesis fue la seguida en la STSJ Catalunya 7 octubre 1991, al establecer que, “de cualquier manera, la vecindad civil de los litigantes al tiempo de celebrarse el contrato resulta intrascendente, por más que la vecindad civil catalana del recurrente no plantee el mínimo atisbo de duda, y ello es así porque versando el tema litigioso sobre la rescisión de un contrato de compraventa por nulidad absolu-

ta rige como punto de conexión el de la situación de la cosa, “ es decir, será aplicable la normativa correspondiente (arts. 232 ss CCCat) cuando, como ocurre en el caso, el inmueble objeto de la enajenación onerosa se halla situado en territorio de Cataluña, con total independencia de la vecindad civil del comprador, lo cual se deduce de los arts. 16.1º, párrafo primero, con arreglo al que los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones en el territorio español se resolverán según las normas contenidas en el Capítulo IV (Normas de Derecho internacional privado), y 10.5ª Cc, que establece que a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos. No es éste el lugar para discurrir acerca de la corrección u oportunidad del sistema, pues resulta incuestionable que es el único legalmente aplicable.

Esa línea jurisprudencias se mantuvo en la Sentencia TSJC nº 21/1995 de 24 julio al decir que [...]

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoprimer, Sentencia de 25 julio 2013. Ponente: Ilma. Sra. Dª María del Mar Alonso Martínez. JUR\2013\335299.

Responsabilidad extracontractual.– Prescripción.– Territorialidad y aplicación preferente del Derecho civil catalán.

Normas aplicadas: Art. 111–3, 4 y 5 CCCat.

[...]

Opone en primer término la apelante que la acción ejercitada no está prescrita con alusión al contenido del art. 121.21 CCCat.

Debe acogerse esta alegación, considerando de aplicación al supuesto de autos el referido precepto, que determina un plazo de prescripción trienal, en su letra d) para las pretensiones derivadas de la responsabilidad extracontractual, normativa de aplicación en el territorio catalán, frente al plazo de un año por el que se decanta la resolución apelada y ello al considerar que conforme al art. 111–3 CCCat, bajo el título de la Territorialidad, viene dispuesto que el derecho civil de Cataluña tiene eficacia territorial y que la vecindad local es determinada por las normas que rigen la vecindad civil, estableciéndose en el art. 111.5 del mismo cuerpo legal que las disposición del Derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras y que el derecho supletorio solo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones del derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informan, aludiendo el art. 111.4 a que las disposiciones del código constituyen el derecho común de Cataluña .

LA APLICACIÓN EN LITIGIOS SUCESORIOS DE NORMAS AUTÓNOMICAS DE DERECHO INTERREGIONAL

Josep M. FONTANELLAS MORELL *

1. Para la denominada “dimensión interna” del DIPr español, la principal resolución que han pronunciado los tribunales españoles a lo largo de 2013 ha sido seguramente la STC 93/2013, de 23 de abril, originada por un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. La sentencia focaliza la atención en una posible infracción del art. 10.1º CE, que consagra del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual, según el TC,

* Profesor agregado de DIPr. Universidad de Lleida. Esta colaboración se enmarca en el Proyecto titulado “La aplicación de los instrumentos comunitarios en materia de Derecho internacional privado por los tribunales españoles: balance y perspectivas”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica, y con referencia DER2012–36920.

puede ser vulnerado cuando, como al parecer ocurre con varios artículos Ley navarra, el legislador impone a los integrantes de una pareja estable una regulación determinada sin condicionarla a que sea aceptada por ellos voluntariamente. Aunque la decisión del TC incide sobre el régimen económico, sucesorio, fiscal y de la función pública de los miembros de estas uniones de hecho, las considerables repercusiones de la misma en el ámbito del Derecho de familia han llamado sobre todo la atención de los civilistas [entre la bibliografía especializada, *vid.* M. Martín-Casals, “El derecho a la ‘convivencia anómica en pareja’: ¿Un nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC de 23.4.2013 (RTC 2013\93)”, *InDret*, 2013–3, pp. 1–43; M. Coca Payeras, “Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad”, *RDC*, 2014–1, pp. 29–48; R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “Sentencia del TC de 23 abril 2013. Inconstitucionalidad parcial Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables”, *CCJC*, 94 (2014–1), pp. 217–224]. No obstante, para los juristas interesados en el Derecho interterritorial, la STC 93/2013 contiene un FJ –el 6º– y un pronunciamiento –la declaración de inconstitucionalidad del art. 2.3º Ley navarra– [comentados por A. Font i Segura, “Inconstitucionalidad de la normativa autonómica que delimita el ámbito de aplicación personal del propio Derecho”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 1100–1105] que son muy importantes y están en el origen del presente trabajo, pues, entre las sentencias que, a lo largo del año 2013, han emanado de los tribunales españoles en materia de Derecho sucesorio interregional, sobresalen tres que, a pesar de abordar cuestiones bien distintas, comparten un rasgo común: en todas ellas resulta implícita o explícitamente aplicada –o inaplicada– una norma de Derecho interregional de procedencia autonómica; lo cual, al coincidir temporalmente con la STC 93/2013, es, en nuestra opinión, digno de reseña y merece un comentario, como el que puede leerse a continuación. El orden que vamos a seguir en nuestra exposición será el siguiente: ante todo (2), nos referiremos a la primera de las decisiones (SAP Navarra 8 abril 2013); a continuación (3), examinaremos la segunda (SAP Barcelona 29 octubre 2013); más adelante (4), la tercera (SAP Barcelona 18 diciembre 2013); luego (5), trataremos la problemática mencionada, latente en los tres litigios; por último (6), haremos unas breves consideraciones finales.

2. La primera sentencia seleccionada [SAP Navarra 2ª, nº 54/2013, de 8 de abril (JUR\2013\176532)] resuelve un litigio correspondiente a la sucesión de una persona, cuya vecindad civil resulta controvertida. Una de las cuatro hijas de la *de cuius*, a la que ésta no deja nada en su testamento, reclama la nulidad del mismo, porque fue otorgado siguiendo las pautas del Derecho navarro, cuando, según la actora, la vecindad civil de su madre era la vizcaína. La AP considera acreditado que, si bien la disponente no tenía la condición foral navarra al tiempo de testar, sí que la había adquirido por residencia en el momento de la muerte, por lo que, de resultas del art. 16.1º en relación con el art. 9.8º, ambos Cc –y Ley 16.2 del Fuero Nuevo de Navarra, que a la postre no es aplicada– el testamento quedaba convalidado. Como esta sentencia ya ha sido recientemente objeto de comentario (N. Magallón Elósegui, *REDI*, vol. LXVI, 2014–1, pp. 296–299), al cual nos remitimos, sólo vamos a formular, acerca de este caso, tres reflexiones complementarias. En primer lugar, queremos resaltar el notable paralelismo que guarda con otro dirimido por la propia AP de Navarra un año antes, en el que ésta había validado las disposiciones de última voluntad de una causante que no gozaba de la vecindad civil navarra *tempore testamenti* pero que sí la poseía *tempore mortis* luego de haberla ganado por residencia continuada de diez años en la Comunidad Foral, con la particularidad de que durante la mayor parte de dicho período de tiempo había padecido una demencia senil muy avanzada (J. M. Fontanellas Morell, “El año 2012 en el Derecho interterritorial de las sucesiones”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 1133–1135). En segundo término, nos resistimos a pasar por alto un tema que no aparece más que fugazmente en la sentencia analizada, cuando la misma reproduce el suplico de la demanda de instancia y los fundamentos jurídicos de la SJPI: el fraude de ley. En efecto, en el FJ 1º de la SAP queda constancia de que, en el *petitum*, la actora solicitaba, entre otras pretensiones, que el fallo judicial declarase la nulidad del testamento “al haber aplicado un ordenamiento en fraude de ley”; petición que el JPI no acoge al entender que la testadora ya era navarra en el momento de su muerte. La AP no vuelve sobre la cuestión, que da por zanjada, sin pararse a pensar si el comportamiento de la fallecida pudo deberse al propósito espurio de privar a su hija de la legítima que le pudiera corresponder de conformidad con el Derecho vizcaíno. En un trabajo publicado

en este mismo *Anuario* (“De nuevo sobre el fraude de ley en el Derecho interregional”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 1220–1225), hace poco defendimos, siguiendo a la doctrina más autorizada (A. Font i Segura, nota a la Sentencia del TSJ Cataluña 13 mayo 1999, *REDI*, vol. LI, 1999–2, pp. 772–773; *id.*, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, pp. 143–151; S. Álvarez González, “Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional”, *REDI*, vol. LIII, 2001, pp. 63–68; artículo recogido en sus *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, pp. 62–71), que, en nuestro sistema de Derecho interregional, en el que rige la igualdad entre las normativas civiles existentes y en el que el legislador estatal es exclusivamente competente para resolver los conflictos que entre ellas puedan surgir, no cabe recurrir a la institución del fraude de ley a fin de corregir eventuales conductas especulativas de los interesados, porque, por una parte, es dicho legislador quien fija uniformemente el criterio de sujeción personal a una ley territorial u otra, así como el régimen jurídico del mismo y las condiciones legales para su adquisición o pérdida; y, por otra parte, es imposible por definición que la aplicación de un Derecho español a un litigio doméstico como consecuencia de maniobras tenidas por fraudulentas conduzca a un resultado antijurídico, dado que todas nuestras legislaciones son iguales y de que lo establecido en ellas nunca puede contrariar el ordenamiento jurídico, sino que, más bien, encuentra en él la fuente de su legitimidad. Entendíamos que, en estos casos, lo que tiene lugar es una “falsa interregionalización” (A. Font i Segura, *op. cit.*, p. 148) de un supuesto conectado con uno de los Derechos civiles españoles para, aprovechándose de la norma de conflicto, conseguir la regulación más conveniente. Concluíamos nuestro comentario apuntando que estas “falsas interregionalizaciones” tendrían que remediarse recurriendo, en la medida de lo posible, a procedimientos técnicos inspirados en el art. 3.3º RR I; precepto, que en un contexto muy distinto, está destinado a evitar la elusión de las normas imperativas que, de no haber mediado maquinaciones oportunistas, hubieran sido aplicables a una situación jurídica heterogénea. Dos años más tarde continuamos viendo el problema de igual manera y abogando por la misma solución. En última instancia, la sentencia comentada destaca por el hecho de que, para dirimir la validez del testamento otorgado de acuerdo con la legislación navarra por una persona que al hacerlo no tenía la vecindad requerida para ello, la AP sospena la aplicación del inciso final del apartado segundo Ley 16 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra [“los actos celebrados por quienes con posterioridad a su otorgamiento adquieran la condición foral deberán producir sus efectos conforme al Derecho navarro, aunque éste difiera del Derecho a que se sometió su celebración” (BOE, 7–III–73)], que acaba descartando al juzgar que la regla incluida en el Fuero Nuevo “es improcedente, pues tal materia [el Derecho interregional] está sustraída del ámbito legislativo competencial de la Comunidad Foral” (FJ 4º). Para un examen detallado de este punto, nos remitimos al ap. 5.

3. La segunda decisión que ha llamado nuestra atención (SAP Barcelona 16ª, nº 518/2013, de 29 de octubre, JUR/2013/354662) trata de la validez de una cláusula de institución recíproca de heredero universal contenida en un testamento mancomunado otorgado por dos esposos de vecindad civil aragonesa, en octubre de 2006 –un mes antes de la muerte del marido– en Barcelona –donde todo da a entender que éste estaba hospitalizado–. Además de instituirse mutuamente herederos, para el caso de que ambos fallecieran sin que el sobreviviente hubiera modificado el testamento, instituyen heredero universal a uno de sus hijos, mientras que legan a otro el usufructo vitalicio de un inmueble sito en Madrid. Al fallecimiento del causante, aparte de los dos legitimarios ya citados, vive igualmente un tercero, un nieto –hijo de una hija premuerta–, el cual, por más que mencionado en el testamento, no recibe en él ninguna atribución patrimonial. La demanda la presenta el hijo–legatario en potencia, que reclama la ineficacia de la cláusula testamentaria de institución recíproca de heredero y, como consecuencia de ello, la apertura de la sucesión intestada. La AP confirma el veredicto del JPI, al declarar plenamente eficaz la cláusula impugnada, sobre la base de que, por un lado, no aprecia que en el testamento se haya producido preterición, desheredación o exclusión alguna del actor, como prueba el legado ordenado a su favor por sus progenitores; y, por otro lado, que el inexcusable respeto a la legítima del apelante es, en todo caso, compatible con el principio de conservación del testamento. Del detallado estudio que del Derecho civil de Aragón hace la Sala, a nosotros nos sorprende que en él no se aluda para nada a la base legal que

faculta a un ciudadano de dicha Comunidad a testar mancomunadamente fuera de ella, en este caso, en Cataluña, cuando la ley local, aquí la catalana, no lo permite. Es muy probable que nadie cuestionara este aspecto en el pleito, por mucho que sean bien conocidas las discusiones acerca de la naturaleza del testamento mancomunado, que, en nuestra disciplina, se traducen en problemas de calificación. En la doctrina española de las últimas décadas, se ha preconizado tanto la solución formal (E. Pérez Vera, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 255) como la sustantiva, distinguiéndose entre los promotores de esta opción, los que reputan la prohibición de testar de mancomún como una cuestión de capacidad, por tanto, de estatuto personal [J.A. Tomás Ortiz de la Torre, “Art. 733”, en M. Albaladejo, (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. IX, vol. 2º, Arts. 706 a 743 Cc, Madrid, Edersa, 1983, pp. 341–343] de los que la consideran un tema de disponibilidad testamentaria, sujeto a la ley sucesoria [M.E. Zabalo Escudero, “El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés”, *RGD*, XLVI, 1989, pp. 6363–6369; J.D. González Campos, “Art. 733”, en C. Paz-Ares Rodríguez, *et al.* (dirs.), *Comentario Cc*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1828; A. Font i Segura, “Conflictos internos de leyes en materia de sucesiones”, en J.L. Gimeno y Gómez-Lafuente y E. Rajoy Brey (coords.), *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho común, foral y especial*, t. II, Cizur Menor, Civitas, 2008, pp. 1379–1380]. Inclinandonos por esta última interpretación –que, a nuestro parecer, encuentra, para los testamentos recíprocos, apoyo innegable en el Reglamento 650/2012, con independencia de que éste sea aplicable a los conflictos internos [J. M. Fontanellas Morell, “El testamento mancomunado en el Reglamento 650/2012 relativo a las sucesiones por causa de muerte”, en J.-J. Forner Delagüa, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (eds.), *Entre Bruselas y La Haya. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 405–415]–, de la misma se desprende que la admisibilidad, la validez y los efectos de los testamentos mutuos deberían regirse por la *lex successionis*, o sea, en nuestro caso, por el Derecho aragonés, como se deduce del juego combinado de los arts. 16.1º y 9.8º CC. Sin embargo, el legislador de esta Comunidad nos ha querido ahorrar cualquier dificultad exegética al respecto, habida cuenta de que, en el art. 417 del Código del Derecho Foral de Aragón, ha establecido que “1. [l]os aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón. 2. Si uno de los dos testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente, incluso fuera de Aragón” [Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA, 29–III–2011, p. 6588)]. Esta disposición es copia literal del anterior art. 102 Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte (BOA, 4–III–1999, p. 1174), el cual, a su vez, había recuperado en términos más amplios –extendiendo la posibilidad de otorgar esta clase de testamento a personas que no fueran cónyuges ni parientes, siempre que al menos uno fuera aragonés y la ley personal del otro no lo proscribiera– el tenor del art. 94.1º Compilación del Derecho civil de Aragón [“Los cónyuges aragoneses pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón” (Ley 15/1967, de 8 de abril, BOE, 11–IV–1967, p. 4801)]. Seguramente, las partes sabían de la existencia del art. 102.1º Ley sucesoria de 1999 –que, por la fecha de la muerte del *de cuius*, era el aplicable– y de que la norma autorizaba a los aragoneses a testar mancomunadamente fuera de Aragón; por lo que en ningún momento fue puesta en duda la validez de la disposición de última voluntad por este motivo. Al no ser discutido por nadie –singularmente por el demandante–, la AP de Barcelona no entra a valorar, al menos en su pronunciamiento, el soporte normativo que tiene esta modalidad testamentaria cuando se hace uso de ella fuera del territorio natural de vigencia del Derecho que la ampara. Si lo hubiera hecho, se hubiera dado cuenta de que, para validar el testamento mancomunado en cuestión, debía aplicar –cosa que hace implícitamente (a menos que imaginemos una solución formal o sustancial fundada en las normas de conflicto Cc)– el art. 102.1º Ley 1/1999; precepto que, como todos los que siendo de origen autonómico regula los conflictos internos, tiene difícil encaje constitucional.

4. Apenas dos meses después de la anterior decisión, otra Sección (la 19ª) de la AP de Barcelona se enfrenta a un caso interesante, resuelto por la Sentencia nº 420/2013, de 18 de diciembre (JUR\2014\89515). El litigio gira entorno a la reclamación sucesoria formulada por el sobreviviente –de vecindad común– de una pareja no casada contra la madre de la difunta, la cual había promovido una

declaración de herederos *ab intestato* y, como consecuencia de la misma, se había adjudicado los bienes relictos. El debate se centra básicamente en dos cuestiones: la pervivencia de la unión *more uxorio* al tiempo del fallecimiento de la causante y la ostentación por parte de ésta en dicho momento de la vecindad civil catalana. Con respecto al primer punto de controversia, la acreditación de la convivencia *usque ad mortem*, de las pruebas –testifical y documental– practicadas, la SAP concluye que la unión, constituida en 2001 –dato que nadie pone en duda–, habría subsistido, no hasta 2006 –como sostiene la demandada– sino hasta la muerte de la mujer, con lo que se estaría cumpliendo la condición de que, para poder suceder abintestato a un conviviente, es del todo necesario que, al fallecer éste, el sobreviviente no esté de hecho separado de él [art. 442–6.2 CCCat; nótese, como advierte A. Vaquer Aloy, “Article 442–6”, en J. Egea i Fernández/J. Ferrer i Riba (dirs.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. Llei 10/2008, del 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Barcelona, Atelier, 2009, p. 1280, la falta de coincidencia –más terminológica que conceptual– entre este precepto, que habla de “separación de hecho”, y el actual art. 234–4.1 a) CCCat, que contempla el “cese de la convivencia con ruptura de la comunidad de vida” como una de las causas de extinción de la pareja estable]. En cuanto al segundo problema, la en ocasiones ardua determinación de la vecindad civil, la sentencia considera probado que la finada, nacida en Cataluña, perdió la vecindad propia de este territorio por haber residido más de once años –de 1987 a 1998– en territorio de Derecho común –en concreto, en la Provincia de Huelva–, pero, al regresar a Barcelona en 1998 y estar domiciliada en dicha ciudad hasta su muerte, recuperó la vecindad catalana por residencia continuada de diez años sin declaración en contrario, condición que detentaba al tiempo del óbito, acaecido en 2009 –antes, pues, de la vigencia del Libro Segundo CCCat–. Para la AP, la concatenación lógica de las cuestiones debatidas es clara: si la pareja subsistía en el momento de la muerte y la difunta tenía vecindad civil catalana, a la pretensión del conviviente le es aplicable la normativa catalana *ex art. 1.1 in fine* [“Como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña” (BOE, 19–VIII–1998)] Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja [LUEP]. Sin embargo, la AP de Barcelona parece no tener presente ciertas “sutilezas técnicas” del caso, que vamos a tratar de poner de relieve. Aunque cabría el estudio de alguna otra menos significativa, nos limitaremos a abordar tres cuestiones: la determinación Ley rectora de la sucesión del supérstite, la concreción del “estatuto convivencial” y el análisis de la posible inconstitucionalidad de la regla catalana de Derecho interterritorial que perfilaba el ámbito de aplicación de la LUEP. La primera de ellas, que podría parecer relativamente sencilla, en absoluto lo es. Permítasenos un excurso. En una situación de conflicto de leyes –internacional o interno–, la sucesión de una persona se rige, en principio, por la ley sucesoria designada por la norma de conflicto del foro. En el Derecho internacional privado –y en el Derecho interregional– español, dicha norma es el art. 9.8º Cc, que, para la solución de los litigios sucesorios heterogéneos, conduce a las disposiciones materiales Ley nacional –o de la vecindad civil– del causante. Conforme a nuestro sistema conflictual, la sucesión de una persona –soltera, unida en matrimonio o extramatrimonialmente– debe estar sujeta, de entrada, a la legislación que indique el art. 9.8º Cc sean quienes sean sus herederos –voluntarios o legales–. Esta afirmación es tan obvia que, si en el supuesto considerado, el reclamante fuera un hijo de la causante, un sobrino o un extraño a nadie le pasaría por la cabeza que no se llegara a aplicar el art. 9.8º Cc; ahora bien, como la acción la ejercita el conviviente sobreviviente, la dudas afloran –y las decisiones erróneas también–. En nuestra doctrina, es hegemónica la opinión de que, sobre la base del art. 9.8º Cc, los derechos sucesorios –legales– del conviviente supérstite dependen de la *lex hereditatis* [vid., por ejemplo, J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2013, p. 453; J. Carrascosa González, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho internacional privado*, 15ª ed., Granada, Comares, 2014, p. 145]. Sin embargo, al igual que ocurre en el matrimonio, es tal la imbricación entre el estatuto sucesorio y el estatuto económico–convivencial que lo más pertinente sería no una sujeción “ciega” a la ley sucesoria, como alguna vez parece haberse sugerido [vid. S. Espada Mallorquín, *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Cizur Menor, Civitas, 2007, pp. 257–258 (quien auspicia esta solución dando por sentada la coincidencia Ley creadora de la unión con la ley sucesoria, pero sin llegar a plantearse los desajustes que pueden surgir en caso contrario)], sino la adaptación entre ambos estatutos, que podría lograrse, *de lege lata*, por medio de una –discutible– apli-

cación analógica del art. 9.º *in fine* Cc (C. González Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 185) y, *de lege ferenda*, a través de la adopción de una disposición *ad hoc* [A. Font i Segura, “Conflictos internos ...”, *loc. cit.*, p. 1396]. Concluida la digresión, volvemos a la SAP para percatarnos de que, en su razonamiento –si hay unión estable y la difunta tenía vecindad civil catalana, la sucesión *ex art. 1.1 in fine* LUEP queda sujeta al Derecho catalán– no aparece para nada el art. 9.º Cc. El motivo de esta ausencia es que la AP se confunde al calificar la pretensión del supérstite: en lugar de estimarla de naturaleza sucesoria –que es lo que es– la reputa de índole económico–convivencial –que es lo que no es–. Ciertamente, son categorías que están estrechamente vinculadas –y de ahí la necesidad de compaginar las normativas que las regulan– pero son distintas. A propósito del cónyuge sobreviviente, la delimitación entre el régimen de bienes del matrimonio y la sucesión *mortis causa* ha sido –y en parte todavía es– muy problemática, y solamente la labor tenaz de la ciencia ha permitido mitigar las dificultades. Ahora bien, pretender hacer lo mismo con respecto a las relaciones –patrimoniales y sucesorias– entre los miembros de una pareja no casada es una quimera, porque, pese a contar con la experiencia que nos han proporcionado las soluciones arbitradas para los esposos, estamos ante una realidad, la unión *more uxorio*, de contornos difusos y contenido dispar, la cual, además, carece en nuestro país de una regulación material y conflictual adecuada. En el plano sustantivo, el panorama español es caótico, debido a que el Estado no ha hecho uso, en lo que concierne a las uniones no matrimoniales, de la competencia que tiene para legislar en materia civil –dejando sin un marco normativo apropiado a muchos ciudadanos sujetos al Derecho común–, mientras que las CC AA –con Derecho civil propio o sin él [por ejemplo, la Comunidad de Madrid, aspectos iusprivatistas de cuya Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, han sido declarados inconstitucionales por la STC 81/2013, de 11 de abril]– sí que han disciplinado estas situaciones convivenciales. En la vertiente conflictual, la insuficiencia de reglamentación del sistema español de DIPr –y de Derecho interregional– es total, ya que no tenemos norma de colisión alguna al respecto, lo que nos obliga a inquirir cuál es la ley aplicable a una reclamación derivada de una convivencia *more uxorio*. Entre nuestros juristas, el primero en exponer una tesis fue el profesor S. Sánchez Lorenzo, que muy tempranamente, cuando en nuestro país no había ninguna normativa orgánica sobre las uniones de hecho, propugnó que, a tenor de la situación reinante, caracterizada por la ausencia de una reglamentación sistemática y unitaria de las relaciones convivenciales y por la imposibilidad de acudir por analogía a las disposiciones matrimoniales al vedarlo la jurisprudencia constitucional y civil, se optara por una regulación casuística a base de respuestas particulares, en función de la naturaleza y finalidad de cada pretensión jurídica formulada [S. Sánchez Lorenzo, “Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado”, *REDI*, XLI (1989–2), pp. 487–531, esp., pp. 511 y 528–529; solución asimismo patrocinada en su momento por J. D. González Campos, “Derecho de familia. El matrimonio”, en J. D. González Campos *et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, p. 293, y hoy día por J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 453–454). A pesar de la solidez de esta construcción, hace algunos años, tuvimos ocasión de contribuir al debate con un trabajo [“Noves perspectives per a una regulació de les unions de fet en el dret internacional privat espanyol”, en J.M. Martinell y M.T. Areces Piñol (eds.), *Uniones de hecho*, Lleida, Universitat de Lleida, 1998, pp. 233–245, sobre todo, pp. 244–245] en el que, a partir de la intención del Parlamento de Cataluña de legislar sobre las uniones de hecho, entendidas como una institución más del Derecho de familia, creímos que era pertinente un cambio de enfoque que, a nuestro modo de ver, había de pasar por que el núcleo de cuestiones esenciales de las parejas no casadas –creación, efectos *inter partes* y respecto de terceros y disolución– se rigieran por una sola ley, la cual, habida cuenta de los principios inspiradores del sistema español de DIPr –en materia de estatuto personal *lato sensu*, el de la nacionalidad–, no podía ser otra que la ley nacional común de los convivientes (art. 9.1º Cc) y, subsidiariamente, la de su residencia habitual común (art. 9.10º Cc). Desde entonces, algunos de nuestros expertos han sugerido, *de iure condendo*, rigurosas y completas regulaciones conflictuales de las uniones de pareja [vid. A. Font i Segura, nota a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra 2ª 12 junio 2002 y de la Audiencia Provincial de Girona 2ª 2 octubre 2002”, *REDI*, vol. LV, 2003–1, p. 483; Grupo de Derecho Interregional, cuya propuesta es recogida por A. Font i Segura, “Inconstitucionalidad ...”, *loc. cit.*, p. 1104], la jurisprudencia se ha ido pronunciando –escasa y deshilvanadamente– (SAP Navarra 12 junio 2002, JUR 2002/201896,

SAP Girona 2 octubre 2002, AC 2002\1493, STS 4 julio 2007, RJ 2007\4937, SAP Islas Baleares 27 febrero 2009, JUR 2009\187553, SAP Huesca 19 enero 2011, AC 2011\365, SAP Girona 15 abril 2011, JUR 2011\197987. Las dos primeras han sido comentadas por A. Font i Segura, *REDI*, vol. LV, 2003–1, pp. 474–485; la segunda por R. Arenas García, *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 678–684; la tercera por C. Vaquero López, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 1039–1041; y la sexta por A. Font i Segura, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 1202–1203], mas, en vista de que continuamos estando faltos de una norma de conflicto estatal, pensamos que nuestro criterio –al que se han ido adhiriendo prestigiosos autores como E. Pérez Vera [“Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho internacional privado español”, en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, p. 137] o C. González Beilfuss (*op. cit.*, p. 111) sigue siendo válido, y lo será mientras la discusión se mantenga en los términos actuales –que son los que había hace quince años– y la Unión Europea no venga a zanjarla –la Propuesta de Reglamento en la materia parece, en verano de 2014, encallada– o, como es previsible si prospera la iniciativa comunitaria, no lo haga por entero –la Propuesta sólo afectaría a las uniones registradas y, en principio, sería inaplicable a los conflictos internos–. Creer que los jueces, con la carga de trabajo que tienen y los medios de que disponen, pueden entrar en debates doctrinales de esta naturaleza es ilusorio. Por eso, no nos debe extrañar que la AP de Barcelona opte por el camino más fácil: encuentra una norma como el art. 1.1 *in fine* LUEP –sobre cuya constitucionalidad no se interroga–, cree –equivocadamente– que ésta incluye dentro de su radio de acción toda pretensión relacionada con una pareja no casada –aun una de carácter sucesorio, cubierta por el art. 9.8º Cc– y la aplica, bien que sirviéndose de un último argumento merecedor de unas líneas. Recordando, a manera de silogismo, el planteamiento de la AP [premisa mayor: una unión estable uno de cuyos miembros tiene la vecindad catalana se rige por la normativa catalana; premisa menor: la unión litigiosa es una unión estable uno cuyos miembros tiene la vecindad catalana; conclusión: la unión litigiosa se rige por la normativa catalana], constatamos que la premisa menor requiere que se cumpla una doble condición: que la pareja controvertida sea estable y que uno de sus integrantes sea de vecindad civil catalana. Acreditada en el juicio la vecindad catalana de la difunta, el debate se centra en la estabilidad de la unión. Según el art. 1.1 LUEP –y, ahora, según el art. 234–1 CCCat–, para que una situación de convivencia estable pueda considerarse una unión reconocida legalmente, se exige, a falta de otros requisitos constitutivos, que dicha convivencia se haya prolongado por más de dos años. En nuestro caso, este punto suscita una duda interesante. Cuando la *de cuius* –que era originariamente catalana, pero perdió esta condición para recuperarla más adelante [cabe recordar que, en el Cc, la pérdida y la recuperación de la vecindad civil no cuentan con previsión expresa, al estimarse que son cambios de vecindad civil, que se producen al adquirirse otra o readquirirse la que se había ostentado por residencia (L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 302)]– inicia su relación de pareja, no tiene la vecindad civil catalana, que solamente vuelve a poseer un año antes del fallecimiento, por lo que, aun cuando haya mantenido una situación convivencial durante ocho o nueve años, como *catalana* sólo ha vivido uno en pareja estable, período insuficiente según la LUEP –y el CCCat– para constituir una unión de este tipo. Para acceder a la pretensión del demandante –hereditaria, no lo olvidemos–, la SAP salva este escollo acudiendo al argumento de que, para quedar bajo el amparo de la norma, “[l]o importante es el tiempo de convivencia y el poseer la vecindad civil catalana, elementos que concurren ambos en el caso” (FJ 3º *in fine*) y apoyándose en el art. 1.3 LUEP y en el ap. 1º de la DT 4ª del Libro Segundo CCCat. Es cierto que estas reglas –muy distintas entre sí, pues la segunda es de Derecho transitorio– contemplan supuestos en los cuales, para el cómputo del plazo de convivencia, se tiene en cuenta un período anterior al legalmente establecido, pero no guardan ninguna relación con el caso que nos ocupa, en el que la condición de catalán es el presupuesto para la aplicación del Derecho catalán. Si tal condición no se da durante el período señalado por la ley para que surta los efectos previstos en ella, no tenemos el supuesto de hecho al que aplicar el Derecho catalán. Dicho en otras palabras, las normas aducidas por la SAP están pensando en hipótesis que ya se encuentran *dentro* del marco normativo catalán, no, como acontece en nuestro litigio, en el que se discute si concurren las circunstancias para *entrar* en la esfera de incidencia del Derecho catalán. Retomando la frase clave de la que se sirve la sentencia para dar la razón al actor, la enmendaríamos diciendo que la regla no está concebida para personas que conviven y son catalanas sino para que personas que *conviven siendo catalanas* –

durante el plazo fijado por la ley-. Sin embargo, la confusión de la AP es de mayor envergadura, porque canaliza una pretensión sucesoria como si fuera convivencial –esto es, lo hace a través de la LUEP y no Cc-, con la particularidad de que, pese a aplicar el art. 1.1 *in fine* LUEP, supedita la vecindad civil –que oficia como conexión– al patrón temporal del art. 9.8º Cc –de acuerdo con el que basta con que se posea la condición de catalán *en el momento del fallecimiento*– y no al propio de la LUEP –con arreglo al cual uno de los integrantes de la pareja ha de ser catalán *durante todo el período de convivencia mínimo de dos años requerido por la ley*-. En consecuencia, creemos que la decisión de la AP es incorrecta y no había lugar a reconocer los derechos hereditarios *ab intestato* reclamados judicialmente. Queda por examinar la posible inconstitucionalidad del art. 1.1 *in fine* LUEP, cuestión que, al erigirse en el eje vertebrador de todo este comentario, pasamos a desarrollar en el apartado siguiente.

5. Las tres decisiones que constituyen el objeto primordial de esta nota, plantean el problema de la probable inconstitucionalidad de las normas unilaterales autonómicas –si bien la ley 16 navarra dimana de la Compilación de 1973– de Derecho interregional, debido a que la CE no reconoce a las CC AA la competencia para dictarlas. En la interpretación de la reserva competencial que el art. 149.1.8ª de la Carta Magna hace en favor del Estado para legislar a propósito de las “normas para resolver los conflictos de leyes”, se han sucedido distintas etapas. En la inicial, que podría denominarse postconstitucional, nuestra doctrina, a la hora de abordar este tema, se dividió en tres corrientes diferentes: la primera aglutinaba a los que entendían la competencia estatal como una exclusividad legislativa que abarcaba todas las categorías normativas [L. Garau Juaneda, “Comunidades Autónomas y Derecho interregional”, *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Internacional*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, p. 143; A. Arce Janáriz, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, pp. 106–108]; la segunda la representaba J.D. González Campos (*Derecho internacional privado. Introducción*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1984, pp. 193–194), el cual matizaba el alcance del precepto constitucional al admitir la facultad del legislador autonómico de dictar normas materiales autolimitadas siempre que la naturaleza y la tradición histórica de las instituciones reglamentadas lo justificasen, negando, sin embargo, idéntica aptitud con respecto a otras normas directas, fueran materiales especiales o imperativas; por último, la tercera era encarnada por A. Borrás Rodríguez (*Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1984, p. 13), quien se mostraba partidaria de interpretar literalmente el término “conflictos de leyes”, limitándolo, por tanto, a la técnica estrictamente conflictual con lo que quedaba en manos de las CC AA la posibilidad de acudir a los restantes procedimientos técnicos de reglamentación del tráfico privado interregional, aunque no pudieran articular exclusivamente sobre este tipo de soluciones sus sistemas normativos. El segundo período, de clarificación del diseño constitucional, principia con las SSTC 156/1993, de 6 de mayo, y 226/1993, de 8 de julio, las cuales, a diferencia de la STC 72/1983, de 29 de julio, que se había contentado con reivindicar la competencia estatal (FJ 5º y FJ 6º) sin argumentarla debidamente, fueron más contundentes en la defensa de la competencia exclusiva del Estado en la materia, afirmando que la CE “optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión” (FJ 3º STC 156/1993, que fue parcialmente reiterado en el FJ 4º de la STC 226/1993). Pese a la escasa precisión técnica de algunos pasajes, la suerte estaba echada, porque, con esta lectura de la CE, el TC cerraba la puerta a cualquier intervención del legislador autonómico en este campo. Esta nueva tendencia se visualiza en el vuelco que el profesor González Campos da a su enfoque de la cuestión, puesto que pasa de suscribir, aún en 1996 [si bien en una obra reeditada: J.D. González Campos, “El sistema español del Derecho internacional privado”, en E. Pérez Vera (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, 6ª ed., Madrid, UNED, 1996, pp. 66–67], su vieja tesis, a sumarse, en 1998, al elenco de defensores de la exclusividad competencial del Estado [J.D. González Campos, “Los conflictos internos en el sistema español de Derecho internacional privado”, en E. Pérez Vera (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, 1ª ed., Madrid, UNED, 1998, pp. 70–71], en la línea marcada por la jurisprudencia constitucional. A partir de 1998,

comienza una tercera fase, en el que el escenario se ve sacudido por la promulgación de leyes sobre uniones de hecho por parte de todas las CC AA que gozan de Derecho civil propio. La mayoría de estas legislaciones incorporan normas unilaterales de delimitación espacial de su ámbito de aplicación, de las que –el aquí tan citado– art. 1.1 *in fine* LUEP es un ejemplo paradigmático. La reacción de los especialistas ante estas iniciativas autonómicas ha sido, en general, adversa (para una relación exhaustiva de la extensa bibliografía sobre el tema, *vid.* A. Font i Segura, “Inconstitucionalidad ...”, *loc. cit.*, p. 1102), pero no han faltado quienes han continuado abogando por la constitucionalidad de ciertas reglas de las CC AA [A. Borrás Rodríguez, “Los conflictos internos en materia civil a la luz de la legislación actualmente vigente”, en Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (ed.), *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Bilbao, Irvrac Bat, 1999, pp. 82–87 (que avala aquellas que utilizan criterios territoriales, aunque muestra mayor escepticismo con respecto a las que denomina normas de delimitación personal); J.J. Álvarez Rubio, “Los conflictos de leyes en la Ley vasca de 1 julio 1992”, en Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (ed.), *op. cit.*, p. 114 (que sostiene la validez de aquellas que estén justificadas por las peculiaridades de la plurilegislación vasca)]. En este contexto, es digna de mención una teoría, concebida para salvar la constitucionalidad de las disposiciones unilaterales autonómicas, que las entiende como normas de delimitación interior, esto es, preceptos que entran en juego para determinar los supuestos de aplicabilidad Ley que los contiene –no del Derecho autonómico en su conjunto–, una vez la regla conflictual estatal ha fijado la competencia de dicho Derecho [R. Arenas García, “Dimensión internacional de la tutela por ministerio Ley. (La protección de los menores desamparados en el DIPr español)”, *RJC*, 1998–3, p. 383; del mismo autor, más recientemente y en relación con las parejas no casadas, “Aplicación Ley catalana a una unión extramatrimonial de suizos residentes en Cataluña”, *AEDIPr*, t. IV, 2004, p. 683; en el mismo sentido, J. Carrascosa González (*loc. cit.*, pp. 145–146)]. Sin embargo, la viabilidad de esta fórmula –al igual que la de cualquier otra solución paliativa–, se ha desvanecido a raíz de la STC 93/2013, que parece haber cerrado el debate sobre el tema –si es que ya no lo estaba–. La sentencia –para cuyo análisis detallado, nos remitimos al comentario de A. Font i Segura en este mismo *Anuario*: “Inconstitucionalidad ...”, *loc. cit.*, pp. 1100–1105– mantiene la doctrina del TC, que se remonta a la STC 72/1983 y descansa esencialmente en las SSTC 156/1993 y 226/1993, al declarar, en su FJ 6º, la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 2.3 Ley navarra relativa a las parejas estable sobre la base de que la adopción de reglas “unilaterales o de extensión delimitadoras de los respectivos ámbitos de aplicación espacial y personal de la norma en tanto que técnica de solución de conflictos de leyes, es ... una tarea que, en principio, resulta vedada a la actuación del legislador autonómico [porque] la competencia de dictar normas para resolver los conflictos de leyes se halla reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.8 CE (...) [de ahí que la determinación de] cuál es la ley personal aplicable en los conflictos interregionales derivados de la potencial concurrencia de legislaciones diversas en la regulación de una situación, es una materia que se sitúa extramuros de las competencias autonómicas en tanto que la Constitución ha optado por que sea al Estado al que corresponda, en su caso, el establecimiento de las normas de conflicto en estos supuestos”. Hasta aquí, podría decirse que el TC, que sigue manejando la terminología con poco rigor, no ofrece novedades significativas. Sí que, en cambio, las aporta el penúltimo párrafo de dicho FJ 6º cuando dice que la atribución al Estado de la competencia exclusiva para dictar normas sobre conflictos de leyes “no puede ser alterada por ... argumentos (...) [como el de que el art. 2.3] no supone otra cosa que la aplicación de la norma foral siempre que dicha aplicación sea posible si lo permiten las eventuales normas estatales previstas para resolver los conflictos de leyes o, dicho de otra manera, cuando no vulneren lo previsto en estas últimas (...); [o como el de que la] ausencia en la legislación estatal de regla específica al respecto autoriza al legislador foral para invadir una materia que, conforme a la Constitución ... se halla reservada al Estado pues ello sería contrario al orden constitucional de distribución de competencias y al carácter indisponible de las mismas pues es evidente que las competencias no decaen por el hecho de no haber sido ejercitadas”. Razonamiento que nos permite extraer dos conclusiones: primera, según el TC, la teoría de las normas de delimitación interior, anteriormente explicada, no tiene cabida en la CE; segunda la inactividad del Estado a la hora de hacer uso de las competencias que la Carta Magna le confiere, no habilita a las CCAA para colmar la laguna resultante, porque ello arruinaría la distribución competencial recogida en la CE. Para los fines del presente estudio, el corolario de la doctrina del

TC es rotundo: las normas unilaterales autonómicas de Derecho interregional carecen de cobertura constitucional y no deben ser aplicadas.

6. Hagamos balance: la norma navarra que delimitaba el ámbito de aplicación Ley foral del parejas de hecho ha sido declarada inconstitucional por la STC 93/2013, la catalana de igual contenido ya fue derogada como consecuencia de la promulgación del Libro Segundo CCCat, pero todavía queda alguna otra, como la regla balear paralela; y por doquier hay disposiciones de esta naturaleza que regulan unilateralmente situaciones propias del tráfico privado interregional. Tras el pronunciamiento de la STC 93/2013, la inconstitucionalidad de estas normas no puede ponerse en duda, si bien, por decirlo coloquialmente, “siguen ahí fuera”. Mientras no se suscite, acerca de ellas, una cuestión de inconstitucionalidad, su suerte dependerá del tribunal que haya de aplicarlas. En las sentencias que hemos tenido oportunidad de revisar en este comentario, puede comprobarse hasta qué punto difieren los puntos de vista de las Audiencias al respecto. En el primero de los litigios examinados (zanjado por la SAP Navarra 8 abril 2013), los jueces detectan que la ley del Fuero Nuevo es contraria a la distribución de competencias de la CE y no la observan; en el segundo (resuelto por la SAP Barcelona 29 octubre 2013), parece como si la Sala no fuera consciente de la norma aragonesa en presencia, pero a la hora de la verdad se constata que la tiene en mente y que, por tanto, la aplica implícitamente; en el tercero (solventado por la SAP Barcelona 18 diciembre 2013), la regla catalana es, para los magistrados, una pieza esencial del engranaje que conduce al fallo. De todo lo antedicho, cabe extraer como mínimo una conclusión, la seguridad jurídica no es precisamente un activo de nuestra disciplina, al menos en España.

Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, Sentencia de 8 abril 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Cobo Sáenz. JUR\2013\176532.

Ley aplicable a la sucesión.– Determinación de la vecindad civil del causante.– Conflicto móvil.– Adquisición de la vecindad civil navarra por residencia continuada de diez años.– Inaplicación de una norma autonómica de Derecho interregional.– Convalidación de testamento nulo.– Posibilidad de fraude de ley.

Normas aplicadas: Arts. 9.8º, 14.5.2º y 16.1º Cc; Leyes 10, 11 y 16.2 del Fuero Nuevo de Navarra.

[...]

En el presente litigio, se cuestiona de modo fundamental, por Dª Nuria (la mayor de las cuatro hijas del matrimonio formado D. Faustino y Dª Remedios –matrimonio celebrado el 27 septiembre 1958 en Azcoitia–, y del que nacieron además Dª Nuria –el... de 1959–, Matilde –el ... de 1962–, Ana –el ... de 1963– y Socorro –el... de 1967–. Habiendo fallecido, el padre D. Faustino, en el Hospital de Cruces–Baracaldo, el 3 agosto 1987 y la madre Dª Remedios, el 5 febrero 2007, en la localidad de las Arenas de Getxo), la validez del testamento otorgado por Dª Remedios, con fecha 1 febrero 1989 ante el notario que fue de esta ciudad D. Alberto, quien intervino como testigo en este proceso durante el acto de juicio celebrado en la instancia el 9 noviembre 2010 –véase dicho testamento a los folios 75 a 79 de las actuaciones–.

En dicho testamento, vigente al tiempo de su fallecimiento, Dª Remedios, dejaba a sus cuatro hijas la Legítima Foral Navarra, e instituía herederas en todos sus bienes y por partes iguales a las hijas: Matilde, Ana y Socorro.

La razón para impugnar la validez del testamento, radica entre otras consideraciones en la fundamental de que la vecindad civil de la finada Dª Remedios, no fue en ningún momento de su vida la Navarra. [...]

En las respectivas contestaciones a la demanda, presentadas separadamente y por orden cronológico por las hermanas de la demandante: Dª Ana; Dª Matilde y Dª Socorro. Se mantuvo, que la vecindad civil de Dª Remedios, era la Navarra, es decir ostentaba la condición civil foral de Navarra, bien lo

fuera de modo originario o bien la hubiera adquirido con posterioridad. Por ello, el testamento otorgado el 1 febrero 1989, es perfectamente válido.[...]

la Sala analizando el conjunto de la prueba practicada en la instancia, puede determinar, que al tiempo de fallecimiento de D^a Remedios acaecido el 5 febrero 2007, en el domicilio de su hija Matilde (véase el folio 83 de las actuaciones), en el que se hallaba eventualmente, por las razones ya expresadas precedentemente, D^a Remedios, poseía la condición civil foral de Navarra, que había adquirido por residencia continuada en Navarra, a lo largo de 10 años, en concreto en el año 1991, por aplicación del art. 14.5, 2º Cc, al que remite la Ley 11 del Fuero Nuevo. Por ello, es correcta la “declaración”, que se contiene en el inciso final del fundamento de derecho segundo de la sentencia de instancia, cuando en el mismo se determina “así las cosas procede declarar que era navarra la vecindad civil de la Sra. Remedios”.

Además de las consideraciones relativas a la valoración de la actividad probatoria desenvuelta por iniciativa de la parte actora, con concreción específica en la documental y testifical a que antes nos hemos referido, la prueba documental articulada por la parte demandada, nos permite ratificar con la precisa seguridad jurídica, la anterior determinación.[...]

Ciertamente, al tiempo del expresado otorgamiento D^a Remedios, no ostentaba la condición civil foral de Navarra, pues como hemos dicho la adquirió por residencia continuada en esta Comunidad Foral durante 10 años sin declaración en contrario ante el encargo del Registro Civil o de otro modo provisto de fehaciencia y autenticidad en el año 1991. Pero nada podemos objetar, en cuanto al mantenimiento de la expresada voluntad testamentaria hasta su fallecimiento.

Tal y como expresó el notario D. Alberto y así lo ha concretado en su testimonio antes reseñado el notario sucesor en la notaría del Sr. Alberto, en lo muy diversos otorgamientos que se verificaron en la oficina notarial, con posterioridad al testamento de 1 febrero 1989, y hasta su fallecimiento el 5 febrero 2007, D^a Remedios, sostuvo su condición civil foral de Navarra, expresó su residencia en los referidos otorgamientos sucesivos, en territorio de esta Comunidad Foral. Y en ningún momento, expresó su voluntad de modificar su disposición de última voluntad instrumentalizada en el testamento abierto de 1 febrero 1989.

Recordaremos que con arreglo al párrafo segundo Ley 16 del Fuero Nuevo con la entradilla “cambios de condición”, se dispone, que “...asimismo, los actos celebrados por quienes con posterioridad a su otorgamiento adquieran la condición foral deberán producir sus efectos conforme al Derecho navarro, aunque este difiera del Derecho a que se sometió su celebración”.

El expresado precepto, se ha considerado por la doctrina más autorizada en el ámbito del Derecho Civil Foral de Navarra –profesor Enrique Rubio Torrano, en la obra Comentarios al Fuero Nuevo, edición 2002, pp. 50 y 51–, “...impertinente por su contenido y técnicamente deficiente en su formulación”. Pero en cualquier caso, puede constatarse que en el precepto en cuestión, se trata de dar respuesta a las situaciones a que da lugar el cambio de vecindad civil respecto de actos celebrados con anterioridad a dicho cambio, bien sea esta la vecindad civil de Navarra u otra. En concreto en él se establece la regulación en el ámbito del Derecho interregional privado del denominado “conflicto móvil”. Considerándose por la expresada doctrina singularmente autorizada que la regulación en el Fuero Nuevo es improcedente, pues tal materia está sustraída del ámbito legislativo competencial de la Comunidad Foral. Bastando con la remisión que la Ley 10 del Fuero Nuevo, efectúa el Código civil. Y en este sentido resulta aplicable el art. 16 Cc, con arreglo al cual los conflictos de leyes que pudieran surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio español se resolverán según las normas de Derecho internacional privado, contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar, con las particularidades que se establecen en dicho precepto, las cuales en las concretas circunstancias del caso no son aplicables.

Ciertamente y por razón de cuanto hemos expresado, al tiempo del otorgamiento instrumentado en el testamento abierto de 1 febrero 1989, D^a Remedios, tenía la vecindad civil foral Vizcaína. Pero al tiempo de su fallecimiento, ostentaba por las razones ya dichas, la condición civil foral de Navarra. Con arreglo al art. 9.8º Cc, al que remite el citado art. 16 Cc “la sucesión por causa de muerte se

regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualquiera que se la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentre. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la Ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última...” –el inciso final de dicho precepto del Cc, carece de virtualidad para su aplicación en este concreto caso, pues no se debate sobre los derechos sucesorios del “cónyuge superviviente”, al haber premuerto su esposo a D^a Remedios–.

En consecuencia, la regulación de la sucesión, de D^a Remedios, debe realizarse con arreglo a lo dispuesto por ella, en el testamento otorgado con fecha 1 febrero 1989, por corresponder la ordenación de las legítimas, contenidas en el mismo, a su condición civil foral de Navarra al tiempo de su fallecimiento, según hemos argumentado a lo largo de la presente resolución. [...]

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosexta, Sentencia de 29 octubre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriendos. JUR/2013/354662.

Testamento mancomunado.– Otorgado por aragoneses fuera de Aragón.– Aplicación implícita de una norma autonómica de Derecho interregional.– Validez de la cláusula de institución recíproca de heredero universal.

Normas aplicadas: Arts. 81, 102.1º (implícitamente), 104.1 108.1.a), 188, 189.1, 193.2, 196, 198 Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte; Art. 461.2º LEC.

[...]

Las pretensiones de las partes divergen sobre dos aspectos básicos: Para el demandante, la nulidad del testamento con apertura de sucesión abintestato y, para la demandada, la compatibilización de la legítima aragonesa y testamento mancomunado con institución recíproca. Detrás de ello queda la cuestión de si la institución recíproca de heredero implica, per se, el pacto al más viviente. Todo ello en el ámbito Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, aplicable al caso dada la fecha de apertura de la sucesión. Pues bien, una primera cuestión que parece clara es que no puede estimarse exista preterición porque el art. 188 define legalmente tal situación como la existente cuando, existiendo legitimarios de grado preferente no favorecidos en vida del causante o en su sucesión legal, no han sido mencionados en el testamento. En el instrumento objeto de litigio otorgado en el Hospital Clínico de esta ciudad, se observa la mención expresa de todos y cada uno de tales legitimarios que, en principio, debe estimarse suficiente conforme al art. 189.1º del mismo texto. La pretensión por tanto de llegar a la apertura de sucesión abintestato sobre la base del art. 193.2º (que además está pensado precisamente para la preterición no intencional) no se estima correcta.

Desheredación tampoco consideramos exista en esta ocasión; ni expresa ni tácita. Al contrario, a favor del apelante existe un legado que está poniendo de relieve que no se está pensando en ningún tipo de desheredación con intención de privar incluso al demandante o a cualquier otro legitimario de su cualidad de tal y de cualquier atribución sucesoria (art. 196).

Tampoco consideramos exista propiamente exclusión absoluta que requiere expresión positiva de tal circunstancia (art. 198) apartando al excluido del colectivo de legitimarios; la exclusión por su propio sentido, por los concretos efectos que produce y por lo dispuesto en el citado artículo, debe entenderse como una declaración de voluntad expresa en el acto dispositivo, distinta de la simple omisión de asignación de bienes del caudal relicto. En consecuencia tampoco consideramos quepa abrir sucesión abintestato sobre tal base.

En tales circunstancias no parece adecuado utilizar previsiones legales de ineficacia, no expresamente previstas y poco compatibles con el principio de conservación del testamento. Particularmente en la medida que el respeto a la legítima pueda resultar compatible con la eficacia del testamento que es lo que resuelve el Juzgado. Posiblemente esta conclusión no se consideraría correcta en el derecho histó-

rico aragonés pero en el régimen Ley de Sucesiones por causa de muerte es lo que se deduce, particularmente, de lo que se establece en el párrafo último del art. 81 que dispone que la recíproca institución de heredero, habiendo descendientes comunes, sigue siendo efectiva sin que se abra sucesión abintestato, sólo que transformada por ministerio Ley en la concesión de usufructo universal y vitalicio sobre los bienes del premuerto y de la facultad de distribuir la herencia. Esta solución consigue el respeto de la legítima, puesto que les atribuye a los legitimarios la totalidad de la nuda propiedad, pero manteniendo una posición sólida del instituido mancomunadamente.

Esta misma compatibilización se enuncia en el apartado primero del art. 104. Este precepto justifica la distinción conceptual entre pacto al más viviente e institución recíproca de heredero; pero si el apelante considera que en el testamento enjuiciado no hay pacto al más viviente, el efecto propio de la institución de heredero recíproca, según el citado artículo, es precisamente la de la eficacia de tal institución compatibilizada con la legítima que es precisamente lo que hace la sentencia apelada dando, a nuestro parecer, a cada uno lo que le corresponde.

Mereciendo los preceptos sobre ineficacia del testamento interpretación restrictiva y observando la compatibilización legal entre testamento mancomunado con hijos comunes y legítima, no consideramos que la expresión “contenido” del art. 108 Ley de Sucesiones aragonesa deba necesariamente llevar a la ineficacia total de la institución ni del testamento que dé paso a una sucesión abintestato.

Tampoco desde la perspectiva de interpretación del testamento concreto parece aconsejable acoger la tesis de la parte demandante pues, prescindiendo de que uno de los intervinientes en tal testamento mancomunado es precisamente la demandada, está clara la voluntad de robustecer la posición recíproca de los contrayentes mediante la atribución en plena propiedad de la totalidad de los bienes del causante lo que se adapta mal a una reconversión sucesoria en la que se reduzca su derecho al usufructo.

Se desestimará pues el recurso interpuesto por la parte demandante.[...]

La parte demandada presentó escrito de impugnación de sentencia por un primer aspecto que parece de estilo: La declaración expresa de validez de la institución, declaración que en realidad no hacía falta; bastaba con no dar lugar a la nulidad ni a la apertura de sucesión abintestato que se pedía en la demanda, con la habitual fórmula de desestimación de la demanda en este punto. Tampoco creemos que la congruencia obligue a una desestimación expresa de todos los aspectos del suplico de la demanda que no se acogieron en la parte dispositiva. Los razonamientos que llevan a desestimar estas pretensiones están explicitados en los fundamentos jurídicos y la decisión en la parte dispositiva sólo estima lo que es objeto de declaración expresa aunque, ciertamente, podría haberse formulado el fallo de manera más adecuada.

También se pretende la impugnación de sentencia en relación al pronunciamiento de fondo, más trascendente, referente al derecho de reclamación de “la legítima que le corresponda de la heredera universal D^a Celia”.

El problema que tal impugnación plantea, de entrada, es de carácter procesal: En efecto, la parte demandada intentó recurso preparando recurso de apelación directo contra la sentencia y la tramitación de dicho recurso se dio por concluida mediante auto de 19 mayo 2011 por falta de subsanación del depósito necesario para el recurso. Esta resolución no se recurrió por lo que cabe entenderla firme y así se indicó en providencia de 30 de mayo siguiente que, ante las explicaciones de la parte, indicó debía estarse a lo acordado en el auto citado.

Sin embargo al contestar al recurso de la parte demandante añadió la demandada la “impugnación de sentencia” pretendiendo recuperar así la facultad de apelar que procesalmente había perdido. El Juzgado dio trámite a tal impugnación de sentencia cuya admisibilidad se niega de contrario.

Creemos asiste razón en esto a la parte demandante: El art. 461.2º LEC contempla la situación de impugnación de sentencia “por quien inicialmente no hubiere recurrido”. Ello ha llevado a la pequeña jurisprudencia, de acuerdo a la literalidad del precepto y la exposición de motivos Ley de enjuiciamiento, a afirmar que la facultad de apelar o impugnar la sentencia es alternativa, no doble, sin que pueda utilizarse como forma para dejar inefectivas, en fraude de ley, resoluciones procesales firmes declarando desierto el recurso o terminándolo por otros motivos (...).[...]

Siendo los motivos de inadmisión también de desestimación, se desestimará la impugnación de sentencia pretendida por la parte demandada.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimonovena, Sentencia de 18 diciembre 2013.
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Regadera Sáenz. JUR/2014/89515.

Ley aplicable a la sucesión de un miembro de una unión de hecho.— Determinación del estatuto convivencial.— Aplicación de una norma autonómica de Derecho interregional.— Determinación de la vecindad civil del causante.— Pérdida de la vecindad catalana debido a la adquisición de la vecindad civil común.— Recuperación de la vecindad civil catalana por residencia continuada de diez años.

Normas aplicadas: Arts. 14 Cc ; 1.1, 1.3 y 12.1 Ley 10/2008, de 15 de julio, de uniones estables de pareja; ap. 1º de la DT 4ª Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo CCCat, relativo a la persona y la familia.

[...]

Por parte de la representación de Brígida se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada el día 30 marzo 2012 por el Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Barcelona en Juicio Ordinario nº 1599/2010.

La referida sentencia estimó la demanda presentada por Alfonso contra la apelante acordando: la declaración del actor como heredero ab intestato de Isabel, en su condición de conviviente y pareja estable al momento de su fallecimiento, y sin perjuicio de la cuota legitimaria que le corresponda en la herencia de la causante a la demandada, madre de la misma; la nulidad de la declaración de heredera de la finada Isabel a favor de la demandada Brígida efectuada por acta notarial de fecha 2 julio 2009; la declaración de nulidad de la escritura de adjudicación de herencias otorgada el día 28 julio 2009, a excepción del contenido relativo a la liquidación de gananciales y la adjudicación, derivada de la misma, por herencia de Félix a la demandada del 50% indiviso del piso de la calle... de Barcelona, y sin que la nulidad afecte a la atribución del otro 50% por adjudicación de la liquidación de gananciales; y, finalmente, la condena de la demandada a pagar al actor la cantidad de 206.028,33 €. Todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales.

La demandada apela la resolución de primera instancia por considerar que la Juez a quo ha incurrido en error en la valoración de la prueba practicada al considerar acreditado que el actor Alfonso e Isabel formaron una unión estable de pareja hasta el momento de fallecer ésta el día 21 mayo 2009. El recurrente sostiene que de una valoración correcta de la prueba resulta que dicha unión estable de pareja había finalizado en el verano de 2006, por lo que el actor no puede ser considerado heredero abintestato de Isabel tras su muerte.

Asimismo la apelante, en base al hecho de que la causante Isabel, nacida en Cataluña, había perdido la vecindad civil catalana al residir más de 13 años en la provincia de Huelva, donde se había trasladado a vivir con su familia en 1985 no regresando a Barcelona hasta el año 1998, considera que no pueden aplicársele las leyes catalanas sino a partir del año 2008 en virtud de lo dispuesto en el art. 14.5.2º Cc. Por ello y según la Llei 10/1998 de Unió de Parelles Estables, vigente en ese momento, que requería la convivencia de dos años, ese tiempo nunca transcurrió puesto que Isabel falleció en mayo de 2009. Por su parte el actor Alfonso nació en Madrid y en el año 2001 fijó su residencia en Catalunya, por lo que no se le puede aplicar la legislación catalana hasta el año 2011. En resumen, la apelante sostiene que estos dos años de convivencia deben computarse desde el momento en que uno de los convivientes obtiene la vecindad civil catalana, y no mientras se ostenta otra vecindad civil, por lo que el actor no ostenta la condición de heredero abintestato de Isabel al no resultar de aplicación lo dispuesto en el art. 441-2 del Libro Cuarto CCCat en su redacción dada por la Llei 10/2008 (vigente al fallecimiento de aquélla), que disponía para la sucesión intestada que “si el causante muere sin hijos no

otros descendientes, la herencia se defiere al cónyuge viudo o al conviviente en unión estable de pareja superviviente...”.

[...]

En cuanto a la realidad de que el actor Alfonso y la causante Isabel fueron pareja estable hasta el fallecimiento de ésta, este Tribunal no puede sino confirmar la conclusión a la que ha llegado la Juez a quo, sin que se aprecie una valoración desacertada de la prueba practicada en el juicio.

Conforme al art. 1 Llei 10/1998 de Unió de Parelles Estables, aplicable al caso de autos por ser la vigente en ese momento, sus disposiciones se aplicarán “a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en él se establece. Como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña”. Dispone el art. 2 del mismo cuerpo legal que: “La acreditación de las uniones estables no formalizadas en escritura pública (como ocurre en el presente caso) y el transcurso de los dos años de referencia se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente”.

La doctrina jurisprudencial es pacífica en considerar que la pareja de hecho susceptible de reconocimiento de efectos jurídicos es aquella cuya convivencia ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo del tiempo, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una vida comunal amplia de intereses y fines.

Los testigos que han declarado a propuesta del actor (Gabriela, Nuria, Otilia y Adriano) han declarado todos de forma clara, contundente y sin contradicciones entre ellos que Alfonso y Isabel formaban pareja, conviviendo como tal en la misma vivienda desde el año 2001 y que la pareja nunca se rompió (...).

Por el contrario las declaraciones de los testigos propuestos por la parte demandada (Emma, Mariola y Teodora) no resultan en absoluto convincentes pues si bien sostienen que Alfonso y Isabel rompieron su relación en el año 2006, tales testigos no tenían una relación tan directa y personal con la causante como los testigos propuestos por la parte actora, pues el contacto era sólo con la difunta y por vía telefónica, no conociendo una de las testigos siquiera al actor, y otra sólo lo había visto una vez años antes. No resulta lógico ni propio de una relación personal relevante que, como manifiestan estos testigos, la causante les dijera que había roto su relación con el actor Alfonso pero no les explicara los motivos de la ruptura ni que éste continuaba viviendo con ella en el mismo domicilio.

Asimismo, en el acta de notoriedad de convivencia otorgada a instancia de Alfonso por el Notario D. Ariel Sultán el día 15 enero 2010, las Sras. Enriqueta y Otilia declararon que les constaba la certeza de que Alfonso y Isabel formaban una pareja de hecho estable desde hace nueve (años), fundándose en el conocimiento que tienen de dicha relación, trato y amistad que han sostenido durante largos años con ellos (...)

Por otra parte constan en autos extractos bancarios de los que resulta que la madre del actor ingresó durante años (algunos posteriores al año 2006) en la cuenta corriente común de Alfonso e Isabel cantidades para pagar la hipoteca del piso y otros gastos. El 7 junio 2007 Alfonso y Isabel suscribieron con el Banco Santander Central Hispano un contrato de cuenta personal con opción de tarjeta de débito de titularidad indistinta (...). Y el 6 marzo 2008 Isabel suscribió un contrato de préstamo con la misma entidad bancaria siendo avalada por el actor (...).

Concurren, en consecuencia, hasta el fallecimiento de Isabel los requisitos exigidos para la existencia de una pareja de hecho antes referenciados y que son los de estabilidad, permanencia, continuidad y publicidad, pues Alfonso y Isabel residieron en el mismo domicilio hasta la muerte de ésta, compartiendo como pareja tiempo con amigos comunes y familiares, y participando en las mismas actividades económicas (ambos socios de la empresa Luana Regalos, cuentas corrientes conjuntas, préstamo de un miembro de la pareja avalado por el otro).

Además el art. 12-1 Llei 10/1998 citada, exige que cuando la extinción de la unión se produce por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja (en este caso en el año 2006 por iniciativa de Isabel según sostiene la parte demandada), tal voluntad debe ser notificada fehacientemente al otro miembro. En los autos no existe prueba fehaciente de que la causante notificara al actor la disolución unilateral de la relación estable que mantenían.[...]

En cuanto al otro motivo de apelación, la parte recurrente sostiene que los dos años de convivencia exigidos por la Llei 10/1998 para dotar de efectos jurídicos a una pareja de hecho, sólo pueden computarse desde el momento en que uno de los convivientes obtiene la vecindad civil catalana, y no mientras se ostenta otra vecindad civil, como ocurrió en el caso de autos puesto que Isabel, tras residir más de 10 años en Andalucía, no recuperó la vecindad civil catalana hasta el año 2008. La parte contraria sostiene que Isabel nunca perdió la vecindad civil catalana pues consta que estuvo empadronada en Isla Cristina sólo entre los años 1991 a 1998, esto es, sin llegar a los 10 años de residencia necesarios para perder la vecindad catalana y adquirir la vecindad civil común.

Hay que destacar que las normas sobre vecindad civil tienen naturaleza imperativa, de modo que la adquisición, pérdida y cambio de vecindad se rigen por las reglas establecidas en el Título Preliminar Cc, que no pueden ser objeto de cambio por los interesados. Sólo en aquellos casos en que la ley lo acepta, se admite la eficacia de las declaraciones de voluntad, como ocurre en los diferentes supuestos de opción (arts. 14.3,4, 14.4 y 15.1 Cc) y en las declaraciones de adquirir la vecindad del lugar de residencia (art.14.5,1) y de conservar la vecindad originaria (art.14.5,2 Cc), siempre en las condiciones y la forma establecida legalmente en las disposiciones citadas. Conforme dispone el art. 14.5º Cc: “La vecindad civil se adquiere: 1º. Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésa su voluntad. 2º. Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no precisan ser reiteradas”.

Por su parte, el art. 14,6º Cc añade: “En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”.

La STS 588/2009, de 14 septiembre 2009 declara que: “debe tenerse en cuenta que el elemento determinante para la adquisición de la vecindad civil es el de la residencia, identificándose el lugar de “residencia habitual” con el de domicilio civil, según el art. 40 Cc, siendo independiente de la vecindad administrativa o de la inscripción en el padrón municipal...”.[...]

Como expone la Juez a quo en la sentencia recurrida, ha quedado acreditado que la causante residió más de 10 años en Isla Cristina, por lo que, al no hacer declaración en contrario, adquirió la vecindad civil común. Posteriormente, al regresar a Barcelona en el año 1998, recuperó de nuevo la vecindad civil catalana en el año 2008.

Si bien resulta de la certificación del Padrón municipal de Ayamonte (al que pertenecía el término municipal de Isla Cristina) que la causante Isabel estuvo inscrita en el mismo desde el 1 marzo 1991 al 21 octubre 1998 (...), esto es 7 años y medio, lo cierto es que consta documentalmente en autos que residía en tal población con anterioridad. Así resulta de: su carnet del Colegio Mayor Universitario de Santa María de la Rábida del primer curso de la diplomatura de magisterio de fecha 1 octubre 1987 (...); del carnet de la misma escuela Universitaria del segundo curso del mes de octubre 1988 (...); y de su expediente personal como Policía Municipal de Isla Cristina en el que consta que ingresó en la misma en mayo de 1988... [...].

Por ello queda acreditado que Isabel residió en la provincia de Huelva al menos desde el año 1987 y hasta el año 1998. El padrón municipal no acredita por sí solo la fecha de inicio del cómputo cuando existen otras pruebas de una efectiva vivencia y habitualidad, con raíces familiares y económicas como en el caso de autos. En consecuencia resulta que Isabel adquirió por el transcurso de 10 años sin declaración en contra la vecindad civil común.

No se discute por las partes que Isabel regresó a Barcelona en el año 1998, por lo que en el año 2008 recuperó la vecindad civil catalana una vez transcurridos 10 años sin declaración en contra.

Sentado lo anterior resulta que cuando falleció Isabel el día 21 mayo 2009 sólo hacía 1 año que había recuperado la vecindad civil catalana. Sin embargo ello no impide a juicio de este Tribunal que pueda computarse la convivencia anterior de Alfonso y Isabel en la ciudad de Barcelona (desde el año 2001 de forma ininterrumpida) para aplicar la legislación catalana a los efectos pretendidos en este pleito. Como bien fundamenta la Juez a quo, una vez recuperada la vecindad civil catalana por Isabel, resulta de aplicación la legislación autonómica, en este caso la Llei 10/1998, y su aplicación se extiende al supuesto de hecho que establece, en este caso al cómputo de la convivencia durante dos años aunque sea anterior a la adquisición de la vecindad civil.

Un supuesto en que la propia norma computa el plazo de convivencia desde un momento anterior al cumplimiento de los requisitos de una unión estable de pareja es el previsto en el art. 1-3 de la misma Llei, cuando dispone que: “En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de dos años”.

Asimismo la DT 4ª Llei 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo CCCat, relativo a la persona y la familia, dispone en su primer apartado que: “El tiempo de convivencia, entre personas del mismo o de diferente sexo, transcurrido antes de la entrada en vigor de la presente ley, debe tenerse en cuenta a los efectos del cómputo de los dos años fijados por el art. 234-1.ª Cc (precepto que dispone: “Dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos: a) Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos. b) Si durante la convivencia, tienen un hijo común. c) Si formalizan la relación en escritura pública”).

En definitiva, el tiempo de convivencia debe contarse con independencia de que ese tiempo no supere los dos años una vez adquirida la vecindad civil catalana. Lo importante es el tiempo de convivencia y el poseer la vecindad civil catalana, elementos que concurren ambos en el caso.[...]

PENSIONES DE VIUDEDAD, PAREJAS DE HECHO Y CONFLICTOS DE LEYES INTERNOS

Miguel GARDEÑES SANTIAGO *

1. Mediante la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, el legislador abrió la puerta a la posibilidad de que las uniones no matrimoniales pudieran beneficiarse de la pensión de viudedad. Este reconocimiento se articuló mediante dos vías: por un lado, el nuevo art. 174.3º Ley General de la Seguridad Social (LGSS) estableció el régimen normativo y condiciones aplicables para que el supérstite de una pareja de hecho pudiera obtener la pensión (sobre régimen y su interpretación jurisprudencial, C. Gala Durán, “Pensión de viudedad, situaciones de crisis matrimonial y parejas de hecho”, *Revista de Derecho Social*, nº 63, julio de 2013, pp. 24-36) y, por otro, la DA 3ª de la citada Ley de 2007 estableció una norma de carácter transitorio para cuando el hecho causante se hubiera producido antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, concediendo al superviviente, en este último caso, un plazo improrrogable de doce meses para solicitar la pensión, siempre que se cumplieran determinadas condiciones. En este comentario dejaremos de lado dicho régimen transitorio, y nos centraremos en la regulación general establecida en el art. 174.3º LGSS, disposición que ha dado lugar a una abundantísima jurisprudencia, por las dificultades de interpretación de la propia noción de pareja de hecho y de las condiciones requeridas para su prueba, a efectos de ver reconocido el derecho a pensión. La STSJ Canarias (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 29 enero 2013 es, pues, una más de la larga serie de resoluciones emanadas de nuestros Tribunales en la materia. Es más, se limita a confirmar e incluso reiterar *ad pedem litterae* la doctrina ya sentada por el TSJ canario en su precedente sentencia de 628/2010, de 28 de junio (AS 2010, 2553). Por ello, el interés de la resolución ahora comentada podría parecer limitado. Sin embargo, el tema ha adquirido un renovado interés por la reciente jurisprudencia constitucional, y muy especialmente por la STC 40/2014, de

* Profesor titular de DIPr. Universitat Autònoma de Barcelona.

11 marzo 2014, que da respuesta a las dudas acerca de la constitucionalidad del párrafo 5º del art. 174.3 LGSS, dudas que se habían planteado frecuentemente los Tribunales, y entre ellos el TSJ canario.

2. La resolución del TSJ de 29 enero 2013 confirma la denegación de la pensión de viudedad demandada por la mujer superviviente, y ello a pesar de que se considera probada su convivencia con el causante, el hecho de que había tenido una hija con éste y que ambos habían adquirido una casa mediante la correspondiente escritura pública. Entre otros motivos, la denegación se basa en el hecho de que, a juicio del Tribunal, no podría aplicarse la Ley canaria de 5/2003, de 6 de marzo (BOC, 19-3-2003), reguladora de las parejas de hecho, para acreditar la condición de pareja de hecho de la unión entre la solicitante y el causante, y ello porque, al no poseer Canarias un Derecho civil propio, no resultaría aplicable el párrafo quinto del art. 174.3º, sino su párrafo cuarto. En consecuencia, y a tenor de dicho párrafo 4º, la acreditación de la existencia de la unión *more uxorio* precisaría de la inscripción en alguno de los registros de parejas existentes en las Comunidades Autónomas o en los Ayuntamientos, o bien de la existencia de documento público en el que constara la constitución de la pareja. Ninguna de estas dos posibilidades se daba en el caso concreto, por lo que se considera no acreditada la existencia de una pareja de hecho. En cambio, de haberse aplicado la Ley canaria, dicha acreditación hubiera sido posible, dado que esta ley permitía demostrar la existencia de la unión “por cualquier medio de prueba admisible en Derecho” (art. 6.1º.c). Éste es un ejemplo más de que, tal como acertadamente destaca C. Gala Durán, la toma en consideración de las normas autonómicas sobre parejas de hecho normalmente resultaría más favorable al solicitante de la pensión, dado que dichas normas suelen contener una regulación más flexible por lo que se refiere a la existencia y acreditación de tales parejas (*loc. cit.*, p. 197). Al hilo de este supuesto, y aunque finalmente considere innecesario el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, el TSJ de Canarias expresa sus dudas sobre la adecuación a la Constitución del art. 174.3º LGSS, por cuanto provocaría una diferencia de trato en las condiciones para acceder al derecho a pensión, en función de la aplicabilidad o no al caso de las distintas normativas autonómicas sobre parejas de hecho. Es decir, se cuestiona claramente la constitucionalidad del párrafo 5º del precepto citado, precepto que, para la acreditación de la existencia de una pareja de hecho a los efectos del derecho a la pensión de viudedad, se aparta de la regla del párrafo 4º –que, como se ha visto exige inscripción en el registro de parejas correspondiente o constitución mediante documento público–, y remite al Derecho autonómico aplicable para la determinación de las condiciones necesarias para la existencia de la unión *more uxorio*, en los siguientes términos: “En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”. Por tanto, lo que se cuestiona es la constitucionalidad del régimen “dual” para la acreditación de la existencia de la pareja de hecho, según resulte aplicable o no algún Derecho civil autonómico, requisito que se añade al de la convivencia material estable y notoria por un tiempo mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la muerte del causante (sobre estas condiciones, R. Esteban Legarreta, “Mort i supervivència”, en R. Esteban Legarreta *et al.*, *Dret de la Seguretat Social II*, Universitat Oberta de Catalunya, 2013, pp. 19–21).

3. La STC 40/2014, de 11 de marzo, se pronuncia sobre la constitucionalidad o no del art. 174.3º LGSS, en un caso muy similar al de la sentencia aquí comentada. La duda que planteó la Sala 4ª del TS en su cuestión de inconstitucionalidad era la de si el párrafo transcrito de la LGSS suponía o no una vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), en cuanto establecía un régimen distinto al del párrafo 4ª de la misma disposición para acreditar la existencia de una pareja de hecho, por la remisión que, para dicha acreditación, efectuaba el párrafo 5º en favor de la normativa de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. Al mismo tiempo, consideraba que esta remisión al Derecho autonómico vulneraría la competencia exclusiva del Estado relativa a la legislación básica en materia de Seguridad Social (art. 149.1.17 CE).

A pesar de que *in casu* la normativa de parejas de hecho aplicable no era la de una Comunidad con Derecho civil propio, ello no impide que el TC considere pertinente la cuestión de inconstitucionalidad (F.J. 2; véase, en cambio, la opinión contraria sobre este punto en el voto particular formulado por los

Magistrados Roca Trías y Xiol Ríos, ap. 1; o la decisión del TSJ de Canarias aquí comentada, que finalmente considera innecesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por ser inaplicable al caso el párrafo 5º del art. 174.3º). El TC entiende que el párrafo 5º del art. 174.3º introduce un criterio de diferenciación entre los sobrevivientes de parejas de hecho, en función de la aplicabilidad o no de la normativa de parejas de hecho de alguna Comunidad Autónoma con Derecho civil propio y que, tratándose de determinar las condiciones para el acceso a una pensión de viudedad, dicha diferenciación no estaría justificada (FJ 4); en particular, considera que el respeto de la competencia *ex art.* 149.1.8 CE en materia de Derecho civil propio de las Comunidades en que exista no puede justificar semejante diferencia de trato, puesto que la norma enjuiciada no es propiamente una norma de Derecho civil, sino una norma de Seguridad Social que debiera establecer las condiciones para beneficiarse de la pensión “con el más exquisito respeto del principio de igualdad” (FJ 5, en especial par. 4). En consecuencia, declara inconstitucional y nulo el párrafo 5º del art. 174.3º LGSS (FJ 6).

4. A mi modo de ver, el resultado al que llega el TC se compadece mal con la competencia de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. Como ya tuve ocasión de señalar en esta misma sede (nota a la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Secc. 1ª, de 18-3-2011, *AEDIPr*, t. XI, 2011, p. 1198), el problema que plantea el art. 174.3º LGSS es, sencillamente, una cuestión previa de Derecho privado —la existencia de un estatus determinado, el de pareja de hecho— como condición para poder beneficiarse de una prestación pública cual es la pensión de viudedad. Desde luego, no es infrecuente que las normas de Derecho público o administrativo remitan a la regulación iusprivatista para resolver estas cuestiones previas, como ocurre, por ejemplo, con las normas de extranjería reguladoras de la reagrupación familiar (así, cuando el art. 17 LO 4/2000, en redacción dada por LO 2/2009, de 11 de diciembre, alude a los conceptos de “cónyuge” y de “persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal”; en cuanto al desarrollo reglamentario, *vid.* el art. 53 del Reglamento de la LO 4/2000, aprobado por RD 557/2011, de 20 de abril), o bien cuando las normas reguladoras de determinados beneficios o prestaciones complementarias en favor de los funcionarios públicos tienen en cuenta su estatuto familiar (por ejemplo, en el ámbito de la UE, Sentencia del Tribunal de la Función Pública, Sala 1ª 11 diciembre 2012, as. F-97/11, en la que se decidió sobre la pérdida de una prestación a favor de los funcionarios casados como consecuencia del divorcio del interesado). En mi opinión, esta remisión a las normas de Derecho privado que en cada caso resulten aplicables puede explicarse tanto por razones de coherencia general del ordenamiento (aunque tampoco cabe excluir que, en algún caso, un determinado *status* se reconozca sólo a ciertos efectos, excluyéndose otros) como por razones podríamos decir de “economía regulatoria”, puesto que así el legislador en el ámbito de la Seguridad Social o de la función pública se ahorra la carga de regular *ex novo*, y a los exclusivos efectos de estas ramas del ordenamiento, instituciones de cierta complejidad, como el matrimonio o las uniones *more uxorio*.

Aplicado esto al caso que aquí nos ocupa, tendríamos que, puestos a regular las condiciones de acceso a la pensión de viudedad, el legislador estatal, competente en materia de bases de las Seguridad Social (art. 149.1.17 CE) tendría dos opciones: a) regular directamente dichas condiciones, sin remisión alguna al Derecho privado; b) remitir al Derecho privado aplicable para la determinación de las nociones pertinentes relativas al estatuto personal o familiar. Si adopta esta segunda opción, es lógico que tenga en cuenta la regulación iusprivatista de quien, en cada caso, tenga competencia para ello. Es más, en principio esta opción podría parecer la más lógica, por cuanto permitiría garantizar la coherencia entre el reconocimiento de la unión a efectos civiles y su reconocimiento a efectos de la obtención de una particular prestación pública. Lo contrario supone admitir la posibilidad de que una unión no reconocida como “pareja de hecho” por el ordenamiento civil que resulte aplicable pueda ostentar tal consideración a los efectos de la normativa reguladora de las pensiones de viudedad. A decir verdad, tras la STC 40/2014, este supuesto podría darse: por ejemplo, la Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, supedita su aplicación a que la pareja se inscriba, con carácter constitutivo, en el registro de parejas de Baleares (art. 1.2). No prevé, en cambio, la constitución como pareja estable mediante documento público. Pues bien, en el caso de una pareja estable, cuyos miembros ostentaran la vecindad civil balear, que se hubiera constituido como tal mediante documento público, pero que no se hubiera inscrito en el Registro, no sería

considerada “pareja estable” por el ordenamiento civil balear, que sería de aplicación al caso. A pesar de ello, y a tenor del párrafo 4º del art. 174.3º LGSS, podría reunir la condición de “pareja de hecho” a efectos de la pensión de viudedad. A la inversa, también puede ocurrir, como señalan E. Roca Trías y J.A. Xiol Ríos en su voto particular, y en la práctica probablemente ocurrirá con mayor frecuencia, que una misma convivencia produzca efectos sucesorios o de otro tipo en virtud de la normativa autonómica que resulte aplicable, y en cambio no pueda producirlos a efectos de la pensión de viudedad (ap. 3, punto 6).

Por todo ello, entiendo que la remisión al Derecho civil autonómico, cuando sea aplicable, no sería contraria al principio de igualdad, ni precisaría de una justificación específica, por cuanto la diversidad normativa en materia de Derecho civil en España, a partir de lo previsto en el art. 149.1.8 CE, proporciona *per se* dicha justificación. No estaría de más recordar aquí lo que dijo el propio TC en su sentencia 236/2000, de 16 de octubre, en la que, en el contexto de un recurso de amparo en el que se alegaba vulneración del principio de igualdad porque, en aplicación del Derecho foral navarro, el recurrente carecía de legitimación activa para pedir que se declarara la paternidad de unos hijos no matrimoniales, legitimación que sí habría tenido de haberse aplicado el régimen previsto en el Cc, el TC declaró que la posibilidad de que los distintos Derechos civiles contengan regulaciones diferenciadas es la consecuencia del reconocimiento constitucional de la pluralidad legislativa en materia de Derecho civil en España y de la autonomía política de las Comunidades Autónomas, y que ello no contradice el principio de igualdad.

5. Sin embargo, el principal argumento de la STC 40/2014 es que es este caso no se trata de una cuestión de Derecho civil, sino de la determinación de las condiciones para acceder a una prestación pública de la Seguridad Social. La idea que latiría tras este planteamiento podría resumirse diciendo que “en las mismas situaciones, a iguales impuestos (cotización), iguales derechos”, por tomar la afortunada expresión de P. Diago Diago (“Las parejas de hecho y la pensión de viudedad: desigualdad de trato y aporía insuperable”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, p. 1209). Sin duda, este argumento merece una atención detenida. Está claro que, en virtud del art. 149.1.17 CE le corresponde al legislador estatal regular las bases del sistema de Seguridad Social, y que tal regulación debe atender a los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad proclamados por el art. 2.1º LGSS. Pues bien, de la lectura del art. 174.3º LGSS se desprende una regulación esencialmente unitaria de las condiciones para que surja el derecho a pensión (alta y cotización, determinadas condiciones en cuanto al nivel de ingresos del solicitante y requisito de convivencia estable con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años inmediatamente anterior al fallecimiento del causante). El único punto en el que la regulación no es uniforme sería el de la acreditación CE o formalización a efectos civiles de la pareja de hecho –requisito que se superpone al anterior de convivencia estable durante un mínimo de cinco años–. Para esta acreditación de una determinada condición civil, es cierto que el legislador introdujo una regulación diferenciada: por un lado, estableció unas determinadas condiciones para cuando no fueran aplicables los Derechos civiles autonómicos, lo cual resultaba obligado, dado que hasta ahora el legislador estatal no ha adoptado ley alguna sobre el régimen civil de las parejas de hecho. Por otro lado, en aquellos casos en que fuera aplicable a la pareja el ordenamiento civil de una Comunidad con Derecho civil propio, el legislador optó por tenerlo en cuenta y remitirse a dicho ordenamiento. Tratándose, como se ha visto, de una cuestión civil, no puede considerarse extravagante que el legislador haya optado por remitirse a la normativa civil que en cada caso resulte aplicable o, como se ha señalado anteriormente, que haya introducido una “cuestión previa” de Derecho privado para resolver una cuestión principal de Derecho público. E, insisto, esta cuestión previa se inserta en un contexto normativo en el que el resto de condiciones exigidas tienen carácter uniforme. A mi juicio, ello es suficiente para descartar que esta remisión sobre un aspecto concreto a la normativa autonómica suponga una vulneración de la competencia estatal para definir las “bases” en materia de Seguridad Social.

6. La remisión al Derecho autonómico que llevaba a cabo el art. 174.3º, párrafo quinto, puede analizarse también desde otra perspectiva, en la que la STC 40/2014 no se adentra y que, a mi juicio, corroboraría la conformidad con la Constitución del tan aludido –y hoy anulado– párrafo 5º. Como es bien sabido, y como la STC 93/2013, de 23 abril 2013 (comentada por A. Font i Segura en esta misma sede, “Inconstitucionalidad de la normativa autonómica que delimita el ámbito de aplicación personal del

propio Derecho”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 1100–1105) se ha encargado de recordarnos, la competencia exclusiva para dictar las normas para resolver los conflictos de leyes pertenece al Estado. Pues bien, desde esta perspectiva, *a priori* la remisión contenida en el citado párrafo ofrecía tres posibilidades de interpretación: a) la primera pasaría por entender que se trata de una referencia implícita a las normas de Derecho interregional (arts. 14 a 16 Cc), opción ésta que parece la más plausible; b) una segunda interpretación consistiría en entender que el legislador se remitiría a las normas de delimitación del ámbito de aplicabilidad de las leyes de parejas de hecho dictadas por los legisladores autonómicos, opción que hoy habría que descartar, puesto que la citada STC 93/2013 ha dicho que tales normas vulnerarían la competencia exclusiva del Estado para dictar las normas de conflicto de leyes (FJ 6); c) una tercera posibilidad sería entender el párrafo 5º del art. 174.3º como una norma de conflicto de leyes específica, que, en el ámbito regulado, remitiría directamente al Derecho civil autonómico vigente en los respectivos territorios. Esta interpretación “territorialista” cabría en la literalidad del texto (“En las comunidades autónomas con Derecho civil propio...”) y, desde el punto de vista de la competencia para regular los conflictos de leyes, nada impediría que, en un ámbito específico, el legislador estatal optara por establecer una regla de conflicto de leyes que utilizara un criterio de conexión distinto al que utilizan las normas generales de Derecho interregional para determinar el Derecho aplicable al estatuto personal. Es más, al menos implícitamente, el lenguaje de las resoluciones de los Tribunales también apuntaría en esta dirección, al referirse al Derecho civil vigente en la Comunidad en que la pareja tuvo su residencia (así, por ejemplo, la comentada STSJ Canarias de 29 enero 2013, FJ 2º, reiterando lo dicho en su precedente sentencia de 28 junio 2010, alude a la “Comunidad Autónoma de residencia”, aun cuando más tarde aluda también a la vecindad civil y al art. 14 Cc; aunque obviamente éste es un problema de legalidad ordinaria, y no de constitucionalidad, en su tratamiento del art. 174.3º LGSS la STC 40/2014 alude a la “residencia” en una Comunidad con Derecho civil propio; *ad. ex.*, FJ 4, párrs. 5 y 6). Ahora bien, tras la anulación del párrafo 5º del art. 174.3º LGSS, el debate sobre la naturaleza y alcance de la remisión que contenía ya no tiene más que un interés puramente teórico e histórico. Así las cosas, podríamos preguntarnos si el TC habrá querido adseposeer al Estado de su capacidad para dictar las normas para resolver los conflictos de leyes. Si, como recordó la STC 93/2013, el legislador autonómico tampoco puede dictarlas, entonces ¿quién puede?

7. Cabe preguntarse cuál es el resultado de la anulación del tan citado párrafo 5º del precepto analizado. Descartada la posibilidad de tener en cuenta la normativa de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio en materia de parejas de hecho, y *a fortiori* también la de las Comunidades que, sin tener Derecho civil propio, hubieran regulado las parejas de hecho (en este último caso, ya hemos visto como la comentada STSJ de Canarias obviaba su aplicación por considerar que, en el marco del art. 174.3º LGSS, dicha normativa era sencillamente inaplicable, porque el precepto se refería a las Comunidades “con Derecho civil propio”, lo cual le excusaba de tener que adentrarse en la constitucionalidad o no de tales normas autonómicas), entonces la acreditación de la existencia de la pareja de hecho se somete, en todos los casos, al régimen previsto en el párrafo 4º del art. 174.3º LGSS, a saber que la unión estable se hubiera inscrito en el registro de parejas correspondiente o que se hubiera constituido mediante documento público, en ambos casos con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante. Así las cosas, parece claro que el citado párrafo 4º no se refiere propiamente a las “parejas de hecho”, sino a las uniones formalizadas. Así lo pone claramente de relieve la comentada STSJ de Canarias, cuando destaca el uso inapropiado que hace el art. 174.3º LGSS de la expresión “pareja de hecho”, porque en realidad se estaría refiriendo a las “pareja de hecho–de Derecho” (FJ 2, por remisión a la sentencia del mismo órgano de 28 junio 2010). Esta aseveración es particularmente cierta tras la anulación del párrafo 5º por la STC 40/2014, puesto que, en virtud de la remisión a las normas autonómicas que efectuaba dicho párrafo, era posible tener en cuenta las “parejas de hecho” en sentido propio, es decir, aunque no se hubieran inscrito o formalizado, siempre que el ordenamiento autonómico aplicable retuviera un concepto de pareja de hecho propiamente “fáctico” y no “formal”. Así ocurriría en aquellos casos en que las leyes de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio permitieran la acreditación de la pareja de hecho por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. Tras la STC 40/2014, esta posibilidad desaparece, y todas las parejas de hecho, independien-

temente de que se rijan por uno u otro de los Derechos civiles españoles, quedan sometidas a las condiciones del párrafo 4º del art. 174.3º LGSS. Añádase a ello que, como ha destacado C. Gala Durán, la jurisprudencia del TS y de los TSJ ha llevado a cabo una interpretación muy restrictiva en cuanto a las posibles formas de acreditación en el marco del párrafo 4º, entendiendo que la existencia de la pareja sólo puede acreditarse mediante los dos medios que prevé y descartando otros, como por ejemplo lo establecido en disposiciones testamentarias, las escrituras de propiedad de una vivienda o la convivencia en el mismo domicilio unida a la existencia de hijos comunes (*loc. cit.*, p. 194).

8. Ahora bien, el contenido de esta regulación uniforme de las condiciones de acreditación de la pareja de hecho también ha planteado dudas de inconstitucionalidad. La Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León (sede de Valladolid) planteó una cuestión de inconstitucionalidad con respecto a la regulación del citado párrafo 4º, por entender que hacer depender el derecho a pensión del cumplimiento estricto del requisito de formalización de la pareja que prevé podría ser excesivo y vulneraría el art. 14 CE. En su Sentencia 45/2014, de 7 de abril, el TC rechaza dicho argumento. Del mismo modo que en su día reconoció que el diverso tratamiento legal entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales no vulnera el principio de igualdad, también admite que el legislador pueda prever un trato distinto para las uniones no matrimoniales formalizadas y las que no lo estén (FJ 3); es decir, entiende que el legislador puede diferenciar entre las uniones acreditadas “por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados” y las demás, y que la opción del legislador por tales mecanismos se explicaría por razones de seguridad jurídica (FJ 3, par. 4). Adicionalmente, entiende que la exigencia de constitución formal, como requisito *ad solemnitatem*, es constitucionalmente legítima, puesto que se encamina a constatar el “compromiso de convivencia” de los miembros de la pareja (FJ 3, par. 5). Por todo ello, considera que la regulación del citado párrafo 4º no vulnera el principio de igualdad.

Queda muy claro entonces que, a los efectos del art. 174.3º LGSS, el legislador retiene un concepto de pareja de hecho “formal” (o de “pareja de hecho-de Derecho”, como diría el TSJ de Canarias), un concepto por tanto paralelo al de la institución matrimonial. Es posible que esto se acomode al margen de opción del legislador. Ahora bien, cabe preguntarse si ésta es la solución más justa y adecuada. Para empezar, si el art. 174.3º LGSS se decanta por un concepto de unión inscrita o formalizada, la utilización de la expresión “pareja de hecho” sería claramente excesiva, pudiendo incluso inducir a confusión. En segundo lugar, una vez que el legislador se decide a otorgar el derecho a pensión a las uniones no matrimoniales, lo podría haber hecho con un espíritu no tan restrictivo. Como alternativa al requisito de formalización legal de la unión, podrían haberse tenido en cuenta otras situaciones en las que el carácter estable de la unión no ofreciera dudas, y que permitieran identificar una situación merecedora de protección. En concreto, el hecho de que la pareja hubiera tenido hijos comunes, como ocurría en el caso que le tocó resolver al TSJ de Canarias, creo que debiera ser un dato muy a tener en cuenta, de tal manera que, a los efectos de acreditación de la existencia de la pareja, pudiera operar como alternativa al requisito de formalización mediante inscripción o documento público. Es más, cabría plantearse si, al no tener en cuenta el nacimiento de hijos comunes en el momento de definir el concepto de pareja de hecho, el legislador habría incurrido en arbitrariedad. Según la sentencia 45/2014, la solución del párrafo 4º del art. 174.3º LGSS no vulnera el principio de igualdad, pero todavía podríamos preguntarnos si, para no incurrir en arbitrariedad (art. 9.3º CE; sobre la interpretación del principio de interdicción de la arbitrariedad, STC 181/2000, de 29 de junio, FF JJ 15 a 17), hubiera debido tener en cuenta específicamente el supuesto en que la pareja tuviera hijos, proporcionando una regulación parcialmente diferenciada en este caso, de tal manera que se dispensara al superviviente del cumplimiento de alguna otra de las condiciones del art. 174.3º LGSS. A este respecto téngase en cuenta que lo dicho en la STC 41/2013, de 14 de febrero, que anuló la condición de que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes, se produjo en un contexto normativo distinto, el de la norma de Derecho transitorio contenida en la DA 3ª Ley 40/2007, en el que tal condición operaba como condición *sine qua non* para que el supérstite pudiera reclamar la pensión. Ahora bien, de dicha sentencia podríamos extraer dos datos de interés: es cierto que el TC dijo que el hecho de haber tenido hijos comunes no constituye un “indicador inequívoco” de una convivencia *more uxorio* (FJ 7, par. 5), pero también lo es que esta circunstancia, unida al requisito material de la convivencia, sí acreditaría tal unión. El segundo dato es que el TC admite que el legislador

puede estar plenamente legitimado para considerar que, en el marco de la pensión de viudedad, merecerían mayor protección, en virtud de lo dispuesto en los arts. 39 y 41 CE, aquellas situaciones en las que el miembro de la pareja superviviente deba hacer frente a cargas familiares, cuando los hijos sean menores o discapacitados (FJ 8, par. 2). Ahora bien, según el TC el legislador podría tener en cuenta estas situaciones en el marco de la “libertad de configuración que le corresponde” (FJ 8, par. 2). Cabe preguntarse, sin embargo, si una interpretación del principio de interdicción de la arbitrariedad en la línea de lo que dijo el TC en su precitada sentencia 181/2000 no debiera llevar a la conclusión de que en tal caso no es que el legislador “pudiera” tener en cuenta tales situaciones, sino que “debiera” hacerlo.

9. Para terminar, cabe mencionar una última cuestión de interés desde la perspectiva del Derecho interterritorial, y a la que la STSJ Canarias 29 enero 2013 también hace referencia. Dicho órgano jurisdiccional pone en duda la remisión del art. 174.3º LGSS a los Registros de parejas autonómicos o municipales, por entender que la mera existencia de tales Registros municipales, y la de los autonómicos en las Comunidades sin Derecho civil propio, supondría una infracción de la competencia del Estado ex art. 149.1.8 CE. Por lo que se refiere a la constitucionalidad o no de la regulación de los Registros de parejas estables en las Comunidades sin Derecho civil propio, el TC también ha tenido ocasión de pronunciarse en tiempo reciente. Concretamente, en la Sentencia 81/2013, de 11 de abril, tuvo ocasión de examinar la regulación madrileña de las parejas de hecho y de su inscripción registral (Ley 11/2001, de 19 de diciembre, BOCM, 3–1–2002). En síntesis, anula la regulación de los pactos entre convivientes, sus efectos y su inscripción, por entender que se vulneraba la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho civil, y que Madrid no es una Comunidad con Derecho civil propio (FJ 4). Ahora bien, con respecto a la competencia exclusiva del Estado para la ordenación de los Registros públicos, entiende que sólo abarca los Registros de carácter civil o de Derecho privado, pero que no se extiende, en cambio, a los Registros administrativos, que pueden ser creados por las CC AA. Entonces, descarta la posibilidad de que la inscripción registral pueda producir efectos jurídicos en las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes, puesto que esto sería una cuestión de Derecho civil, la función del Registro se limitaría a publicitar un hecho –la existencia de la unión– para atribuirle determinada eficacia en los ámbitos de la competencia de la Comunidad Autónoma (FJ 5, par. 3). Por tanto, rechaza declarar inconstitucional el artículo Ley madrileña referido a la acreditación de las uniones mediante inscripción registral, siempre que la función del Registro se entienda en los términos expresados en la sentencia. Aquí la dificultad estaría en la interpretación que debiera hacerse de la condición de que el Registro en cuestión limite sus efectos a las materias propias de la competencia autonómica. Como pone de relieve el Magistrado M. Aragón Reyes en su voto particular (ap. 1), el art. 174.3º LGSS constituye un ejemplo de cómo la inscripción en el Registro de una Comunidad, como la madrileña, sin Derecho civil propio podrá producir efectos en un ámbito de competencia estatal, como el de la Seguridad Social. A mi juicio, esta objeción no debiera prosperar, porque no creo que resulte excesivo o injustificable que, al regular una determinada materia, el legislador estatal tenga en cuenta la previa existencia de dichos Registros administrativos en las CC AA sin Derecho civil propio, y que decida aprovechar la publicidad que ofrecen a los fines de una determinada finalidad de la normativa estatal. Es decir, no es el legislador autonómico quien dice que la inscripción en su Registro deba producir el efecto de acreditar la existencia de la pareja para que el superviviente pueda optar a pensión de viudedad, es el propio legislador estatal, cuya competencia aquí no se discute, quien lo hace.

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 29 enero 2013. Ponente: Ilma. Sra. D^a. M^a del Carmen Sánchez–Parodi Pascua. JUR\2013\1648.

Pensión de viudedad.– Parejas de hecho.– Inaplicación de las normas sobre parejas de hecho de Comunidades Autónomas sin Derecho civil propio.– Remisión al Derecho de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio para que se acredite la condición de pareja de hecho.– Principio de igualdad.– Competencia del Estado para regular las bases del régimen de la Seguridad

Social.– Competencia del Estado en materia de Derecho civil.– Competencia de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

Normas aplicadas: Art. 174.3º LGSS, en redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Anulación de su párrafo 5º por la STC 40/2014, de 11 de marzo.

[...]

Pues bien, sobre este requisito de constitución formal (y acreditación) de la pareja estable y su dual régimen, esta Sala, en su segunda Sentencia de las citadas (de 23 marzo 2010) razonó que “... Es por ello que para determinar el concepto de pareja de hecho se ha de estar a la noción que cada Comunidad Autónoma con Derecho civil propio establezca en su legislación específica. Se entiende por tales aquellas que conforme a sus Estatutos de Autonomía ostentan la competencia sobre su Derecho civil propio conforme a lo dispuesto en el art. 149 párrafo 1º ap. 8º CE Española, es decir Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña, Comunidad Valenciana e Islas Baleares, sin incluir aquellas que, sin tener Derecho Civil propio, han legislado sobre esta figura, como ha hecho la Comunidad Autónoma Canaria con la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias (cuya más que cuestionable constitucionalidad ha de ser pasada por alto por la Sala en este momento al ser inviable el planteamiento de una cuestión d inconstitucionalidad respecto de una norma que no se estima aplicable al caso de autos). Canarias por tanto no es una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio (Especial o Foral) sino que, por el contrario, está sometida a las normas del Derecho civil común y por ello, a efectos de la pensión de viudedad, a lo dispuesto en el art. 174 párrafo 3º del TRLGSS, conforme al cual la existencia de la pareja de hecho sólo podrá acreditarse mediante certificación de inscripción expedida por los Registros de parejas de hecho Autonómico o Municipal correspondiente, o mediante documento público” (...)

Sin embargo, como sugirió la Sala en la antes citada Sentencia de 23 marzo 2010 , no es posible aquí abordar el atractivo planteamiento de la cuestión de constitucionalidad (arts. 5.3º LOPJ y 2.1º.a, 29.1º.a y 35 LOTC) porque esta última Ley, en su art. 35.2º requiere para tal planteamiento que el llamado “juicio de relevancia constitucional” resulte positivo, en el sentido de que es necesario que, aplicando la Ley pretendidamente inconstitucional se llegue a un fallo de la Sentencia distinto al que si no se aplicara (o viceversa), es decir, que la inconstitucionalidad Ley conduzca a un sesgo distinto de la Sentencia judicial. Y tal juicio de relevancia es interpretado con todo rigor por la propia jurisprudencia constitucional (STC 76/90 y 141/88, entre otros), que excluye el planteamiento en abstracto de la cuestión, reservándola sólo a esos casos en los que la constitucionalidad o inconstitucionalidad tenga efectos directos para variar el signo del fallo”. [...]

**DOCTRINA DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS
Y DEL NOTARIADO**

Coordinación de
Patricia Orejudo Prieto de los Mozos

Comentarios de
Antonia Durán Ayago y Montserrat Peces Guzmán

ADOPCIÓN

INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN EXTRANJERA (COLOMBIA): CERTIFICADO DE IDONEIDAD

2013/DGRN/1.– Resolución (14ª) de 11 febrero 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 12 junio 2013, pp. 14–16.

Adopción.– Reconocimiento de adopción extranjera: adopción colombiana.– Requisito de certificado de idoneidad de la autoridad española no exigible.– Inscripción.

[...] II.– Se pretende por los interesados la inscripción de la adopción de un menor nacido en 1998 en Colombia, constituida en dicho país por sentencia dictada el 12 diciembre 2007. Los adoptantes ostentan, el marido, la nacionalidad española y la mujer la colombiana. Aunque según resulta de las certificaciones de empadronamiento incorporadas al expediente previa solicitud de esta Dirección General la residencia habitual de la pareja se halla en la ciudad de Salamanca, habiendo fijado a los efectos de la adopción su residencia en Colombia, por la entidad pública competente –la Gerencia de Asuntos Sociales de la Junta de Castilla y León se emitió informe en el sentido de que la adopción revistió carácter interno en Colombia y no se tramitó como una adopción internacional de acuerdo con el procedimiento previsto en el Convenio de La Haya, no pudiendo por lo tanto emitir un certificado de idoneidad por tratarse de un procedimiento sujeto exclusivamente a las leyes estatales de ese país. Por la Juez Encargada del Registro Civil Central se dictó auto de 8 abril 2009 denegando la inscripción de la adopción por no haber aportado el certificado de declaración de idoneidad a que estaban obligados por no hallarse incursos en ninguna de las excepciones que eximen de dicha aportación. Este auto constituye el objeto del presente recurso.

III.– Tratándose de adopción constituida en el extranjero la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su disposición adicional 2ª dispone que “para la inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero, el encargado del Registro apreciará la concurrencia de los requisitos del art. 9.5º Cc”. Este último artículo exigía, en la redacción anterior a la reforma operada por la 54/2007, de 28 de Diciembre, de Adopción Internacional –que no resulta aplicable al ser la constitución de la adopción anterior a su entrada en vigor– para el reconocimiento en España de la adopción constituida ante autoridad extranjera, en los casos en que el adoptante es español y está domiciliado en España al tiempo de la adopción, la intervención de la Entidad pública competente, requiriendo un certificado de idoneidad del adoptante o adoptantes (*cf.* Res. 24–3ª septiembre 2002) que acredite la capacidad jurídica del solicitante, siempre con arreglo a la Ley material española (art. 9,1º y 5º.I Cc). El objetivo de este requisito es el de evitar que personas no idóneas para ser adoptantes acudan a países que no controlan con rigor la idoneidad de los adoptantes e insten en tales países una adopción que, posteriormente, intentan que sea reconocida en España. En ausencia de este requisito esta DGRN entiende que se debe denegar el reconocimiento y, en consecuencia, la inscripción en el Registro civil español (Resoluciones de 16–2ª febrero 1998 y 16–3ª febrero 1998).

Esta DGRN ha sido estricta con la exigencia rigurosa de este requisito, aplicándolo incluso respecto de adopciones constituidas antes de la entrada en vigor de la LO de Protección Jurídica del Menor, pero cuya inscripción se solicitaba después de su vigencia (*vid.* Resoluciones de 25–3ª junio 1999 y 21–1ª diciembre 2001). No obstante, este rigor queda atenuado por el reconocimiento de la posibilidad de que el certificado de idoneidad se obtenga después de constituida la adopción en el extranjero, no siendo necesario que sea previo (*cf.* Res. de 25–3ª junio 1999). El problema en el presente caso radica en que el

órgano competente para la expedición – la Gerencia de Asuntos Sociales de la Junta de Castilla y León– se considera incompetente para ello al apreciar que las características de la adopción se lo impiden.

IV.– Pues bien, independientemente de que los interesados podrían haber recurrido tal negativa ante los tribunales en la vía civil (SAP Albacete 23 marzo 2004) no debe olvidarse que la regla general enunciada presenta determinadas excepciones de importancia para el asunto planteado. En primer lugar, aunque el adoptante sea español y resida habitualmente en España, no debe exigirse este “certificado de idoneidad” si se trata de una adopción que, de haberse constituido en España, no hubiera requerido tal certificado, ya que el fundamento de la exención en este caso no varía por el hecho de que la adopción tenga carácter internacional. Es el caso de las adopciones constituidas cuando el adoptante es el cónyuge del progenitor del adoptando (*vid.* Res. 12 junio 2002), supuesto en el que resulta subsumibles el presente caso en la medida en que la adopción colombiana, que surtió efectos plenamente en Colombia, determinó la filiación del menor respecto de la ciudadana colombiana, pareja registrada del ciudadano español del que trae causa la inscripción controvertida (art. 15 LRC), por lo que no resulta necesaria la aportación del certificado de idoneidad dado que la solicitud de inscripción se refiere por tanto a un menor hijo legítimo del cónyuge. Conviene recordar, a este respecto, que los interesados registraron su unión de hecho en el Registro de parejas de Castilla y León el 27 marzo 2008, con lo cual son aplicables las referencias que la ley hace a la capacidad para adoptar a un menor conforme a la Disposición Adicional 3ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Cc y de la LEC en materia de adopción.

V.– Por otra parte se ha de considerar, a la vista de la sentencia de adopción y de la documentación obrante en el expediente, la aplicabilidad de la excepción a la regla de necesidad de la declaración de idoneidad prevista por el art. 176.2 3ª Cc, pues es indiscutido que hubo un acogimiento del menor por los interesados desde que aquel tenía dos meses y que posteriormente lo adoptaron, todo lo cual resulta funcionalmente equivalente al supuesto planteado por el artículo precitado consistente en llevar el adoptando más de un año acogido legalmente bajo la figura del acogimiento preadoptivo o haber estado bajo la tutela de los adoptantes durante el mismo tiempo. Rechazar esta conclusión haría de peor condición al menor acogido y posteriormente adoptado plenamente en el extranjero que a aquel adoptado en forma simple, respecto al cual se ha considerado que benefició de un acogimiento equiparable al regulado por el ordenamiento español de acuerdo con la doctrina de la equivalencia funcional.

VI.– En fin, no por tratarse de una excepción, sino por no constituir un supuesto subsumible en el tipo legal enunciado por la norma, no se precisa certificado de idoneidad en los casos en que el adoptante no esté domiciliado en España en el tiempo de la adopción (*cf.* art. 9.5º.IV Cc) siendo así que de la diligencia para mejor proveer y de los certificados de empadronamiento subsiguientes resulta que la madre adoptiva causó baja en el padrón de Salamanca en 2006 y volvió a darse de alta en 2008, de lo que se desprende que no concurre el presupuesto de que durante los dos años inmediatamente anteriores a la adopción hubiese residido en España.

Todo ello lleva a la conclusión de la innecesariedad en el presente caso de la declaración de idoneidad a cuya expedición se negó la entidad pública competente, debiendo procederse a la inscripción solicitada.

Observaciones: En el presente caso se solicita la inscripción en el Registro Civil español de la adopción de un menor nacido en Colombia en 1998, hijo biológico del consorte de nacionalidad española y colombiana. La adopción se constituyó antes autoridades colombianas respecto de la mujer española y colombiana en 2007. La Juez encargada del Registro Civil deniega mediante Auto dicha inscripción, alegando que no quedaba acreditado que la adoptante hubiese sido declarada idónea por la Entidad Pública competente (Gerencia de Asuntos Sociales de Castilla y León), basándose en que la adoptante había estado empadronada en Salamanca hasta 2006. Dicho Organismo se declaró incompetente para la tramitación [*vid.*, E. Fernández Masía, “Las entidades públicas y la protección de menores extranjeros en España, AC, nº 19, mayo, 1998, pp. 427–451], al considerar que la adopción revestía un carácter interno y, por tanto, no debía tramitarse conforme a lo preceptuado en el Convenio de la Haya de 1993 (BOE,

1-VIII-1995). En el Auto denegatorio se analiza como en las adopciones constituidas en el extranjero por adoptantes españoles es necesario este requisito para el reconocimiento e inscripción, conforme a la legislación vigente en el momento de constitución, esto es la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (BOE, 17-I-1996), que en la Disposición Adicional 2ª preveía que para la “inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero el Encargado del Registro apreciará la concurrencia de los requisitos del art. 9.5 Cc”. Además la DF 2ª de la citada Ley por la que se modifica los párrafos 3º, 4º y 5º del art. 9.5º Cc, precisaba que para el reconocimiento se requerirá la idoneidad del adoptante si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción. Por su parte, el Derecho material español (art. 176.2º Cc) en los supuestos que resulta de aplicación (no en éste caso), establece que para la iniciación del expediente de adopción se requiere la propuesta previa de la Entidad Pública y, que los adoptantes hayan sido declarados idóneos, pero enumera cuatro supuestos en los que se excluye este requisito, entre los que destacamos dos: cuando el adoptando es hijo del consorte o, si llevaba más de un año acogido o bajo tutela del adoptante.

Pues bien, analizando el Auto objeto de recurso, en primer lugar habría que calificar el tipo de adopción constituida, por cuanto, en resumen se trata de la constitución de la adopción del hijo del consorte, ante autoridades colombianas respecto de un menor colombiano por parte de un adoptante que en el momento de la constitución tiene su residencia en Colombia. Entendemos que nos encontramos ante una adopción en la que se establece un vínculo de filiación respecto de uno de los adoptantes, puesto que el menor es hijo biológico del consorte, de carácter interno y, que una vez comprobados los requisitos de fondo y forma, debe procederse a su reconocimiento e inscripción, sin que sea preciso la exigencia de los requisitos previstos en el art. 9.5º Cc. A estos efectos, la adopción con aparentes elementos internacionales, no puede llegar a considerarse “tráfico ajeno” desde la perspectiva del objeto del Derecho Internacional Privado, puesto que la adoptante es española y se solicita el reconocimiento e inscripción en el Registro civil español, pero presenta elementos mínimamente internacionales, en la línea de lo que J.D. González Campos argumentaba en este tipo de supuestos [vid., J.D. González Campos, “Art. 9.5 Cc”, *Comentario Cc*, t. I, Madrid, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, 1991, pp. 87-90; id., *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II, 3ª ed. rev., Oviedo, 1990].

A la hora de constituir la adopción las autoridades colombianas, coincidentes con la nacionalidad del menor y la residencia habitual de adoptante, no debieron tener en cuenta, en pura lógica, lo preceptuado en el Cc español respecto de la idoneidad de la adoptante, puesto que no tenía su residencia habitual en España. Ahondando más en este planteamiento, tampoco resultaría de aplicación lo previsto en el Convenio de la Haya de 1993 (BOE, 1-VIII-1995), puesto que no se trata de un menor para el que se proyecta como medida de protección el establecimiento de una filiación adoptiva por carecer de familia en su país de origen en el sentido previsto en el Preámbulo y art. 2 del Convenio [vid., J.C. Fernández Rozas, “Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado y su aplicación judicial”, *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, (J.C. Fernández Rozas, dir.), Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp. 61-158].

Por otro lado, habría que analizar el carácter y contenido del certificado de idoneidad, cuya ausencia en este supuesto da lugar al Auto objeto de recurso. Pues bien, a través del certificado de idoneidad se trata de valorar la aptitud e idoneidad para el ejercicio de la patria potestad respecto de un menor. Si además el menor ostenta otra nacionalidad y, tiene su residencia habitual fuera de España resulta particularmente interesante valorar la motivación y aceptación por parte de los adoptantes de las diferencias étnicas, culturales y, por razón de origen de los menores, cuestión que no concurre en el supuesto analizado por una doble vía: en primer lugar, porque los elementos internacionales que presenta el caso no hacen necesario la intervención del DIPr para dar una respuesta adecuada; en segundo lugar, porque aunque hubiera resultado de aplicación el derecho material español, en el supuesto que aquí concurre (adopción del hijo del consorte) no se precisa el certificado de idoneidad.

El certificado de idoneidad se podría definir como el documento público que emite la Entidad Pública competente que habilita a los futuros adoptantes para la adopción de uno o varios menores con características específicas. La determinación de la idoneidad para la adopción, presenta cierta complejidad

dado que, se podría encuadrar en lo que se ha venido denominando “conceptos jurídicos indeterminado” cuya concreción como se ha señalado por J.M. Espinar Vicente, [cf. “La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España. Algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la DGRN”, *AC*, septiembre, 1997, p. 771; sobre la diferencia de criterios en la valoración también *vid.*, M. Aguilar Benítez de Lugo y B. Campuzano Díaz, “El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho Internacional privado español”, *BIMJ*, nº 1888, marzo 2001, pp. 825 y 826] consistiría en “no conceder la patria potestad de un menor a una persona que presumiblemente va a ser privado de su ejercicio en atención a sus hábitos de vida, carácter, falta de medios culturales o económicos u otras razones”. El objetivo fundamental es permitir que las autoridades competentes controles los procesos adoptivos para evitar fraudes y prevenir el tráfico internacional de menores con fines adoptivos o de otro tipo [*vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, “El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas), *AC*, nº 12, octubre 1998, pp. 13–26 y, *vid.* también S. Álvarez González, “La adopción internacional”, *La protección jurídica del menor*, Universidad de Salamanca, 1997, pp. 105–121]. Este requisito se recoge por primera vez en la LO 1/1996 con carácter general para todo tipo de adopciones, dado que anteriormente no se requería en la constitución de las adopciones internas, aunque obviamente en la práctica se valoraba la aptitud de los padres en los procesos selectivos. La idoneidad debía ser apreciada por la Entidad Pública, si es ésta la que formula la propuesta de adopción, o directamente por el Juez, en el otro caso. En el ámbito internacional, su exigencia aparece explícitamente en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 [*vid.*, P. Rodríguez Mateos, “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del niño de 20 noviembre 1989, *REDI*, vol. II, 1992, pp. 465–498] y en el Convenio de la Haya sobre protección de menores y adopción internacional de 1993. [Para estudios monográficos, *vid.*, P. Rodríguez Mateos, *La adopción internacional*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1998.; B.L. Carrillo Carrillo, *Adopción internacional y Convenio de la Haya de 29 mayo 1993*, Granada, Comares, 2003; M.A. Calzadilla Medina, *La adopción internacional en el derecho español*, Madrid, Dykinson, 2004; M. Guzmán Peces, *La adopción internacional de menores: Guía para adoptantes mediadores y juristas*, Madrid, La Ley, 2007].

Concluimos mostrándonos de acuerdo con la Resolución de la DGRN en trámite de recurso. No es un supuesto de adopción internacional y, por tanto no resulta de aplicación la normativa vigente en el momento de la constitución de la adopción, tanto de fuente autónoma (requisitos previstos en el art. 9.5º Cc) como de fuente convencional (Convenio de la Haya de 1993). Es un caso que presenta elementos extranjeros valorables pero no subsumible en las citadas normas.

Montserrat GUZMÁN PECES *

INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN EXTRANJERA (BRITÁNICA): CONVERSIÓN DE ADOPCIÓN GUATEMALTECA SIMPLE

2013/DGRN/2.– Resolución (15ª) de 11 febrero 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 12 junio 2013, pp. 17–18.

Adopción.– Reconocimiento de adopción extranjera.– Adopción plena británica, resultado de conversión de adopción simple guatemalteca.– Inscripción.

[...] III.– La resolución impugnada considera que las adopciones constituidas en Guatemala por las autoridades guatemaltecas no pueden tener acceso al Registro Civil español dado que se trata de adopciones simples que deben ser convertidas en plenas por los Tribunales españoles de conformidad con el art. 30.4º.a) Ley 54/2007 de 28 de diciembre, y que las órdenes judiciales británicas de adopción, por su

* Profesora contratada Doctora. Universidad de Alcalá de Henares.

parte, no resultarían directamente inscribibles en el Registro Civil español habida cuenta de que las adopciones tuvieron origen en Guatemala y los menores residían y tenían la nacionalidad de ese país en el momento de la adopción. Sin embargo, no es posible en esta instancia adherirse al razonamiento efectuado por el Encargado pues de lo que se trata en este caso es de inscribir dos adopciones constituidas en Reino Unido que convirtieron en plenas sendas adopciones previas guatemaltecas –así deben entenderse las órdenes de adopción dictadas por los Tribunales británicos–. A este respecto, el art. 28 Ley de Adopción Internacional, que es el aplicable en esta situación, prevé que “las decisiones de la autoridad pública extranjera en cuya virtud se establezca la conversión, modificación o nulidad de una adopción surtirán efectos legales en España con arreglo a las exigencias recogidas en el art. 26 de esta Ley”. Procederá por tanto la inscripción de las adopciones británicas siempre que reúnan los requisitos recogidos por este último precepto sobre la determinación de la ley aplicable, la competencia del órgano emisor y la equivalencia de efectos con las adopciones españolas –la declaración de idoneidad no resulta exigible dado que los adoptantes no eran residentes en España–, lo que obliga a la siempre difícil tarea de analizar el derecho extranjero, en este caso la ley británica, y realizar una comparación con el ordenamiento jurídico español.

IV.– Pues bien, de acuerdo con el conocimiento adquirido por este Centro Directivo de la legislación británica en materia de adopción, y en concreto de la *Adoption and Children Act 2002*, la adopción regulada en el ordenamiento jurídico británico conlleva la asimilación de los adoptados con los hijos biológicos del adoptante (sección 67.1 “*An adopted person is to be treated in law as if born as the child of the adopters or adopter*”); una vez dictada se extinguen los lazos con la familia biológica (sección 46.2, “*The making of an adoption order operates to extinguish.. (a) the parental responsibility which any person other than the adopters or adopter has for the adopted child immediately before the making of the order*”); y por último la revocación no está permitida con carácter general y deberá dictarse en todo caso por el Tribunal que ordenó la adopción (sección 55.1). Por ello, cabe concluir que las adopciones constituidas por los interesados reúnen las condiciones planteadas por el art. 26 LAI y por tanto pueden acceder al Registro Civil español. [...]

Observaciones: Se insta la inscripción en el Registro Civil español de dos adopciones constituidas en Reino Unido sobre dos menores de origen guatemalteco que previamente habían sido adoptadas de forma simple en Guatemala por una pareja formada por nacional británico y nacional española. El Encargado del Registro Civil Consular en Londres denegó la inscripción por considerar que conforme a la Ley 54/2007 de adopción internacional, las adopciones constituidas en Guatemala debían ser convertidas en plenas por el correspondiente juzgado de primera instancia español para que pudieran surtir efectos en España, indicando que las órdenes judiciales británicas de adopción no tenían aplicación directa en el sistema jurídico español por tener origen en Guatemala, siendo los menores residentes y nacionales en Guatemala en el momento de la adopción.

La DGRN no comparte el parecer del Encargado del Registro Civil Consular y estima el recurso. Entiende que el precepto aplicable es el art. 28 LAI que prevé que “las decisiones de la autoridad pública extranjera en cuya virtud se establezca la conversión, modificación o nulidad de una adopción surtirán efectos legales en España con arreglo a las exigencias recogidas en el art. 26 de esta Ley”. En consecuencia, procederá la inscripción de las adopciones británicas siempre que reúnan los requisitos de competencia, de Derecho aplicable y de equivalencia de efectos con las adopciones españolas.

En este último extremo, la DGRN considera que la *Adoption and Children Act 2002* conlleva la asimilación de los adoptados con los hijos biológicos y una vez constituida la adopción se extinguen los vínculos con la familia biológica no estando permitida con carácter general la revocación que en todo caso deberá dictarse por el tribunal que ordenó la adopción. En consecuencia, considera la DGRN que reúnen las condiciones exigidas por el art. 26 LAI para poder acceder al Registro Civil español.

Considero acertada la resolución de la DGRN al centrar la cuestión no en la adopción simple constituida en Guatemala, sino en la adopción plena llevada a cabo por las autoridades londinenses. En realidad, el reconocimiento debe hacerse sobre esta última adopción que es la que a todos los efectos une a

las menores con sus padres de adopción, una vez superados los trámites exigidos por la legislación inglesa. El apoyo legal, como señala la DGRN, debe hallarse en el art. 28 LAI, puesto que se trata de una decisión adoptada por una autoridad pública en cuya virtud se ha convertido en plena una adopción simple, por lo que, en consecuencia, son los controles exigidos por el art. 26 LAI para el reconocimiento, y no el art. 30, que regula el procedimiento para la conversión de una adopción simple en plena ante autoridad española, los que deben aplicarse.

Antonia DURÁN AYAGO *

CONSTITUCIÓN DE ADOPCIÓN CONSULAR: LEYES APLICABLES

2013/DGRN/3.– Resolución (11ª) de 13 febrero 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 12 junio 2013, pp. 8–10.

Adopción.– Constitución de adopción consular.– Diferencia de edad entre adoptante y adoptando.– Leyes aplicables.– Denegación constitución.

[...] II.– Se trata en estas actuaciones de determinar la viabilidad de la solicitud del interesado, referente a que se constituyese en su favor una adopción por el Cónsul de España en Düsseldorf sobre el hijo de su esposa, de nacionalidad presumiblemente serbia, dado que no consta ninguna otra en el expediente, y residente como el promotor en Alemania. Por resolución de 27 noviembre 2008 el Encargado del Registro Civil Consular denegó la adopción al no existir entre el adoptante y el adoptado la diferencia de edad mínima exigida en el art. 175.1º Cc. Contra dicha resolución se interpuso el presente recurso.

III.– El art. 21.1º Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, aplicable, habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el caso, para la determinación de la ley reguladora de la constitución de la adopción, prevé que en ausencia de previsión de traslado del adoptado a otro país para establecer allí su residencia habitual la adopción se regirá por la ley del país de la residencia habitual del adoptando, lo que lleva en consecuencia a la designación de la ley alemana para la regulación de la adopción, en lo que aquí interesa los arts. 1741 ss Cc alemán (*BGB*). No obstante, no hay que olvidar que dicha designación no es taxativa y que el art. 21 precitado, en los puntos 2 y 3, permite a la autoridad competente para la constitución de la adopción tomar en consideración los requisitos de capacidad del adoptando previstos en la ley nacional de este, si considera que la observancia de tales requisitos facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptado, y los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridos por la ley nacional del adoptante con idéntica finalidad, lo que permite la aplicación tanto de la ley serbia correspondiente a la nacionalidad del adoptando (constituida por los arts. 88 a 109 de la Ley de la Familia, publicada el 24 febrero 2005 en el Boletín Oficial de la República de Serbia) como de la Ley española por ser la de la nacionalidad del promotor.

IV.– Pues bien, la ley serbia establece que solamente los menores pueden ser adoptados (art. 90.1º de la Ley de la Familia) y que entre adoptante y adoptado debe haber una diferencia de no menos de 18 años (art. 99.1º). El art. 175.1º Cc, por su parte, exige expresamente una diferencia mínima de 14 años, tal y como plantea la resolución recurrida. A mayor abundamiento, dicha previsión de una diferencia mínima de edad ha sido recogida, con carácter general, en el Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 noviembre 2008, y ratificado por España mediante Instrumento de 16 julio 2010 (*BOE*, 13–VII–2011). La solución alcanzada por la resolución recurrida debe, por tanto, confirmarse en esta instancia a la vista de los datos obrantes en las actuaciones.

V.– Por lo demás, respecto a la alegación formulada en vía de recurso por el interesado referente a la posesión de estado existente respecto del adoptando, cabe recordar que en el Derecho español la posesión de estado no constituye un título de determinación de la filiación (en caso de aceptarse haría innecesaria, por otra parte, la adopción) sino una forma de prueba de esta (art. 113 Cc), prueba que en este caso no

* Profesora contratada Doctora de DIPr. Universidad de Salamanca.

es eficaz para constituir una nueva filiación adoptiva y que en todo caso resulta desmentida por la propia solicitud de adopción, que parte del *a priori* de la filiación biológica por persona distinta del solicitante.

INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN EXTRANJERA (BOLIVIANA): INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS DE LA LEY APLICADA EN LA CONSTITUCIÓN

2013/DGRN/4.– Resolución (24ª) de 18 julio 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 18 diciembre 2013, pp. 11–13.

Adopción.– Reconocimiento de adopción extranjera.– No concurrencia de requisitos dispuestos en la ley aplicada en la constitución.– Denegación de inscripción.

[...] III.– Por esta razón no pueden prosperar las alegaciones formuladas por la recurrente. Así, entre los requisitos exigidos por el art. 26 Ley 54/2007, de Adopción Internacional, para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras, consta que “la misma se haya constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó la adopción”. Constando en la documentación obrante en el expediente, de una parte, que la interesada contrajo matrimonio el 29 abril 2007 y que se divorció mediante sentencia de fecha 8 octubre 2010, sin embargo, de la documentación relativa al expediente de adopción aportado por la interesada, se extrae que adoptó como soltera, ya que aparece con ese estado civil en el informe social y económico emitido por la Defensoría de la niñez y adolescencia de Beni – Bolivia y en la sentencia de adopción del Juez de Instrucción Mixto de San Borja –Beni– Bolivia, de fecha 9 septiembre 2010, antes de producirse el divorcio de la interesada. En este sentido, según la legislación boliviana al respecto, contenida en el Código del Niño, Niña y Adolescente (Ley 2026 de 27 octubre 1999), especialmente su art. 80, si bien permite la adopción tanto por personas solteras como por las que mantienen una relación conyugal, en caso de tratarse de personas casadas, como es el supuesto de referencia, el art. 82.3º del mencionado Código, establece como requisito para la adopción la presentación del certificado de matrimonio, y sólo en el caso de ser solteras las madres, quedan exentas del cumplimiento de este requisito.

Asimismo, consta que la Encargada del Registro Civil Consular requirió personalmente a la interesada para que aportara el certificado de matrimonio requerido y en su lugar, la promotora presentó fotocopia de sentencia de divorcio de fecha 8 octubre 2010, que disolvía el matrimonio entre la promotora y D. J.–L. celebrado el 24 abril 2007, con numerosas tachaduras y espacios en blanco.

En consecuencia, dicha adopción no puede ser reconocida como válida y, por tanto, no puede acceder al Registro Civil español, dado que no se ha cumplido uno de los requisitos establecido en la ley del adoptando, como es la aportación, al iniciar la adopción, del certificado de matrimonio, habida cuenta del verdadero estado civil de la promotora en ese momento.

INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN EXTRANJERA (COLOMBIANA) DE MAYOR DE EDAD

2013/DGRN/5.– Resolución (93ª) de 8 octubre 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 5 febrero 2014, pp. 17–19.

Adopción.– Reconocimiento de adopción extranjera.– Adopción de mayor de edad.– Falta de equivalencia de efectos con la ley española.– Denegación de inscripción.

[...] IV.– La autoridad española ante la que se suscite la validez de una adopción con ocasión de cualquier otro trámite o actuación de su competencia – en este caso, inscripción de nacimiento y marginal de adopción – debe proceder a realizar el reconocimiento incidental para verificar si la adopción constituida

por la autoridad extranjera reúne o no los presupuestos y requisitos exigidos en el art. 26 LAI para acceder al Registro civil español. Dichos presupuestos son los siguientes: 1º. Que la adopción haya sido constituida por autoridad extranjera competente. 2º. Que se haya constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó la adopción. 3º. Cuando el adoptante o el adoptado sea español, la adopción constituida por autoridad extranjera debe surtir los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español y, en particular, las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes. 4º. Cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero. 5º. El documento en el que conste la adopción constituida ante autoridad extranjera deberá reunir los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción al idioma oficial español.

V.— En el caso presente, el recurrente solicitó la inscripción de nacimiento y marginal de adopción en base a la sentencia de 9 marzo 2009, dictada por el Juzgado de Familia nº 7 de Manizales que constituyó la adopción del mayor de edad, D. M.—A. Pues bien, dicha sentencia constitutiva de adopción plantea una cuestión esencial que hace imposible satisfacer la pretensión de la recurrente. Dicha cuestión deriva de la regla general vigente en nuestro ordenamiento jurídico que impide la adopción a personas mayores de edad. En efecto, a partir de la reforma operada en el Cc por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, la adopción se configura como institución de integración familiar, referida esencialmente a quienes más la necesitan, lo que conlleva que solo pueda adoptarse a menores no emancipados, salvo supuestos muy excepcionales. En armonía con esta premisa, el art. 175 Cc establece, sin confusión posible al respecto, que “únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados”. Este principio general ofrece un pequeño resquicio, en el mismo precepto, en cuanto proclama que “por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiera existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada, antes de que el adoptando hubiera cumplido los catorce años”. La mera lectura de dicho supuesto excepcional pone de manifiesto que, a través del mismo, se intenta consagrar legalmente una situación fáctica ya prolongada en el tiempo, y concurrente antes de alcanzar los catorce años el adoptando, con plena integración, a todos los efectos, salvo su amparo legal, en el entorno familiar del adoptante, o adoptantes, sin que dicha excepción pueda ser objeto de una interpretación extensiva.

Como quiera que en el caso presente la situación alegada por el recurrente tuvo su origen en la relación sentimental del Sr. B. con la madre del interesado, que de acuerdo con lo manifestado por el mismo, y sin aportar prueba alguna en este sentido, se inició aproximadamente en el año 2002, contrayendo ambos matrimonio el 21 mayo 2008, cabe destacar que en ambas fechas el promotor ya contaba en todo caso con más de 14 años de edad y, por otra parte, tampoco resulta acreditado que adoptante y adoptado residan o hayan residido en el mismo país. Por lo que, se ha de concluir que dicha adopción es bien diferente a la concebida en el derecho español, por tanto, no existe la correspondencia de efectos exigida por el art. 26 LAI para que pueda acceder al Registro Civil español. [...]

Observaciones: En el presente supuesto nos encontramos con la denegación de la inscripción de una adopción de un hijo del consorte mayor de edad constituida en Colombia en 2009. El Encargado del Registro Consular califica la adopción constituida como una adopción internacional y, aplica los preceptos previstos en la Ley 54/2007 (BOE, 29-XII-2007) y, en particular el apartado tercero del art. 26, que establece para el caso de que el adoptante sea español, la obligatoriedad de que la adopción se corresponda con lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico. Siguiendo este mandato, la Resolución fundamenta la denegación en que conforme al Derecho material español (art. 175.2º Cc), la adopción de un mayor de edad se concibe como una situación excepcional, únicamente prevista si se dan los siguientes requisitos: Primero, que inmediatamente antes de la emancipación hubiere existido una situación de

convivencia o, acogimiento no interrumpida; y, segundo, que dicha convivencia se hubiera iniciado antes de que el adoptando hubiera cumplido los catorce años de edad (carácter muy restrictivo).

Pues bien, la Resolución de la DGRN es ciertamente criticable por dos aspectos básicamente: En primer lugar, porque no es un supuesto de adopción internacional subsumible en la Ley 54/2007 de adopción internacional, que como en el Preámbulo se señala, va dirigida a las adopciones de menores extranjeros que por diversas circunstancias de índole económico y social se les procura, atendiendo al “interés superior del menor”, una protección en otro países, para lo cual es necesario que las autoridades competentes velen desde el inicio del proceso adoptivo controlando la “adoptabilidad” del menor y, la idoneidad de los adoptantes fundamentalmente. Además la propia ley en el apartado segundo del art. 1 define como adopciones internacionales aquellas en las que se establece “un vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual del adoptado o adoptantes”. En segundo lugar, a la hora de calificar este supuesto, lo verdaderamente relevante es que estamos en presencia de una adopción del hijo del consorte (relación jurídica prevista en nuestro sistema jurídico) y, no en una adopción internacional de un mayor de edad. Por tanto, en una adopción de este tipo, constituida en Colombia ante autoridades colombianas, la ley aplicable es la ley colombiana, coincidente con la nacionalidad del adoptando y, a la hora de reconocer la adopción se deberá exigir el cumplimiento básicamente de los requisitos formales de autenticidad y legalización del documento público en el que se contenga la resolución extranjera, puesto que como ha señalado unánimemente por la doctrina, este tipo de resoluciones pertenecen al ámbito de la jurisdicción voluntaria y su función básica consiste en acreditar o certificar un estado civil. Si la Resolución proviene de una autoridad extranjera “su eficacia extraterritorial se planteará o bien a nivel de forma, o bien, a nivel de ley aplicable o bien a nivel de sus efectos” (J.M. Espinar Vicente, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, UAH, 2008, pp. 311 y 312). Una vez controlados los requisitos de forma del documento extranjero y, constatando que se aplicó la ley colombiana y, que la adopción del hijo del consorte está prevista en nuestro sistema jurídico se debería haber procedido al reconocimiento e inscripción en el Registro Civil.

En síntesis, nos mostramos en total desacuerdo con la resolución de la DGRN, por tanto este tipo de adopciones no se le pueden exigir los requisitos de la Ley 54/2007 que está prevista para menores extranjeros en situación de desprotección en sus países de origen para los que se les procura como medida de protección el establecimiento de un nuevo vínculo de filiación en otros país, produciéndose la ruptura de los vínculos con la familia biológica, en el caso de que exista. El supuesto objeto de recurso, obedece a la adopción del hijo del consorte (mayor de edad) por lo que no se le pueden exigir los requisitos establecidos en el derecho material español para la adopción de mayores de edad, ni mucho menos la citada ley prevista para menores extranjeros que carecen de filiación, lo que no acontece en el caso objeto de análisis.

Montserrat GUZMÁN PECES *

INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN EXTRANJERA (NICARAGÜENSE)

2013/DGRN/6.– Resolución (9ª) de 12 diciembre 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 2 abril 2014, pp. 40–43.

Adopción.– Reconocimiento de adopción extranjera.– Ausencia de certificado de idoneidad.– Denegación de inscripción.

[...] II.– Se pretende por los interesados la inscripción de la adopción de una menor nacida en 2011 en Nicaragua, constituida en dicho país por sentencia dictada el 4 julio 2011 por el Juzgado de Distrito de familia de Jinotepe. Los adoptantes, unidos en matrimonio ostentan, el marido, la nacionalidad española y, la mujer, la doble nacionalidad española y nicaragüense. De otro lado, según resulta de las certifica-

* Profesora contratada Doctora. Universidad de Alcalá de Henares.

ciones de empadronamiento incorporadas al expediente, la residencia habitual del matrimonio se halla en V. constando como residencia de ambos adoptantes en la sentencia de adopción también la ciudad de V. Acreditado su domicilio en España, por la entidad pública competente –Consejería de Justicia y Bienestar Social de la Generalidad Valenciana– se emitió informe manifestando que no era posible formular declaración de idoneidad a posteriori de una adopción ya constituida, ya que Nicaragua no es parte del Convenio de La Haya de 29 mayo 1995 ni existe convenio bilateral con España en materia de adopción; se ha incumplido el art. 26.3º LAI que establece la necesidad de que sea declarada la idoneidad de los adoptantes, cuando sean españoles y residentes en España, previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero; y que, asimismo, no se ha cumplido con los requisitos exigidos por el art. 4.2º Ley de Adopción nicaragüense. Por el Encargado del Registro Civil de Valencia se dictó auto de 27 diciembre 2011 denegando la inscripción de la adopción por ser el adoptante español y estar domiciliado en España al tiempo de la adopción y no haber aportado el certificado de declaración de idoneidad a que estaba obligado por no hallarse incurso en ninguna de las excepciones que eximen de dicha aportación. Este auto constituye el objeto del presente recurso.

III.– Tratándose de adopción constituida en el extranjero, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su disposición adicional 2ª dispone que “para la inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero, el encargado del Registro apreciará la concurrencia de los requisitos del art. 9.5º Cc” y, según este artículo, modificado por la DF 1ª Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, redacción vigente en el caso de referencia, “la adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la LAI. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada LAI”. Pues bien, el art. 26 de la mencionada Ley, relativo a los requisitos para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales, en su ap. 3º dispone que “cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero”. En este caso, como se ha indicado anteriormente, la entidad pública competente (la de la residencia habitual de los adoptantes) no ha emitido la declaración de idoneidad de los adoptantes españoles previamente a que se constituyese la adopción.

En cuanto a la alegación que realizan los promotores en el escrito del recurso, sobre que tenían su residencia en Nicaragua en el momento de la constitución de la adopción; como señala el Encargado del Registro en el auto recurrido, se observa que en la Sentencia de adopción consta que ambos adoptantes tienen su residencia en V. y además, no se ha aportado prueba alguna en sentido contrario. Por otra parte, en cuanto al certificado de idoneidad de la Consejería de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana de fecha 30 mayo 2006 que aportan en trámite de recurso, el mismo se refiere a la tramitación de una adopción internacional en Ucrania y en él se advierte expresamente que el plazo de validez de la declaración es de dos años

IV.– Por tanto, dado que, según resulta acreditado en las actuaciones, cuando se constituyó la adopción en Nicaragua los adoptantes estaban domiciliados en España, no puede prescindirse para la inscripción de la adopción solicitada, de la declaración española de idoneidad. El certificado de idoneidad debe acreditar la capacidad jurídica del solicitante, siempre con arreglo a la Ley material española (art. 9.1º y 5º.I Cc). El objetivo y finalidad de este requisito es el de evitar que personas no idóneas para ser adoptantes acudan a países que no controlan con rigor la idoneidad de los adoptantes e insten en tales países una adopción que, posteriormente, intentan que sea reconocida en España. En ausencia de este requisito se debe denegar el reconocimiento y, en consecuencia, la inscripción en el Registro Civil español (Resoluciones de 16–2ª febrero 1998 y 16–3ª febrero 1998). En la exigencia de este requisito esta Dirección General ha sido rigurosa, aplicándolo incluso respecto de adopciones constituidas antes de la entrada en vigor de la LO de Protección Jurídica del Menor, que lo introdujo, pero cuya inscripción se solicitaba después de su vigencia (*vid.* Resoluciones de 25–3ª junio 1999 y 21–1ª diciembre 2001). [...]

Observaciones: En el presente caso se deniega la inscripción de la adopción de un menor de nacionalidad nicaragüense constituida en Nicaragua en 2011, respecto de adoptantes de nacionalidad española

el marido y de nacionalidad española y nicaragüense el otro cónyuge. La cuestión básica que se plantea, según queda acreditado en el expediente, es que los adoptantes se encuentran empadronados y tienen su residencia habitual en España (Valencia) en el momento de la constitución de la adopción. Pues bien, en este caso a diferencia de los supuestos anteriormente analizados, sí resulta de aplicación la normativa de fuente autónoma prevista para las adopciones internacionales, en concreto la Ley 54/2007 puesto que se trataría del establecimiento de un vínculo de filiación respecto de un menor extranjero por parte de adoptantes españoles con residencia habitual en España (art. 1.2º). Dicha ley establece que para que las adopciones constituidas en el extranjero tengan eficacia en España, conforme al apartado tercero del art. 26, si los adoptantes son españoles y tienen su residencia habitual en España deben ser declarados idóneos para la adopción con carácter previo a la constitución. Nada que objetar al respecto, puesto que la función primordial que cumple el certificado de idoneidad es evitar abusos, prácticas fraudulentas y delictivas en los procesos adoptivos [vid., M.V. Cuartero Rubio, “Adopción internacional y tráfico de niños”, *BIMJ*, nº 1840, marzo 1999, pp. 5–18.; vid. P. Orejudo Prieto de los Mozos, “El certificado...” *loc. cit.*, pp. 13–26]. Ahora bien, el certificado de idoneidad tal y como se concibe en la actualidad, implica que los futuros adoptantes son aptos y adecuados para la adopción de menores de un país concreto, de unas condiciones determinadas y, durante un plazo de tiempo limitado (dos años). En estas coordenadas es bastante frecuente que los certificados de idoneidad caduquen por paralizaciones de expedientes adoptivos que obedecen a causas de carácter administrativo o judicial, o, cambios legislativos, que se producen en los países de origen de los menores y, lógicamente ocasiona que los futuros adoptantes no puedan entablar otro proceso en otro país, respecto de menores para los que no han sido declarados idóneos. En concreto, esto es lo que sucede en el caso objeto de este breve análisis. La Consejería de Bienestar Social de la Comunidad Valenciana, Entidad Pública competente en base a la residencia de los adoptantes, rechaza la posibilidad de emitir un informe de idoneidad *a posteriori* a pesar de tener constancia de que los adoptantes en el año 2006 habían sido declarados idóneos respecto de un menor de nacionalidad ucraniana (certificado con una validez de dos años), y a pesar, de no constar, ningún cambio en las circunstancias personales, sociales y económicas de los adoptantes, no resultó posible emitir un certificado de idoneidad por parte del citado organismo, que facilitara el reconocimiento e inscripción en el Registro Civil de la adopción pretendida. Tampoco, el Encargado del Registro Civil, al comprobar la ausencia del preceptivo certificado de idoneidad, instó a los promotores a aportar una serie de documentos para que pudiesen acreditar la aptitud e idoneidad para el ejercicio de la patria potestad o, valorar si las circunstancias que en su día dieron lugar a la emisión del citado certificado, habían cambiado sustancialmente, de tal manera, que imposibilitaran el cumplimiento de sus funciones.

En este sentido, nos mostramos de acuerdo parcialmente con la Resolución de la DGRN en tanto en cuanto, entendemos que si los adoptantes tienen su domicilio y residencia habitual en España al tiempo de la adopción tienen que ser declarados idóneos por la entidad pública competente, la de la Comunidad Valenciana y, por tanto no se puede reconocer e inscribir una adopción al margen de los cauces establecidos en atención al “interés superior del menor” [vid. A. Borrás Rodríguez, “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, *RJC*, vol. IV, 1994, pp. 47–99 y, M. Herranz Ballesteros, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado*, Valladolid, Lex Nova, 2004]. Dicho esto, una vez que el menor se encuentra en España habrá que establecer los cauces oportunos para que en el plazo más breve de tiempo se aprecie la idoneidad de los adoptantes por parte de la entidad pública competente o, del Juez para la constitución de la adopción ante autoridad española. Este proceso se debería agilizar al máximo en atención al “interés superior del menor”, teniendo en cuenta además que, los adoptantes se encontraban tramitando una adopción internacional y, previamente habían sido declarados por la Entidad pública competente para la adopción de un menor de otra nacionalidad, aunque dicho certificado había caducado por el transcurso de dos años. Este es un aspecto bastante criticable, desde nuestro punto de vista, además no parece que se modifique sustancialmente en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia (versión del Ministerio de Justicia 28 abril 2014) que se está tramitando en la actualidad. A estos efectos el art. 10 define la idoneidad como “la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades,

consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”. Además se concreta que tanto la declaración de idoneidad como los informes psicosociales tendrán un vigencia máxima de tres años, desde la fecha de su emisión por el órgano competentes español y, de modo semejante a como se establecía en la Ley 54/2007, la declaración de idoneidad debe tener un carácter preceptivo siempre que los adoptantes tengan su residencia habitual en España. La reforma proyectada establece, como novedades destacables en este ámbito, la promoción de unos criterios de valoración más homogéneos por parte de las Entidades públicas con competencia en las diferentes Comunidades Autónomas y, que la idoneidad permita tramitar simultáneamente una adopción nacional o internacional.

Pues bien, en el caso analizado quizás se hubieran podido evitar estos problemas si hubiera existido algún tipo de actividad o diligencia por parte de la autoridad extranjera que constituyó la adopción en aras de valorar la aptitud de los adoptantes con residencia habitual en España. De hecho, el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, prevé en el art. 24, la cooperación entre la autoridad extranjera, que constituye la adopción, siempre que los adoptantes sean españoles con residencia habitual en España, y, las autoridades españolas (las del último lugar de residencia en España de los adoptantes o del Cónsul). No obstante, el Anteproyecto modifica el art. 26 Ley 54/2007 y, establece los cauces adecuados para el reconocimiento de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de que un Tratado, Convenio u otras normas de origen internacional resulten de aplicación. A estos efectos, se reconocerán las adopciones si se cumplen los siguientes requisitos: En primer lugar, que la autoridad extranjera resulte competente, para lo que se exige “vínculos razonables” (en el caso objeto de análisis se dan) o, por la aplicación de forma recíproca de las normas de competencia previstas en el art. 14 de esta Ley y, en segundo lugar, que la adopción no vulnere el orden público. El legislador entiende que se produce esta vulneración cuando la constitución de la adopción no haya respetado “el interés superior del menor” y, en particular cuando no consten los consentimientos y audiencias necesarias de padres o tutores [vid. E. Artuch Iriberrí, “La exigencia de consentimiento en las relaciones de familia en el Derecho internacional privado español”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 185–217]; cuando no hayan sido informados libremente o cuando dichos consentimientos se hayan obtenido mediante pago o compensación (premisas contenidas en el Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 –art.21– y en el Convenio de la Haya de 1993 – art. 4–). En definitiva, se podía haber seguido esta línea interpretativa por parte de la DGRN y, puesto que esta adopción, no se opone al orden público español, proceder al reconocimiento e inscripción en el Registro Civil.

Montserrat GUZMÁN PECES *

FILIACIÓN POR NATURALEZA

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN REGISTRADA EN EL EXTRANJERO

2013/DGRN/7.– Resolución (48ª) de 15 abril 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 agosto 2013, pp. 4–5.

Filiación por naturaleza.– Gestación por sustitución.– Denegación inscripción sin aportación de resolución judicial

[...] II.– Pretenden los interesados, ambos de nacionalidad española, la inscripción de nacimiento en el Registro Civil español de sus dos hijas gemelas (aunque la solicitud inicial solo se refiere a una de ellas) nacidas en C. en 2009. La inscripción de nacimiento se practicó en el registro civil local haciendo constar su filiación respecto de los promotores del expediente, nacidos, respectivamente, en 1945 (el padre) y 1944 (la madre). El encargado del Registro Civil Central, a la vista de los documentos aporta-

* Profesora contratada Doctora. Universidad de Alcalá de Henares.

dos, dictó resolución denegando la inscripción solicitada por no considerar acreditada la verdadera filiación de la menor. Esta resolución constituye el objeto del recurso.

III.— Para que un nacimiento acaecido en el extranjero pueda inscribirse en el Registro Civil español es necesario que afecte a algún ciudadano español (art. 15 LRC y 66 RRC) pudiendo prescindirse de la tramitación del expediente de inscripción fuera de plazo cuando se presente certificación del asiento extendido en un registro extranjero “siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española” (art. 23, II LRC) y siempre que el registro extranjero “sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española” (art. 85, I RRC).

IV.— La regulación de la filiación en el Cc se inspira en el principio de la veracidad biológica, de modo que la declarada no podrá ser inscrita cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal filiación no se ajusta a la realidad. En el presente caso resulta que la certificación de nacimiento extranjera aportada cuya transcripción se pretende, donde consta la doble filiación de la nacida respecto de los promotores, plantea fundadas dudas sobre la realidad del hecho inscrito y sobre su legalidad conforme a la legislación española, sin que reúna, por tanto, las condiciones exigidas por los arts. 23 LRC y 85 RRC para dar fe de la filiación de la inscrita, por lo que no puede darse por acreditada la filiación biológica respecto de los supuestos progenitores.

V.— Si, como presume el ministerio fiscal en su informe posterior al recurso, se trata en realidad de un supuesto de gestación por sustitución, tal como argumenta dicho órgano y de acuerdo con la Instrucción DGRN 5 octubre 2010, es requisito necesario para la inscripción la aportación de una resolución judicial reconocida en España y dictada por el órgano jurisdiccional extranjero competente que atribuya a los solicitantes la filiación sobre la menor haciendo constar que no se ha producido una vulneración del interés superior de la nacida y recogiendo el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante. [...]

Observaciones: Un matrimonio heterosexual español insta la inscripción en el Registro civil español de sus hijas gemelas nacidas en California, por transcripción del correspondiente certificado de nacimiento realizado en la ciudad de nacimiento. Se deniega la inscripción por existir dudas acerca de la veracidad biológica de la filiación, probablemente debido a la edad de los progenitores, ella de 65 años de edad y él de 64, al no aportar los informes médicos que se les habían requerido de seguimiento del embarazo y del parte de alumbramiento.

Recurrido el auto dictado por el Encargado del Registro Civil Central el 4 octubre 2011 denegando la inscripción solicitada, la DGRN confirma dicho auto, señalando que cuando un nacimiento que afecta a un ciudadano español tiene lugar en el extranjero puede prescindirse de la tramitación del expediente de inscripción fuera de plazo cuando se presente certificación del asiento extendido en un registro extranjero “siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española” (art. 23.II LRC) y siempre que el Registro extranjero “sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española” (art. 85.I RRC). En este caso, en juicio compartido por la DGRN, existen dudas de que la certificación extranjera aportada, donde consta el nacimiento de las menores y también su filiación, sea acorde con la realidad del hecho y con la legalidad española, por lo que no se consideran suficientes para considerarse acreditada la filiación biológica respecto de los supuestos progenitores.

Se hace mención del informe del Ministerio Fiscal en el que presume que pueda tratarse de un supuesto de gestación por sustitución, y si así fuera, aludiendo a la Instrucción DGRN 5 octubre 2010, indica que es requisito necesario para la inscripción la aportación de una resolución judicial reconocida en España y dictada por el órgano jurisdiccional extranjero competente que atribuya a los solicitantes la filiación sobre los menores haciendo constar que no se ha producido una vulneración del interés superior de los mismos y recogiendo el libre consentimiento y la renuncia de la mujer gestante.

El incremento de casos de gestación por sustitución en los últimos años, fundamentalmente registrados en California y la avanzada edad de los solicitantes de la inscripción, hizo que se rechazara la trans-

cripción de la certificación del nacimiento de las menores, por entender que no se trataba de un caso de filiación natural que, respecto de la madre, se acredita por el parto, cuestión ésta que no pudieron demostrar, y sí en cambio, de un caso de gestación por sustitución. En el momento en que la denegación se produce se aplicaba la Instrucción de 2010, si bien esta exigía el reconocimiento de la sentencia norteamericana a través de la que se hubiera producido la transferencia de la parentabilidad, por lo que se indica el camino idóneo para lograr que esta filiación acceda al Registro Civil. Como es sabido, la STS 6 febrero 2014 provocó que se paralizara la aplicación de la citada Instrucción, puesto que en esa sentencia se consideraba que el reconocimiento de la filiación habida por gestación por sustitución en el extranjero contravenía el orden público internacional español. Si bien movimientos posteriores, fundamentalmente los que se llevaron a cabo a través de la movilización de los colectivos que promueven en España el reconocimiento de la gestación por sustitución respaldados con las dos sentencias del TEDH, casos *Mennesson c. Francia* (Demanda nº 65192/11) y *Labassee c. Francia* (Demanda nº 65941/11, dictadas el 26 junio 2014, en contra de una prevista modificación de la Ley del Registro Civil presentada en el Consejo de Ministros el 13 junio 2014, cuya entrada en vigor, por otro lado, se ha pospuesto hasta julio de 2015 (DA 19ª RD Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia), en términos muy restrictivos para el reconocimiento en España de la filiación así habida en el extranjero, hizo que el Ministerio de Justicia diera marcha atrás, a lo que parece, de este restrictivo proyecto, y ordenara a todos los Consulados que permitieran la inscripción de los niños nacidos a través de gestación por sustitución en los términos que había venido exigiendo la Instrucción de 2010, a la espera de una modificación legislativa que ordene y dote de coherencia la situación de esquizofrenia jurídica que se ha vivido en los últimos años en nuestro país.

Antonia DURÁN AYAGO *

MATRIMONIO

DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO EXTRANJERO POR NO RECONOCIMIENTO DEL ESTADO

2013/DGRN/8.— Resolución (3ª) de 29 enero 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), junio de 2013, pp. 232–235.

Matrimonio.— Inscripción de matrimonio saharauí.— Autoridad de Estado no reconocido internacionalmente (Sáhara Occidental).— Denegación reconocimiento.

[...] V.— La inscripción se pretende sobre la base de una certificación de Registro extranjero. El art. 85 RRC dispone al respecto que “para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que este sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española”. La calificación por el Encargado de la certificación extranjera se extiende al examen de la competencia de la autoridad que la expide, la cual ha de actuar en el ejercicio de cargo que la habilite para tal expedición. En este caso no existe base legal suficiente porque, no establecidos los órganos del Registro Civil saharauí en virtud de disposiciones normativas integrantes de un ordenamiento jurídico estatal internacionalmente reconocido, el título aportado no reúne los requisitos que exige el artículo reglamentario transcrito para que pueda practicarse la inscripción solicitada y porque en el expediente del art. 257 del Reglamento no se ha acreditado la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos [...].

* Profesora contratada Doctora de DIPr. Universidad de Salamanca.

DENEGACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE MATRIMONIOS CONSUECUDINARIOS

2013/DGRN/9.– Resolución (3ª) de 14 mayo 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 agosto 2013, pp. 807–809.

Matrimonio.– Inscripción de matrimonio extranjero– Matrimonio consuetudinario guineano– ecuatorial.– Contrariedad con orden público español.– Denegación inscripción

[...] V.– En el caso actual, los interesados presentan un certificado de matrimonio civil consuetudinario donde se dice “que revisados detenidamente los libros y demás documentos obrantes en éste juzgado en la sección de matrimonios resulta que aparece inscrito el de D. U. y Dª J. que contrajeron matrimonio el 8 junio 2005”, este certificado fue emitido con fecha 26 mayo 2008; por otra parte no aparece, hora, lugar ni persona que autoriza el matrimonio.

Por todo ello no es susceptible de inscripción, ni tampoco de la anotación prevista en el art. 271 del Reglamento o, a través de un expediente con valor de presunción (*cf.* art. 38.2º LRC) de la regulada por los arts. 335, 339 y 340 del propio Reglamento.

VI.– Por otra parte y en relación con los matrimonios consuetudinarios, de conformidad con la información oficial facilitada por el Consulado General de España en Bata, el denominado matrimonio consuetudinario de Guinea Ecuatorial admite, con plena eficacia civil, varios matrimonios celebrados por la misma persona sin disolución del vínculo previo (poligamia); permite la unión de niñas a partir de los doce años; y acepta la falta de consentimiento de una de las partes (la mujer es entregada por su familia al marido a cambio de una dote). Sin perjuicio del sometimiento de la capacidad matrimonial al estatuto personal determinado por la nacionalidad de la persona, la aplicación de la Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español. En concreto, se rechaza la aplicación de la Ley extranjera cuando tal aplicación redundaría en vulneración de principios esenciales, básicos e irrenunciables del Derecho español. La cláusula del orden público internacional ha sido aplicada con frecuencia en nuestro Derecho, y en particular en la doctrina de esta DGRN, que ha entrado a examinar la validez de estos matrimonios considerando la Ley española como *lex fori*. Los matrimonios celebrados en cualquiera de los tres supuestos enumerados, todos ellos concurrentes en el consuetudinario ecuatoguineano, son nulos, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 46 y 73 Cc y, en consecuencia, el aducido por los interesados, aunque resultara fehacientemente acreditado, no puede tener acceso al Registro Civil español [...].

CONTROL DEL FRAUDE EN LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS ANTE AUTORIDAD EXTRANJERA

2013/DGRN/10.– DGRN, Resolución (18ª) de 14 mayo 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 16 septiembre 2013, pp. 809–810.

Matrimonio.– Celebración del matrimonio ante autoridad extranjera.– Inscripción de matrimonios extranjeros.– Control del fraude por autoridad registral española.– No procede cuando ambos contrayentes eran extranjeros en el momento de la celebración.

[...] II.– El matrimonio anterior subsistente celebrado en el extranjero de quien ha adquirido después la nacionalidad española debe inscribirse en el Registro Civil español competente, siendo la vía normal para obtener la inscripción el certificado expedido por autoridad o funcionario del país de celebración (art. 256.3º RRC).

III.– Como en este caso los dos contrayentes eran colombianos cuando se celebró el matrimonio en forma religiosa el 15 junio 1989, y cuando se inscribió en el Registro Civil colombiano, el 16 mayo

1995 y el interesado obtuvo la nacionalidad española mediante la Ley 52/2007 de 26 de diciembre por lo que su capacidad para contraer matrimonio se rige por su ley nacional (*cf.* art. 9.1º Cc) y, no habiendo dudas de que el enlace ha cumplido los requisitos de fondo y forma exigidos por la ley colombiana, la certificación de este país ha de inscribirse, siendo improcedente que se intenten aplicar las normas españolas sobre ausencia de consentimiento matrimonial, ya que no hay puntos de conexión que justifiquen tal aplicación.

2013/DGRN/11.— DGRN, Resolución (6ª) de 23 mayo 2013. BIMJ. Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 16 septiembre 2013, pp. 810–813.

Matrimonio.— Celebración del matrimonio ante autoridad extranjera.— Inscripción de matrimonios extranjeros.— Control del fraude por autoridad registral española.— Aunque ambos contrayentes eran extranjeros en el momento de la celebración, el orden público impide reconocimiento de matrimonio simulado.

[...] VI.— Ahora bien, respecto de los supuestos de matrimonio celebrados en el extranjero por dos ciudadanos de nacionalidad extranjera, y para el caso de que subsistiendo tal matrimonio uno, al menos, de los cónyuges haya adquirido después la nacionalidad española, caso en el que el Registro Civil español pasa a ser competente sobrevenidamente para su inscripción (*cf.* art. 15 LRC), la doctrina oficial de este Centro Directivo viene sosteniendo que en tales casos resulta improcedente que se intenten aplicar las normas españolas sobre ausencia de consentimiento matrimonial, ya que no hay puntos de conexión que justifiquen tal aplicación, dado que la capacidad de los contrayentes, a la fecha de la celebración del matrimonio que es el momento en que ha de ser valorada, se rige por su anterior ley personal (*cf.* art. 9.1º Cc), lo que justifica su inscripción registral. Sin embargo, siendo cierto lo anterior, también lo es que dicha doctrina requiere, y así se hace constar reiteradamente en las Resoluciones de esta Dirección General en la materia, que no existan dudas de que el enlace ha cumplido los requisitos de fondo y forma exigidos por la ley extranjera aplicable, requisitos que en principio habrán sido apreciados favorablemente por parte de las órganos registrales competentes extranjeros que primero autorizaron y después inscribieron el matrimonio.

VII.— Lo anterior no debe, sin embargo, llevar a la conclusión de que la ley extranjera que integre el estatuto personal de los contrayentes se haya de aplicar siempre y en todo caso, sino que en ejecución de la regla de excepción del orden público internacional español, deberá dejar de aplicarse la norma foránea cuando deba concluirse que tal aplicación pararía en la vulneración de principios esenciales, básicos e irrenunciables de nuestro ordenamiento jurídico. Y a este propósito no es vano recordar la doctrina de este Centro Directivo en el sentido de que el consentimiento matrimonial real y libre es cuestión que por su carácter esencial en nuestro Derecho (*cf.* art. 45 Cc) y en el Derecho internacional convencional y, en particular, el Convenio relativo al consentimiento para el matrimonio, hecho en Nueva York el 10 diciembre 1962 (*BOE*, 29-V-1969), cuyo artículo primero exige para la validez del matrimonio el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, debe ser considerada de orden público. Es por ello que no cabe inscribir un matrimonio por las autoridades del foro, cuando hay un grado de certeza suficiente de que ha sido utilizado como instrumento con el que conseguir fines impropios del mismo, en este caso, de carácter migratorio, puesto que no ha existido un consentimiento real de los contrayentes, lo que debe conducir a su rechazo como supuesto de simulación, aun cuando los interesados estén sujetos por su estatuto personal a legislaciones que admitan en sede matrimonial una suerte de consentimiento abstracto, descausalizado o desconectado de toda relación con la finalidad institucional del matrimonio (*cf.* art. 12.3º Cc), facilitando con ello que esta institución sea utilizada como instrumento de un fraude de ley a las normas rectoras de la nacionalidad o la extranjería o a otras de diversa índole.

Pero con ser esto último importante, no es lo determinante para excepcionar la aplicación de la ley extranjera, sino el hecho de que un consentimiento simulado supone una voluntad matrimonial inexistente, en la medida en que la voluntad declarada no se corresponde con la interna, produciéndose en tales casos una discordancia consciente cuyo efecto es la nulidad absoluta, ipso iure e insubsanable del ma-

rimonio celebrado (cf. art. 74 Cc), y ello cualquiera sea la *causa simulationis*, o propósito práctico pretendido *in casu*, que actúa como agente de una ilicitud civil incompatible con la protección jurídica que de la que es propia del *ius nubendi* se desprende en favor de la verdadera voluntad matrimonial.

VIII.— En el caso actual, de matrimonio entre dos ciudadanos cubanos, celebrado en Cuba, del trámite de audiencia reservada practicada a los contrayentes, resultan determinados hechos objetivos de los que cabe deducir que, efectivamente, el matrimonio celebrado no ha perseguido los fines propios de esta institución. Así los contrayentes no han aportado ninguna prueba documental que acredite la relación que sostienen desde hace años. Además existen contradicciones y discordancias en cuanto al año que se conocieron y comenzaron su relación sentimental, sobre los estudios que tienen. El Sr. R. no recuerda el nombre de los testigos de su boda y según el mismo manifiesta en la audiencia reservada, no se casaron antes porque lo decidió cuando optó por la nacionalidad española, para que ella pueda viajar a España con él, ya que tiene familia en España. Asimismo no realizaron ningún documento fotográfico del enlace. [...]

CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO ESPAÑOL: COMPETENCIA PARA LA AUTORIZACIÓN

2013/DGRN/12.— DGRN, Resolución (34ª) de 18 julio 2013. BIMJ. Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 4 diciembre 2013, pp. 717–719.

Matrimonio.— Celebración de matrimonio ante autoridad española.— Autoridad competente para la tramitación del expediente previo.— Concepto de domicilio

[...] IV.— En el caso actual se trata de la solicitud de autorización para contraer matrimonio civil en España entre una ciudadana española y un ciudadano camerunés, resultando que con fecha 25 septiembre 2008 los interesados habían iniciado un expediente con el mismo fin en el Registro Civil de Torrelavega, ya que ambos residen allí en la P–A–F. La autorización les fue denegada por la Encargada del Registro Civil de Torrelavega, mediante auto de fecha 6 febrero 2009, a la vista de las audiencias reservadas por ausencia de consentimiento matrimonial. El auto les fue comunicado a los interesados el 17 febrero 2009 y estos presentaron recurso extemporáneo, en fecha 21 abril 2009, por lo que el mismo no fue admitido por lo que el autor devino firme.

Posteriormente los interesados, con fecha 14 julio 2009, presentaron en el Registro Civil de Astillero solicitud para contraer matrimonio civil. La Encargada de este Registro deniega la autorización porque entiende que existe fraude procesal, ya que la competencia no la pueden tener dos Registros distintos; constando que tras la denegación de la autorización en el Registro Civil de Torrelavega, donde residen los interesados, la Sra. Q. se empadrona en el municipio de A. según ella misma expone en la audiencia reservada, en casa de una amiga alegando que como trabaja en G. a veces se queda a dormir en esta casa si anda mal de tiempo, mientras el interesado continúa viviendo en T.

Por informe de la Policía Local de 23 julio 2009 se deduce que el domicilio de los interesados sigue siendo el de T. y ha de tenerse en cuenta que la prueba del domicilio es como regla general libre, sin que el valor que se le reconoce al padrón municipal a tales efectos sea absoluto y que el art. 40 Cc identifica domicilio con residencia habitual, lo que implica vivir en un lugar con cierto grado de permanencia y como en este caso la prueba del padrón municipal que se aporta queda desvirtuada por otros datos e informaciones, se debe concluir que el empadronamiento en la localidad de A. se realizó con la única finalidad de obtener un fuero distinto del que realmente corresponde y así iniciar un segundo expediente matrimonial.

NOMBRE Y APELLIDOS

APELLIDOS DE LOS ESPAÑOLES Y NACIONALES DE OTRO ESTADO DE LA UE

2013/DGRN/13.– DGRN, Resolución (27ª) de 2 mayo 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 16 septiembre 2013, pp. 19–21.

Apellidos.– **Adquisición de la nacionalidad por residencia.**– **Renuncia a nacionalidad de otro Estado de la UE.**– **Imposibilidad de aplicar doctrina “García Avello”.**

[...] II.– La interesada, rumana de origen que adquirió la nacionalidad española por residencia, solicita mantener en su inscripción de nacimiento en España el único apellido que tenía atribuido según su estatuto personal anterior o bien, de no ser esto posible, que se duplique dicho apellido para atribuirse también en segundo lugar. La encargada del Registro consideró que, de acuerdo con la normativa española, corresponde consignar dos apellidos siendo el segundo el apellido de soltera de la madre, en este caso, G. Contra dicha calificación se presentó el recurso estudiado.

III.– En principio, para el extranjero con filiación determinada que adquiere la nacionalidad española, han de consignarse, según las leyes españolas, los apellidos fijados por tal filiación (primero del padre y primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera), que se sobreponen a los meramente usados de hecho (*cf.* art. 213 regla 1ª, RRC). Ahora bien, la Instrucción 23 mayo 2007 DGRN sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español establece en el apartado primero de su primera directriz que “si el interesado sólo ostentaba o usaba un apellido, éste se duplicará a fin de cumplir la exigencia legal de duplicidad de apellidos”. En este caso, según los certificados locales de nacimiento que constan en el expediente, resulta acreditado que la ley personal anterior de la interesada le atribuye un solo apellido: D.

IV.– No es aplicable, sin embargo, la sentencia del TJCE invocada por la recurrente porque esta, tal como expone la instrucción antes citada, solo se refiere a los supuestos de ciudadanos comunitarios plurinacionales, mientras que la promotora del expediente renunció a su nacionalidad anterior ante el encargado del registro en el trámite de juramento o promesa previo a la inscripción.

2013/DGRN/14.– DGRN, Resolución (22ª) de 6 mayo 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 16 septiembre 2013, pp. 21–23.

Apellidos.– **Inscripción de apellidos de doble nacional española–portuguesa.**– **Aplicación de la doctrina “García Avello” a través de solicitud de cambio de apellidos por medio de expediente.**

[...] IV.– No es admisible, como pretenden los promotores, la aplicación de una interpretación finalista del art. 194 RRC basándose en que, conforme a las normas de Portugal, debía hacerse constar como segundo apellido de la hija el último de su madre. Tal interpretación no se estima conforme con la evolución y modificaciones habidas en materia de atribución de apellidos y no puede ser estimada, pues basta pensar en la facultad que tienen los progenitores de invertir el orden de los apellidos de los hijos (art. 109 Cc) para poner en duda que el art. 194 RRC deba interpretarse actualmente en el sentido de que son los apellidos paternos los que han de transmitirse y que así ha de actuarse cuando se trate de extranjeros que adquieren la nacionalidad española o de ciudadanos con doble nacionalidad que solicitan su inscripción en el Registro Civil español.

V.– Es cierto que este criterio presenta el inconveniente de que la menor, que tiene doble nacionalidad española y portuguesa, puede verse abocada a una situación en la que sea identificada con apellidos distintos en los dos países de los que ostenta la nacionalidad. Se ha afirmado que los inconvenientes derivados de tal situación dificultan la libertad de circulación de los individuos que poseen la ciudadanía

de la Unión Europea y así, este criterio ha sido abordado en STJUE 2 octubre 2003, en el asunto *García-Avello*, en el que el tribunal falló en el sentido de estimar contraria al Derecho comunitario (arts. 17 y 18 TCE) la normativa del Estado belga que establecía que en caso de doble nacionalidad de un belga debía prevalecer, siempre, la nacionalidad belga a efectos de imposición de los apellidos (coincidente pues, en este punto, con la ley española). Sin embargo, la legislación española, cuando el interesado está inscrito en otro Registro Civil extranjero con otros apellidos, admite que este hecho, que afecta al estado civil de un español según una ley extranjera, pueda ser objeto de anotación registral conforme al art. 38.3º LRC. Esta anotación sirve para poner en relación el contenido de los registros español y extranjero y para disipar dudas en cuanto a la identidad del interesado, máxime si como resultado de la anotación se expide el certificado plurilingüe de diversidad de apellidos previsto en el Convenio nº 21 de la Comisión Internacional de Estado Civil (CIEC) hecho en La Haya en 1982. Pero, sobre todo, en el caso de los ciudadanos comunitarios, la normativa española admite la posibilidad de que el interesado promueva un expediente de cambio de apellidos de la competencia del Ministerio de Justicia que le permitirá, por esta vía, obtenerlos en la forma deseada, habida cuenta de que, llegado el caso, deben interpretarse las normas que rigen los expedientes registrales de cambio de apellidos en España (arts. 57 ss LRC) en forma tal que en ningún supuesto cabrá denegar el cambio pretendido cuando ello se oponga a la doctrina sentada por la citada sentencia del TJCE.

VI.— La libertad de elección para los ciudadanos comunitarios se ha de canalizar, por tanto, a través del expediente registral regulado por los arts. 57 ss LRC que se instruye en el registro civil del domicilio del promotor y cuya competencia resolutoria corresponde al Ministerio de Justicia y hoy, por delegación (ORDEN JUS/2225/2012, de 5 de octubre), a la DGRN. De esta manera se salvan los inconvenientes, antes apuntados, derivados de la aplicación de diferentes criterios a ciudadanos comunitarios que tienen doble nacionalidad. De hecho, esta es la interpretación oficial de la DGRN, expuesta en la Instrucción de este centro directivo de 23 mayo 2007, y que ha generado una práctica administrativa por la que, una vez acreditada la legalidad en el país de que se trate de la atribución de apellidos en la forma deseada, se viene concediendo sin dificultad alguna la autorización para la modificación de los apellidos en casos de binacionalidad (siempre que, como se ha dicho, se trate de personas con ciudadanía de la Unión Europea), habiéndose resuelto a fecha de hoy diversos expedientes de cambios de apellidos de niños que ostentan la doble nacionalidad española y portuguesa.

2013/DGRN/15.— DGRN, Resolución (50ª) de 12 junio 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 6 noviembre 2013, pp. 45–46.

Apellidos.— Inscripción de nacimiento por naturalización.— Doble nacional de Estados de la UE

[...] III.— Al extranjero con filiación determinada que adquiere la nacionalidad española se le han de consignar, en principio, en la inscripción de nacimiento en el Registro Civil español los apellidos fijados por tal filiación según las leyes españolas, que se sobreponen a los usados de hecho (art. 213, regla 1ª RRC). Dispone el art. 194 RRC que si, como en este caso, la filiación está determinada por ambas líneas primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera y, según resulta de la certificación extranjera de nacimiento aportada, el primer apellido de la interesada es M, y el segundo P.

IV.— Aun cuando la recurrente ha venido utilizando el apellido K. que manifiesta haber tomado de su cónyuge, lo cierto es que no ha presentado inscripción registral de matrimonio ni este hecho, con indicación del apellido que en adelante corresponde a la inscrita, consta en la de nacimiento. Así pues, no acreditada que fuera legalmente identificada con ese apellido según su estatuto personal anterior y, aunque lo justificara, no puede beneficiarse de la excepción contenida en el art. 199 del Reglamento, que permite al naturalizado español conservar “los apellidos” (en plural) que ostente en forma distinta de la legal, porque los que solicita no la identificaban según su estatuto personal anterior —conforme a la ley eslovaca, ostentaba un solo apellido—.

2013/DGRN/16.— DGRN, Resolución (2ª) de 27 noviembre 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 12 marzo 2014, pp. 65–67.

Apellidos de español y austriaco.— Aplicación de la jurisprudencia “García Avello”.— Determinación de conformidad con la ley alemana (lugar de residencia y nacimiento).

[...] II.— Pretenden los promotores, de nacionalidad española y austriaca, respectivamente, el cambio de los apellidos de su hija nacida en Alemania —lugar de residencia de la familia— en la inscripción de nacimiento de esta practicada en el consulado español en B. de manera que resulten J.C. tal como fue inscrita en el Registro Civil alemán. Justifican la petición en el contenido de la Instrucción de 24 febrero 2010 DGRN. No obstante, la encargada del registro consular considera que dicha instrucción no es aplicable al caso porque entró en vigor a partir de su publicación en el *BOE* el 10 marzo 2010, mientras que la hija de los promotores nació en... de 2009. [...]

IV.— La segunda de las sentencias citadas, por su parte, determinó que es contrario al derecho comunitario “que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional, denieguen el reconocimiento del apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces, y quien, al igual que sus padres, sólo posee la nacionalidad del primer Estado miembro”. En desarrollo de la doctrina sentada por dicha sentencia, la DGRN publicó la Instrucción 24 febrero 2010, cuya primera directriz establece que los españoles que nazcan fuera de España en el territorio de un Estado miembro de la UE y cuyo nacimiento se haya inscrito en el Registro Civil local del país del nacimiento con los apellidos que resulten de la aplicación de las leyes propias de este último (del que ni el nacido ni sus padres poseen la nacionalidad) podrán inscribirse con esos mismos apellidos en el registro civil consular español competente siempre que en el país de nacimiento tenga fijada su residencia habitual al menos uno de los progenitores del nacido. Es decir, que en estos supuestos ni siquiera es preciso acudir necesariamente al expediente posterior de cambio de apellidos de la competencia de la DGRN (bien que tal posibilidad queda abierta, naturalmente, para el caso de que la opción por los apellidos atribuidos en el país de nacimiento surja en un momento posterior a la inscripción en el Registro Civil español conforme a las reglas generales), siendo posible la inscripción directa en el consulado de los apellidos que ya constan en el registro del país de nacimiento y residencia.

V.— No es admisible el argumento en que se basa la encargada en el sentido de no considerar aplicable la Instrucción de 2010 alegando que su publicación es posterior al nacimiento de la menor en tanto que la solicitud de inscripción en el Registro Civil español se realizó una vez publicada la norma, por lo que, habiendo expresado ambos progenitores, antes de proceder a la inscripción, su voluntad de mantener los apellidos con los que su hija fue inscrita en Alemania y una vez acreditado el cumplimiento de los demás requisitos necesarios, debió accederse a su pretensión.

NACIONALIDAD

NACIONALIDAD ESPAÑOLA *IURE SOLI*: SUPUESTOS EN QUE NO SE PRODUCE LA ATRIBUCIÓN

2013/DGRN/17.— DGRN, Resolución (1ª) de 5 diciembre 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 2 abril 2014, pp. 79–80.

Nacionalidad.— Atribución por *iure soli* para evitar apatridia.— No corresponde a hijo de uruguayos.

[...] II.— Se discute en este recurso si puede declararse con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen de una niña nacida en España el... de de 2011, hija de padres uruguayos nacidos

en Uruguay. La petición se funda en la forma de atribución *iure soli* de la nacionalidad española establecida a favor de los nacidos en España de padres extranjeros cuando la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad (art. 17.1º.c Cc).

III.— En relación con la legislación uruguaya, según el más reciente conocimiento que este Centro Directivo ha tenido del Derecho uruguayo sobre la nacionalidad, tienen la cualidad de nacionales de la República Oriental de Uruguay los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio de la República, y tienen también dicha nacionalidad, sea cual fuere el lugar de su nacimiento, los hijos de cualquiera de las personas mencionadas anteriormente (vid. arts. 1 y 2 Ley 13.021, de 13 abril 1989). Igualmente son ciudadanos naturales de la República Oriental de Uruguay los hijos de padre o madre orientales, cualquiera haya sido el lugar de su nacimiento, por el hecho de avecindarse en el país e inscribirse en el Registro Cívico (vid. art. 74 de la Constitución uruguaya).

Por lo que, al ser los padres de la menor uruguayos nacidos en Uruguay le correspondería a la misma *iure sanguinis* la nacionalidad uruguaya de los padres, según el art. 2 Ley 13.021 antes señalada.

IV.— Consiguientemente, no se da, pues, una situación de apatridia originaria que justificaría la atribución *iure soli* de la nacionalidad española conforme al citado art. 17.1º.c) Cc, que está previendo el caso de que el nacido en España no tenga otra nacionalidad *iure sanguinis*, evitando con esta norma situaciones de apatridia originaria. [...]

2013/DGRN/18.— DGRN, Resolución (19ª) de 13 diciembre 2013. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 2 abril 2014, pp. 136–137.

Nacionalidad.— Atribución por *ius soli* para evitar apatridia.— No corresponde a hijo de argelinos.

[...] II.— Se ha intentado por este expediente que se declare con valor de simple presunción que tiene la nacionalidad española de origen el nacido en España en 2006, hijo de padres argelinos. La petición se basa en la forma de atribución *iure soli* de la nacionalidad española para los nacidos en España de padres extranjeros, si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad (cf. art. 17.1º.c Cc).

III.— La pretensión de los recurrentes podría tener su apoyo en la forma de atribución *iure soli* de la nacionalidad española establecida en el art. 17.1º.c) Cc para los nacidos en España de padres extranjeros, si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. En el presente supuesto, de la documentación aportada se observa que los padres del interesado están en poder de pasaportes argelinos y en la certificación literal de nacimiento del interesado, consta la nacionalidad argelina de sus padres.

IV.— En cuanto a la alegación realizada por los promotores en el escrito de interposición del recurso, relativa a que los mismos no ostentaban ni habían ostentado nunca la nacionalidad argelina, se observa, que a fecha de la presente resolución, no obra en el expediente documento alguno que certifique lo alegado por los padres del menor, sino todo lo contrario, ya que se aportaron los correspondientes pasaportes argelinos. Por lo tanto, no ha resultado acreditado que en el momento del nacimiento del interesado, sus progenitores no ostentaran la nacionalidad argelina, lo que supone que el art. 17.1º.c) Cc no beneficiaría al menor porque, por aplicación de la ley argelina de los padres, según resulta del conocimiento adquirido por este Centro Directivo, los hijos de un nacional argelino son de nacionalidad argelina incluso si han nacido en el extranjero.

V.— Consiguientemente, como la finalidad del art. 17.1º.c) Cc es evitar situaciones de apatridia originaria, que aquí no se producen, no es posible declarar que el nacido ostenta la nacionalidad española. [...]

**SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD
ESPAÑOLA *IURE SOLI***

2013/DGRN/19.– DGRN, Resolución (17ª) de 10 diciembre 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 2 abril 2014, pp. 81–83.

Nacionalidad.– Atribución por *ius soli* para evitar apatridia.– Corresponde a nacido en España antes de la entrada en vigor de la Constitución boliviana en 2009 de boliviano nacido en Bolivia y argentina nacida en Argentina.

[...] II.– Se discute en este recurso si puede declararse con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen de un niño nacido en España en... de 2007 hijo de padre boliviano y madre argentina. La petición se funda en la forma de atribución *iure soli* de la nacionalidad española establecida a favor de los nacidos en España de padres extranjeros cuando la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad (art. 17.1º.c Cc), lo que exige examinar dichas legislaciones, en este caso la boliviana y la argentina.

III.– No se ha planteado en el auto impugnado la cuestión de la atribución al nacido de la nacionalidad argentina, respecto a la cual debe señalarse en todo caso que, de acuerdo con la información de que dispone esta Dirección General, los hijos de argentinos nacidos en el extranjero no adquieren automáticamente la nacionalidad de sus padres, sino que para ello es preciso un acto posterior. Por ello, no queda acreditado que el menor ostente la nacionalidad argentina de la madre.

IV.– Respecto a la atribución *iure sanguinis* de la nacionalidad boliviana, verdadera causa de denegación de la solicitud y objeto de la controversia, de acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación boliviana, los hijos de bolivianos nacidos en el extranjero antes de la entrada en vigor de la nueva Constitución boliviana no recibían automáticamente por el solo hecho del nacimiento la nacionalidad boliviana, la cual sólo podía adquirirse por un acto posterior. Se dio, pues, una situación de apatridia originaria en la que se imponía la atribución de la nacionalidad española *iure soli*. No ha de importar que el menor pueda adquirir más tarde *iure sanguinis* la nacionalidad de cualquiera de sus progenitores, porque este solo hecho no puede llevar consigo la pérdida de nacionalidad atribuida *ex lege* en el momento del nacimiento. Esta conclusión se ve reforzada por la aplicación del art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto establece que el niño tendrá, desde que nace, derecho a adquirir una nacionalidad y que los estados parte velarán por la aplicación de este derecho, “sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

V.– Hay que advertir, no obstante, que la regulación contenida en la nueva Constitución boliviana afecta necesariamente al criterio acuñado por la DGRN, toda vez que la atribución de la nacionalidad boliviana queda ampliada a los nacidos en el extranjero de madre boliviana o padre boliviano. De este modo, no concurre la situación de apatridia que fundamentó, hasta la mencionada reforma, la atribución de la nacionalidad española *iure soli* a los hijos de bolivianos nacidos en España.

2013/DGRN/20.– DGRN, Resolución (16ª) de 13 diciembre 2013. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 2 abril 2014, pp. 130–132.

Nacionalidad.– Atribución por *ius soli* para evitar apatridia.– Corresponde a nacido en España antes de la entrada en vigor de la nueva Constitución boliviana hijo de boliviana y macedonio

[...] II.– Se discute en este recurso si puede declararse con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen de un niño nacido en España el... de... de 2008, hijo de padre macedonio y madre boliviana. La petición se funda en la forma de atribución *iure soli* de la nacionalidad española establecida a favor de los nacidos en España de padres extranjeros cuando la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad (art. 17.1º.c Cc). Para determinar si al menor le corresponde la

nacionalidad española es necesario, por tanto, examinar el régimen de atribución de la nacionalidad previsto por la legislación nacional de cada uno de los padres.

III.— Respecto a la ley del padre, de acuerdo con el conocimiento adquirido por esta Dirección General de la legislación macedonia —facilitada por la Embajada de España en Skopie—, según la Ley sobre la nacionalidad de la República de Macedonia, N° 10–2356/2, de 25 junio 2004, la atribución de la nacionalidad a los hijos nacidos fuera de Macedonia de un progenitor macedonio y otro extranjero no se produce automáticamente en el momento del nacimiento sino que es necesario un acto posterior, ya sea el establecimiento de la residencia en Macedonia junto con el progenitor natural de ese país, ya la declaración y registro, ya la declaración por el propio interesado después de los 18 años (art. 5). De ello se desprende que el menor interesado no obtuvo la nacionalidad boliviana en el momento del nacimiento.

IV.— En lo tocante a la madre, partiendo también de la legislación boliviana tal y como es conocida por esta Dirección General, hay que concluir que los hijos de bolivianos nacidos en el extranjero antes de la entrada en vigor de la nueva Constitución boliviana no adquirirían automáticamente por el solo hecho del nacimiento la nacionalidad boliviana, la cual sólo podía adquirirse por un acto posterior.

V.— Se trata, pues, de una situación de apatridia originaria del nacido en la cual la atribución *iure soli* de la nacionalidad española se impone. No ha de importarse que el interesado pueda adquirir más tarde *iure sanguinis* la nacionalidad macedonia o boliviana de sus progenitores, pues este hecho no puede llevar consigo por sí solo la pérdida de la nacionalidad española, atribuida ex lege y de modo definitivo en el momento del nacimiento.

VI.— Esta conclusión se ve reforzada por la aplicación del art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto establece que el niño tendrá, desde que nace, derecho a adquirir una nacionalidad y que los estados parte velarán por la aplicación de este derecho, “sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”. [...]

2013/DGRN/21.— DGRN, Resolución (18ª) de 13 diciembre 2103. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 2 abril 2014, pp. 134–135.

Nacionalidad.— Atribución por *ius soli* para evitar apatridia.— Corresponde a hijo de portugués y brasileña.

[...] II.— Se discute en este recurso si puede declararse con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen de una niña nacida en España el... de... de 2009, hija de padre portugués y madre brasileña. La petición se funda en la forma de atribución *iure soli* de la nacionalidad española establecida a favor de los nacidos en España de padres extranjeros cuando la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad (art. 17.1º.c Cc).

III.— Pues bien, de acuerdo con el conocimiento adquirido de la ley brasileña no hay duda de que esa norma beneficia al nacido en España, hijo de padres brasileños, porque los hijos de brasileños nacidos en el extranjero no adquieren automáticamente la nacionalidad de sus padres, sino que para ello es preciso un acto posterior. Respecto a la nacionalidad portuguesa, objeto de la controversia en el presente expediente, según el conocimiento adquirido de la legislación de ese país los hijos de portugueses nacidos en el extranjero precisan para la adquisición de la nacionalidad portuguesa que los representantes legales del nacido declaren en el Registro Civil local su voluntad de que el hijo sea portugués o que inscriban su nacimiento en el Registro Consular portugués que corresponda (art. 1 Ley 37/81, de 3 de octubre y art. 6 del Decreto–Ley 322/82 de 12 de agosto), sin que haya quedado acreditado que tales requisitos se hayan cumplido de acuerdo con el certificado consular aportado.

III.— Se da, pues, una situación de apatridia originaria de la nacida en la cual la atribución *iure soli* de la nacionalidad española se impone. No ha de importarse que la interesada pueda adquirir más tarde *iure sanguinis* la nacionalidad portuguesa o brasileña de sus progenitores, pues este hecho no puede llevar

consigo por sí solo la pérdida de la nacionalidad española, atribuida *ex lege* y de modo definitivo en el momento del nacimiento.

IV.— Esta conclusión se ve reforzada por la aplicación del art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto establece que el niño tendrá, desde que nace, derecho a adquirir una nacionalidad y que los estados parte velarán por la aplicación de este derecho, “sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida” [...]

SOCIEDADES

INSCRIPCIÓN DE ESCRITURA DE FUSIÓN POR ABSORCIÓN

2013/DGRN/22.— DGRN, Resolución de 3 octubre 2013. BOE, 22–XI–2013.

Inscripción de escritura de fusión por absorción.— Sociedades españolas y finlandesa.

[...] En el supuesto de hecho que ha dado lugar a este expediente la modificación del acuerdo de las sociedades involucradas en la fusión por absorción ha consistido en la exclusión, con el consentimiento de la afectada, de una de ellas. De la documentación que obra en el Registro resulta debidamente documentado, el acuerdo de modificación tanto de la sociedad absorbente como de la sociedad participada indirectamente así como el de la sociedad intermedia.

Ante esta situación no puede exigirse que se inicie, como si no hubieran existido los anteriores acuerdos de fusión de las sociedades involucradas, un procedimiento nuevo pues como vimos, nada obsta a que el consentimiento negocial sea modificado si concurre un consentimiento unánime. No estamos en definitiva ante un nuevo procedimiento de fusión sino ante el que se abrió anteriormente si bien con las modificaciones introducidas por las partes involucradas. Si de la documentación que obra en el Registro resulta el conjunto de requisitos exigidos para practicar la inscripción esta debe llevarse a cabo en los términos que resultan de la modificación practicada pues los efectos de la fusión y por tanto su plena eficacia jurídica no se produce hasta entonces. [...]

Entrando en el contenido de la nota de defectos, al no estar ante un nuevo procedimiento de fusión, no cabe solicitar un nuevo proyecto de fusión (por lo demás innecesario en el supuesto concreto, *ex art.* 42 de la Ley), ni nueva certificación del Registro Mercantil de origen de las sociedades no afectadas por la modificación. Habida cuenta de la vigencia del asiento de presentación de la documentación y de la nota marginal de cierre provisional de las sociedades definitivamente absorbidas (*art.* 231 RRM), no puede exigirse una nueva certificación confirmatoria de los datos que ya obran en poder del registrador. Tampoco habría sido posible, como solicita el recurrente en su escrito de recurso, que la certificación de inexistencia de obstáculos registrales se hiciera directamente por el registrador de destino pues no es una cuestión técnica sino competencial. Al igual que el registrador de origen no puede calificar los aspectos sustantivos del proceso de fusión (*Res.* 6 abril 2013), el registrador de destino carece de competencia para calificar la existencia o inexistencia de obstáculos registrales en aquél y para practicar la nota marginal del *art.* 231 RRM.

También considera este Centro Directivo que debe existir un pronunciamiento, pues así lo exige la pretensión del escrito de recurso, en relación a la posición de los acreedores ya que al afirmar que no ha existido oposición tras la publicación de los anuncios de fusión primeramente acordados, concluye que la documentación puede acceder a los libros registrales. Ciertamente la escritura de fusión recoge la inexistencia de oposición en relación a los acuerdos iniciales, pero como quedó explicado más arriba el derecho de oposición se fundamenta en el contenido de los acuerdos de fusión y en el conocimiento que de los mismos se proporciona a los acreedores, así como a la información complementaria que de ellos y del estado patrimonial de las sociedades afectadas pueden solicitar (*arts.* 43 y 44 Ley 3/2009). No puede pretenderse que los efectos de la publicidad de unos acuerdos determinados se proyecten,

con efectos frente a terceros, sobre otros acuerdos posteriores que no han sido publicados y que modifican aquellos. La inscripción no puede practicarse en consecuencia hasta que no se publiquen o notifiquen a los eventuales acreedores los acuerdos de fusión y su modificación y se dé debido cumplimiento a lo previsto en el art. 44 de la propia Ley como requisito ineludible de salvaguarda de sus derechos. [...]

DERECHOS REALES

ANOTACIÓN DE EMBARGO DE BIEN INMUEBLE DE CÓNYUGES EXTRANJEROS

2013/DGRN/23.– DGRN, Resolución (1ª) de 7 marzo 2013. BOE, 11-IV-2013.

Anotación de embargo de bien inmueble perteneciente a cónyuges extranjeros.– Falta de acreditación de la ley boliviana.

[...] 1. Estando inscritas en el Registro dos terceras partes indivisas de una finca a favor de los cónyuges de nacionalidad boliviana don H. A. R. P y su esposa, doña F. B. B. R., por mitad y proindiviso y ambas mitades con arreglo a la ley que rija su matrimonio, se pretende la anotación preventiva de embargo sobre un 33,33 % de la finca en procedimiento judicial seguido contra el primero. El registrador suspende la anotación del embargo por dos defectos: primero, porque, a falta de acreditación de la legislación boliviana (y en consecuencia desconocerse si, con arreglo a dicho Derecho, rige un sistema similar al de gananciales), la anotación del embargo queda supeditada al requisito de que la demanda sea dirigida contra ambos cónyuges; y, segundo, por falta de identificación del CIF de la parte demandante. El recurrente, en cuanto al primer defecto, considera que basta que la demanda se haya dirigido contra don H. A. R. P. al ser el mismo el que aparece como titular registral de la participación embargada; y, en cuanto al segundo defecto, reseña en el mismo escrito del recurso el CIF del demandante.

2. Conforme al art. 326 LH, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. No pueden por tanto tenerse en cuenta a la hora de resolver el recurso documentos no presentados para su calificación (cf. Resoluciones de 30 mayo 2003, 18 de febrero y 29 diciembre 2005 y 23 enero 2006, entre otras) ni, por tanto, la indicación del CIF de la parte demandante que se hace en el escrito de recurso, recurso que limita su objeto al primer defecto señalado en la nota de calificación, al que, en consecuencia, deberá ceñirse la presente Resolución.

3. La regla general de nuestro sistema registral, proclamada como manifestación del principio de especialidad registral, exige que esté claramente determinada la extensión de los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 51.6º RH). Esta regla está ciertamente flexibilizada para los supuestos de inscripción de bienes a favor de adquirentes casados sometidos a legislación extranjera, donde no se precisa la acreditación *a priori* del régimen económico-matrimonial, bastando que la inscripción se practique a favor del adquirente o adquirentes casados, haciéndose constar en la inscripción que se verificará con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste si constare (art. 92 RH).

Lo cierto es que *lege data* la legitimación registral no se extiende a cuál sea el régimen matrimonial aplicable en los casos de inscripciones practicadas conforme al régimen resultante del citado precepto reglamentario. Esto obliga a una acreditación *a posteriori* del Derecho extranjero y, en particular, de la capacidad de los cónyuges de nacionalidad extranjera para realizar los actos dispositivos sobre los bienes o derechos inscritos en tal forma.

4. No ha existido, sin embargo, en la legislación hipotecaria hasta la reciente reforma operada por la disposición adicional cuarta de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre (que por razón de su fecha de entrada en vigor no es aplicable al supuesto de hecho objeto del presente expediente), un régimen singular en relación con los actos de gravamen de carácter forzoso sobre los bienes o derechos inscritos a favor de extranjeros en la forma prevista por el art. 92 RH. Por ello, este Centro Directivo ha venido entendiendo tradicionalmente que para la anotación preventiva de embargo sobre los bienes o derechos inscritos en tal forma es necesario acreditar que, con arreglo al Derecho extranjero aplicable, cabe la posibilidad de que tales bienes o derechos puedan embargarse por deudas de un cónyuge con arreglo al concreto régimen económico-matrimonial extranjero aplicable. Ahora bien, se ha admitido igualmente, la posibilidad alternativa, para el caso de falta o insuficiencia de prueba del citado régimen legal extranjero, de obtener la anotación del embargo en caso de que la demanda se haya dirigido en el correspondiente procedimiento ejecutivo contra ambos cónyuges. En este sentido es doctrina reiterada de este Centro Directivo que en el caso de que no se acrediten las normas aplicables del Derecho competente, como ocurre en el caso presente, puede solucionarse el problema dirigiendo la demanda contra ambos cónyuges, supuesto en el que se podría anotar el embargo sobre la totalidad del bien, pero señalando al tiempo que no es suficiente la mera notificación o comunicación a efectos de tracto sucesivo por desconocerse si con arreglo al Derecho extranjero aplicable rige o no un sistema similar al de gananciales que permitiera la aplicación de lo dispuesto en el art. 144.1º RH. La demanda a ambos cónyuges además permite que si la anotación concluye con la venta forzosa de la finca, el juez o funcionario correspondiente podría actuar en representación de ambos titulares en caso de rebeldía (*vid.* Resoluciones esta Dirección General de 9 agosto 2006, 1 de febrero y 14 abril 2007 y 29 agosto 2008, entre otras).

5. Más recientemente ha aclarado este Centro Directivo los términos en que cabe aplicar a los supuestos señalados el régimen del citado art. 144.1º RH. En particular, este precepto reglamentario permite la práctica del embargo de bienes gananciales en aquellos casos en los que, estando demandado uno de los cónyuges, el embargo haya sido notificado al otro. El precepto, sin embargo, como ha señalado la Res. 21 enero 2011, somete la aplicación de esta regla a un requisito material previo: que el régimen económico del matrimonio sea el de gananciales o, por analogía, cualquier otro régimen de comunidad de bienes. En presencia de supuestos de tráfico externo como el presente, la aplicación del art. 144.1º RH evidentemente se mantiene, en la medida en que se trata de una regla procesal y, en consecuencia, sometida al juego de la *lex fori*, pero la verificación del requisito material previo de aplicación de la regla, esto es, que el régimen económico del matrimonio sea uno de comunidad de bienes, únicamente podrá constatarse mediante la previa aplicación de la norma de conflicto contenidas en el art. 9.2º Cc. Por tanto, si como consecuencia del juego de las mencionadas normas de conflicto no se verifica tal requisito, el recurso a la solución prevista en el art. 144.1º RH quedaría descartado y el embargo únicamente podría anotarse si se hubiera emplazado a ambos cónyuges. [...]

Por otro lado, en el caso de que no se acredite el contenido del ordenamiento extranjero designado por el art. 9.2º, la solución debe ser la misma que la que se acaba de proclamar para aquellos casos en los que el régimen económico que se derive de la aplicación del mencionado precepto sea un régimen de separación de bienes, es decir, la denegación de la anotación del embargo. En supuestos de esta naturaleza no resulta posible acreditar la sumisión del matrimonio a un régimen de comunidad de bienes y, en consecuencia, tampoco podría acudir a la regla especial prevista en el art. 144.1º RH.

6. Con relación a esta última cuestión, esto es, la acreditación del ordenamiento extranjero, debe recordarse que este Centro Directivo ya ha afirmado de forma reiterada que, al igual que en el ámbito procesal el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (*cf.* art. 281.2º LEC), lo ha de ser también en el registral (*vid.*, entre otras, Resoluciones de 17 enero 1955, 14 julio 1965, 27 abril 1999, 1 marzo 2005, 20 enero 2011 y 22 de febrero, 26 de junio y 14 noviembre 2012). Ahora bien, también ha señalado esta Dirección General en diversas ocasiones que la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el art. 281 LEC y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial. En consecuencia, los preceptos mencionados quedan como subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero no proporcionen una

solución. Pues bien, una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta, sin que pueda aplicar, tal y como sostiene la jurisprudencia mayoritaria para los procedimientos judiciales, el ordenamiento sustantivo español. Por tanto, en el caso de que no se acrediten las normas aplicables y ante la imposibilidad de conocer el régimen económico del matrimonio, el único modo de evitar la indefensión del cónyuge no deudor consiste en dirigir la demanda contra ambos cónyuges.

7. Una vez identificados los elementos necesarios para la resolución de este recurso, no cabe sino concluir que la actuación del registrador no debe merecer reproche alguno a la luz de la doctrina expuesta con relación a la acreditación del Derecho extranjero, doctrina que aunque resulta plenamente aplicable al presente supuesto, deberá ser objeto de alguna matización desde el momento en que en el recurso que ahora se resuelve, la eventual enajenación o acto de gravamen posee una naturaleza forzosa y tiene como presupuesto previo la anotación de un embargo. No puede olvidarse que el objetivo perseguido por el legislador al establecer las cautelas previstas en el art. 144 RH estriba en evitar la indefensión del cónyuge no deudor. Pues bien, resulta indudable que dicho objetivo quedaría absolutamente desvirtuado en el caso de que la acreditación del régimen económico del matrimonio tuviera que posponerse al momento de la enajenación forzosa, cuando los medios de defensa al alcance del cónyuge no emplazado serían tremendamente limitados. Ello supone que la acreditación del régimen económico-matrimonial debe realizarse (según la normativa vigente al tiempo de la calificación recurrida), no en el momento de verificarse tal enajenación forzosa, sino al practicar la propia anotación de embargo. Y esto fue, precisamente, lo que aconteció en el presente supuesto. El registrador exigió la acreditación del régimen económico del matrimonio como requisito previo a la anotación del embargo, régimen que, ante la inexistencia de pacto o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio, debía ser determinado por el art. 9.2º Cc, precepto cuya aplicación remite a la ley boliviana en tanto que ley nacional común de los cónyuges. Consecuentemente con ello, la posibilidad de recurrir al art. 144.1º LH queda supeditada, tal y como ya se ha apuntado, al requisito de que el ordenamiento boliviano someta el matrimonio, en defecto de pacto, a un régimen de comunidad de bienes y, además, se acreditara ante el registrador, en los términos ya apuntados, el contenido y la vigencia del Derecho boliviano. Dado que no se probó ante el registrador el contenido y la vigencia del ordenamiento boliviano, y al no realizar éste bajo su responsabilidad un juicio de suficiencia respecto de la alegación de la ley extranjera, la aplicación del art. 144.1º RH debe quedar descartada, y será necesario, tal y como se sostiene en la propia nota de calificación, dirigir la demanda contra ambos cónyuges.

8. No puede oponerse a la anterior conclusión la afirmación contenida en el escrito de recurso de que la participación indivisa embargada le corresponde al deudor demandado con carácter privativo. Según resulta del expediente, el pleno dominio de la finca aparece inscrito en cuanto a “dos terceras partes indivisas, a favor de los cónyuges don H. A. R. P. y de su esposa doña F. B. B. R., por mitad y proindiviso y ambas mitades con arreglo a la que rija su matrimonio y una tercera parte indivisa de la misma, a favor de don M. H. R. B, con carácter privativo, por título de compra”, según resulta del acta de inscripción de la 10ª de fecha 10 febrero 2005. Por tanto, dejando al margen la tercera parte indivisa inscrita a nombre del hijo del matrimonio, los dos restantes tercios aparecen inscritos respectivamente a nombre de los citados cónyuges con arreglo al régimen que rija su matrimonio, y no con carácter privativo, carácter que expresamente sí se atribuye al tercio del hijo. Por tanto, la falta de precisión del concreto régimen económico-matrimonial de la titularidad de las participaciones correspondientes a los cónyuges (imprecisión amparada en el especial régimen del art. 92 RH) si bien no excluye la posibilidad de que el verdadero régimen aplicable sea el propio de la separación de bienes ni, por tanto, el carácter privativo de aquellas participaciones, tampoco permite excluir que el régimen aplicable sea el propio de alguna modalidad de comunidad o, incluso, que en el primer caso el régimen de disposición del bien tenga restricciones distintas de las previstas en el Derecho español.

9. Es cierto que el régimen registral de las anotaciones de embargo en los supuestos citados, llevado de su finalidad tuitiva del derecho de defensa del cónyuge no deudor, impone al acreedor la carga de la

prueba del régimen económico–matrimonial y del Derecho extranjero aplicable al caso concreto o, alternativamente, la carga procesal de dirigir la demanda contra ambos cónyuges, lo que, a su vez, dificulta la obtención de la tutela judicial efectiva, en vía ejecutiva, del acreedor. Por ello, la reciente reforma del art. 144 RH, viniendo a cubrir una laguna legal, ha añadido un nuevo nº 6 del citado precepto a través de la disposición adicional cuarta de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre (sin que quepa objetar obstáculos de rango normativo, pues no hay materia reservada al reglamento en la que no pueda entrar una ley), en el que se viene a resolver las dificultades prácticas derivadas de la constitución de un gravamen forzoso sobre un bien inscrito a favor de adquirentes casados sometidos a legislación extranjera sin especificar su régimen económico–matrimonial, al disponer de forma menos gravosa para el acreedor, sin generar por ello una situación de indefensión en el cónyuge no deudor, que “cuando se trate de bienes inscritos conforme al art. 92 de este Reglamento, a favor de adquirente o adquirentes casados sometidos a legislación extranjera, con sujeción a su régimen matrimonial, se haya o no indicado dicho régimen, el embargo será anotable sobre el bien o participación indivisa del mismo inscrita en tal modo, siempre que conste que la demanda o el apremio han sido dirigidos contra los dos cónyuges, o que estando demandado o apremiado uno de los cónyuges ha sido notificado al otro el embargo”.

Por tanto, podrá procederse a la anotación del embargo, con independencia de cuál sea el régimen matrimonial aplicable, cuando la demanda o apremio se haya dirigido contra los dos cónyuges o cuando habiéndose dirigido la demanda o el apremio contra uno de los cónyuges (sea o no el titular del bien o derecho), se haya, además, notificado al otro el embargo. Pero este régimen, como se ha dicho, no resulta aplicable a un supuesto en que tanto el embargo, como el correspondiente mandamiento judicial y su presentación en el Registro han sido anteriores a su entrada en vigor, e incluso a la aprobación de la norma que lo establece. [...]

INSCRIPCIÓN DE APORTACIÓN A SOCIEDAD EXTRANJERA DE BIENES SITUADOS EN TERRITORIO ESPAÑOL

2013/DGRN/24.– DGRN, Resolución (2ª) de 8 mayo 2013. BOE, 6–VI–2013.

Inscripción de documento público español que ratifica escritura pública extranjera.– Aportación a sociedad extranjera de bien inmueble situado en España.– Denegación de inscripción en defecto de documento acreditativo de la transmisión

[...] En definitiva, el título formal inscribible ha de contener el título inscribible material, y éste, en el supuesto de hecho a que se refiere el presente recurso, es la escritura pública autorizada por la notaría panameña de aportación de los inmuebles a una sociedad mercantil de Panamá (sin que por razón de la limitación del objeto del recurso a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, derivada del art. 326 LH, pueda entrarse ahora en otras consideraciones en relación a esta última), y no la mera escritura de ratificación de tal negocio que, en sí, es documento complementario de aquella (en el sentido que a esta expresión se da el reiterado art. 33 RH), en tanto que declaración de voluntad recepticia referida al negocio jurídico que complementa, negocio jurídico cuyo título formal llegó al Registro en un momento en que se encontraba ya presentado un título contradictorio, sin que la prioridad registral de la escritura de aportación pueda retrotraerse a la obtenida por la presentación de la escritura de ratificación.

Repárese en que, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 20 septiembre 2012, incluso en los casos en que nuestro ordenamiento admite la ratificación de un negocio con eficacia retroactiva (v. gr. arts. 1259.2º y 1727.2º Cc) tal eficacia se limita al ámbito de las partes contratantes, dejando fuera de la misma todo efecto perjudicial respecto de terceros. Así lo ha declarado nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 12 diciembre 1989 al afirmar que: [...]. En el mismo sentido se pronuncia la más reciente Sentencia del mismo Tribunal de 22 octubre 1999. Y este mismo criterio es asumido, como no podría ser de otro modo, por la doctrina de este Centro Directivo, y en este sentido se pronuncia, entre

otras, la Resolución de 2 diciembre 1998, según la cual “de conformidad con lo previsto en los arts. 1259 y 1727 Cc, esa nulidad de lo actuado como poder insuficiente, no excluye la posibilidad de ratificación por el representado... si bien es evidente que la misma no puede retrotraer su eficacia al tiempo de la celebración del autocontrato, cuando ello perjudique los derechos o legítimos intereses de un tercero”.

Siendo ello así cuando el título primeramente presentado fue el negocio jurídico traslativo, con no menor fundamento deberá mantenerse a efectos registrales este mismo criterio de irretroactividad en perjuicio de tercero cuando el documento inicialmente presentado fue el documento complementario de la ratificación. De hecho lo procedente, como afirmó la Resolución de 20 septiembre 2010, es que cuando se trata de un documento que contiene un nuevo consentimiento negocial sea objeto de una nueva presentación, a fin de permitir el cumplimiento de la reiterada doctrina de este Centro Directivo conforme a la cual en la calificación el registrador se ha de atener a la situación registral existente en el momento de la presentación inicial, sin que pueda obstaculizar la inscripción de un título otros títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad. Doctrina que debe ser aplicada cuando el defecto de un documento ha sido calificado como insubsanable, con posterioridad se presentan documentos contradictorios al mismo, y más tarde se presenta el documento que puede remover el obstáculo del que se presentó originariamente. Este último documento debería ser objeto de nueva presentación porque la prioridad registral operará desde que se verifique la última presentación practicada. Por todo ello no puede ser despachado el documento calificado hasta tanto se califique y, en su caso, despache el título intermedio contradictorio.

4. Tampoco se pueden estimar las alegaciones de la recurrente en cuanto al supuesto carácter subsanable del documento. En efecto, el art. 65 LH establece que las faltas de los títulos sujetos a inscripción pueden ser subsanables o insubsanables. Esta distinción entre las dos clases de defectos, forma parte de la propia calificación registral, dando lugar a la suspensión de la inscripción en caso de defectos subsanables y a la denegación en caso de defectos insubsanables (cf. arts. 19 *bis*, párrafo segundo, 65 y 66 LH, entre otros), y todo ello a los exclusivos efectos registrales conforme señala el art. 101 RH, sin prejuzgar otros ámbitos. El primer efecto de la calificación de un defecto como insubsanable es la imposibilidad de extender anotación de suspensión. El artículo citado reseña de un modo orientativo los pautas a las que puede atender el registrador para calificar un defecto de un modo u otro: el contenido del documento, las formas y las solemnidades y los asientos del Registro. Como ha sostenido este Centro Directivo en numerosas Resoluciones (cf. Resoluciones de 12 mayo 1992, 23 octubre 1999, 24 octubre 2001, 30 marzo 2005 y 20 septiembre 2012) un criterio básico para diferenciar una u otra falta es la posibilidad de retrotraer a la fecha del asiento de presentación los efectos registrales del título una vez que sean removidos los obstáculos que impidieron la inscripción del mismo, retroacción que sólo es posible en el caso de los defectos subsanables.

Por el contrario, mediando un defecto insubsanable o motivo de denegación, y no de mera suspensión, no es posible mantener la prioridad derivada del asiento de presentación del título defectuoso, siendo definitiva la ineficacia registral del título con el rango derivado de su presentación (se conjugan de esta manera los arts. 17 y 25 LH, precepto este último que considera fecha de inscripción para todos los efectos que ésta deba producir la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma, con el art. 65 de la misma Ley). Como hemos visto, esto es precisamente lo que sucede en el caso ahora examinado, en el que la prioridad derivada de la presentación de la escritura que se documenta la aportación no puede retrotraer sus efectos registrales a la fecha del asiento de presentación de la escritura de ratificación, según se ha razonado. En consecuencia el defecto apreciado en la calificación de esta última ha de ser considerado como insubsanable en el sentido indicado.

5. Las conclusiones anteriores no pueden quedar desvirtuadas por la pretensión del recurrente de que la escritura de ratificación valga como título traslativo en concepto de reconocimiento de dominio. En efecto, es reiterada la doctrina de esta Dirección General (cf. Resoluciones de 13 de enero y 26 febrero 1999, 28 noviembre 2000, 17 noviembre 2003 y 16 noviembre 2011) según la cual, sin necesidad de prejuzgar si las escrituras meramente reconocitivas en las que las partes de un contrato preexistente se limitan, con plena capacidad para ello, a admitir la efectiva celebración del mismo (escrituras que nada prueban contra el documento originario si por exceso u omisión se apartaren de él –art. 1224 Cc–),

pueden ser o no consideradas como título material a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad (*cf.* arts. 3 LH y 33 de su Reglamento), en cualquier caso si la escritura calificada tiene un contenido no sólo confesorio sino también volitivo, al consignar el negocio documentado en su integridad y expresar el consentimiento contractual de quienes aparecen con la plenitud del poder dispositivo sobre la finca afectada y con capacidad para realizar el acto traslativo cuestionado, de modo que queda garantizada la autenticidad de dicho consentimiento, con las consecuencias derivadas de la fe pública de que goza el documento público notarial (*cf.* arts. 1218 Cc, 1 y 17 *bis*, apartado a), LN, y 1 y 145 RN), ha de producir los efectos de toda escritura pública y, en concreto, ha de reputarse título inscribible (art. 2, apartados 1º y 2º LH, y art. 7 de su Reglamento). [...]

INSCRIPCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA DE DIVORCIO QUE IMPONE OBLIGACIÓN DE TRANSMISIÓN DE FINCA SITUADA EN ESPAÑA

2013/DGRN/25.– DGRN, Resolución (1ª) de 20 junio 2013. BOE, 29–VII–2013.

Obligación de transmisión de finca dictada en resolución judicial extranjera.– Noción y efectos del reconocimiento automático.– Cuestión excluida del ámbito de aplicación material del Reg. 2201/2003.

[...] 1. La primera cuestión planteada en este recurso es la de si una sentencia de divorcio dictada por un juez inglés que impone a la esposa la obligación de transmitir determinada finca sita en España al marido, por haberlo acordado así ambos cónyuges durante el procedimiento, es subsumible dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, y si de ello se sigue el reconocimiento e inscripción automática de tal transmisión en el Registro de la Propiedad español.

Se plantea, por tanto, en este expediente la cuestión de determinar cuáles son los requisitos para que una resolución extranjera semejante pueda causar un asiento en el Registro de la Propiedad español habida cuenta de que el recurrente entiende que la misma puede acceder directamente y sin más trámite a los folios registrales.

2. Este Centro Directivo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en su Resolución de 27 julio 2012 sobre la interpretación del citado Reglamento (CE) nº 2201/2003 en relación con el acceso al Registro de la Propiedad de una resolución judicial de origen comunitario sobre declaración de divorcio de dos ciudadanos comunitarios, y que contiene disposiciones relativas al destino de su patrimonio en España, fijando un cuerpo de doctrina que resulta plenamente aplicable al presente caso. Como entonces se afirmó, el Tratado de Ámsterdam recogió la voluntad de los Estados miembros de la Comunidad Europea de establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia que garantizase, entre otros objetivos, la libre circulación y el libre establecimiento de sus ciudadanos mediante, entre otras, la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. En la actualidad el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge la existencia de dicho espacio garantizando “en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil” (*vid.* art. 67.1.4) y afirmando que “la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales” (art. 81.2º). Fruto de esta voluntad común existe un conjunto normativo europeo cuya finalidad es cumplir el mandato de los Tratados y, en lo que ahora nos interesa, es preciso traer a colación el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, en materia matrimonial y de responsabilidad parental (conocido en el foro como Bruselas II bis).

En lo que ahora interesa, el Reglamento determina en su art. 1.a) que se aplicará a la materia civil relativa al divorcio, y que se aplicará a las resoluciones o documentos posteriores al 1 marzo 2005 (art. 72, con algunas excepciones y con un especial régimen transitorio, *ex art.* 64). En cuanto a la eficacia de las resoluciones el art. 21 del Reglamento determina lo siguiente: “1. Las resoluciones dictadas en un Esta-

do miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. 2. En particular, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, no se requerirá ningún procedimiento especial para la actualización de los datos del Registro Civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial dictadas en otro Estado miembro y que ya no admitan recurso con arreglo a la legislación de este último. 3. Sin perjuicio de la sección 4, cualquiera de las partes interesadas podrá, de conformidad con los procedimientos previstos en la sección 2, solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución (...). 4. Cuando el reconocimiento de una resolución se plantee de forma incidental ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional podrá pronunciarse al respecto”.

El recurrente entiende que por aplicación del Reglamento no es exigible ninguna otra formalidad y que la resolución judicial comunitaria puede acceder directamente a los libros registrales. Procede en consecuencia determinar cuál es el alcance de los pronunciamientos de dicho instrumento legal y más en concreto de la afirmación del número 1 del art. 21 al decir “sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno”.

3. Para resolver la cuestión planteada hay que poner el citado precepto en su contexto. Pues bien, el aumento de los supuestos de tráfico jurídico internacional intracomunitario en el ámbito de las relaciones económicas y personales ha llevado al legislador europeo a establecer un régimen unificado y simplificado de eficacia transfronteriza de resoluciones judiciales extranjeras basado en el principio de la confianza mutua, y que se ha articulado en diversos instrumentos normativos comunitarios, y entre ellos en el citado Reglamento Bruselas II *bis*, a través de la implantación de un modelo de reconocimiento directo (denominado con frecuencia, aunque de forma impropia, de “reconocimiento automático”), esto es, sin necesidad de obtención previa de un acto de autoridad por el que se declare formalmente, en un procedimiento autónomo y a título principal, la homologación de la resolución extranjera por las autoridades competentes del Estado requerido o de destino en que se pretendan hacer valer sus efectos. Es decir, se prescinde del exequátur exigido por el art. 954 LEC/1881. Se trata de un modelo de reconocimiento que permite invocar la resolución judicial extranjera directamente ante la autoridad del Estado requerido, sin pasar por un procedimiento previo y autónomo con el sólo objeto de obtener la declaración de reconocimiento. Este modelo simplificado de reconocimiento no es exclusivo del Reglamento Bruselas II *bis*, sino que ya se introdujo en el Reglamento 44/2001, del Consejo de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el Reglamento 1346/2000, del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia, o el Reglamento 4/2009, del Consejo, de 18 diciembre 2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de obligaciones de alimentos.

Pero ese reconocimiento directo, en el sentido expresado, no opera de forma automática o *ex lege* (de ahí lo impropio de la denominación “reconocimiento automático”), en la medida en que lo que se dispensa es la exigencia de un procedimiento específicamente dirigido a la obtención de la declaración formal de reconocimiento de carácter autónomo, pero sin que ello se traduzca en una ausencia de control de la resolución judicial extranjera, sino en una articulación de los mecanismos de fiscalización más simplificados y sujetos a un régimen de causas tasadas de denegación. En este orden de cosas, todos los instrumentos comunitarios citados, incluyendo el Reglamento Bruselas II *bis*, mantienen la necesidad de verificar por parte de la autoridad competente del Estado de destino, incluidas las autoridades registrales, la no concurrencia en la resolución judicial concreta que se pretende reconocer de ninguno de los motivos de denegación en cada caso establecidos. En el caso de las resoluciones judiciales en materias de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial el Reglamento 2201/2003 prevé en su art. 22 entre los motivos de denegación la contradicción manifiesta con el orden público del Estado miembro requerido, en los casos de sentencias dictadas en rebeldía la violación de las normas procesales en protección del derecho de defensa del demandado, o el carácter incompatible o inconciliable de la resolución con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado requerido o en otro Estado que reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en dicho Estado requerido. Además, los instrumentos

comunitarios también imponen el cumplimiento de diversos requisitos de carácter formal, que incluyen la presentación de una copia auténtica de la resolución extranjera y una certificación extendida por la autoridad judicial de origen conforme a un formulario preestablecido por el Reglamento. Será la autoridad del Estado requerido en el marco del procedimiento en el que se pretenda hacer valer la resolución extranjera, en este caso el registrador en el ámbito del procedimiento registral, y en particular con ocasión del trámite de la calificación, el que a título incidental realice el reconocimiento de dicha resolución mediante el control de los aspectos indicados y con efectos limitados a la propia inscripción solicitada (cf. art. 101 RH).

Por lo tanto, el sistema de reconocimiento directo implantado por los instrumentos comunitarios permiten invocar directamente la resolución judicial extranjera ante el registrador español, sin necesidad de un procedimiento previo de reconocimiento a título principal, que es sustituido por el control incidental por parte del mismo registrador, en virtud del cual deberá determinar con carácter previo a autorizar el acceso al Registro español de la resolución extranjera si ésta reúne los requisitos necesarios para ser reconocida en España (requisitos externos, formales o de autenticidad, y requisitos internos relativos a la no concurrencia de los motivos de denegación antes señalados).

4. Ahora bien, así como el Reglamento de Bruselas II bis, al igual que el resto de instrumentos comunitarios antes citados, establecen el modelo de reconocimiento directo, o automático, señalado, por el contrario la regulación de la ejecución propiamente dicha de las resoluciones extranjeras se mantiene residenciada en el ámbito de los ordenamientos nacionales, por lo que las resoluciones judiciales relacionadas con los procesos de ejecución, incluidas las medidas cautelares, quedan sujetas en cuanto a su implementación o ejecución a lo establecido en los ordenamientos nacionales. Del mismo modo quedan fuera de los instrumentos comunitarios, y por ende sometidos a los respectivos ordenamientos nacionales, la denominada “ejecución impropia” mediante el acceso a los registros públicos jurídicos de las resoluciones judiciales extranjeras declarativas o constitutivas, que como tales no requieren de un procedimiento de ejecución posterior *stricto sensu*. Por tanto, corresponde a la legislación del Estado del que depende el registrador, como autoridad encargada de la llevanza del Registro, determinar el procedimiento, requisitos y efectos de la inscripción de dicha resolución extranjera, si bien la aplicación de la normativa interna tendrá el límite, como se ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia, de no poder anular el denominado “efecto útil” de los instrumentos europeos (vid. SSTJCE en los asuntos C-388/92, C-443/03 y C-185/2007), entendiéndose por tal la efectividad práctica del principio de confianza mutua, en virtud de la cual la resolución dictada por un juez de otro Estado miembro debe merecer la misma confianza que la dictada por un juez nacional, y en consecuencia no recibir un trato discriminatorio o desfavorable.

Por otra parte, dado que los Reglamentos europeos no establecen normas propias relativas al procedimiento a través del cual las autoridades nacionales ante las que se invoque una resolución extranjera deban llevar a cabo el control incidental de éstas en cuanto a los requisitos de reconocimiento impuestos por aquéllos, este control se ha de desenvolver dentro del propio procedimiento en que la resolución extranjera se invoca, y con sujeción a sus propias reglas. En el caso de que la resolución extranjera se haga valer ante un Registro de la Propiedad español, serán las normas de la legislación hipotecaria española que regulan el procedimiento registral las que fijen el modo y condiciones en que dicho control se haya de producir, lo que implica la aplicación a éste de las reglas de la calificación registral. Dicho en otros términos, el control incidental por el registrador de la resolución extranjera se llevará a cabo integrándolo en su función calificadora. Pero el hecho de que el resultado de este control sea favorable, no determina *per se* que la resolución extranjera pueda acceder al Registro, pues los instrumentos comunitarios, en general, no modifican, como se ha dicho, el régimen de ejecución de las resoluciones extranjeras, ni de la “ejecución impropia” a través de la inscripción registral, por lo que, una vez determinado que una resolución extranjera es reconocible en España, se procede a la segunda fase, integrada por la calificación de dicha resolución extranjera conforme a las reglas comunes de la calificación de los títulos judiciales conforme a la legislación hipotecaria española (cf. arts. 18 LH y 100 de su Reglamento) y doctrina de este Centro Directivo recaída en su interpretación.

5. En definitiva, como se ha afirmado en la doctrina científica y en la oficial de este Centro Directivo (cf. Resolución de 27 julio 2012), la integración del control incidental de la resolución extranjera dentro de la calificación o juicio de legalidad que realiza el registrador, supone que éste deberá realizar tres operaciones sucesivas: primero, verificar que la resolución extranjera pueda ser subsumida en el ámbito de aplicación temporal, material y territorial del correspondiente instrumento comunitario, en este caso en el Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, como condición lógicamente necesaria para acogerse a su régimen privilegiado de eficacia transfronteriza; segunda, verificar que con arreglo a la normativa comunitaria la resolución extranjera puede ser reconocida y desplegar efectos en España como tal resolución judicial; y, tercero, determinar si, con arreglo a la legislación registral española, aquella resolución extranjera puede acceder a los libros del Registro.

Ahora bien, la aplicación de la legislación interna en este punto deberá hacerse, como antes se ha indicado, sin anular el “efecto útil” del Reglamento comunitario. Y en este sentido, deberán quedar desplazadas las exigencias impuestas para las resoluciones judiciales extranjeras contenidas en la LEC/1881, a las que remite el art. 4 LH, relativas al reconocimiento a título principal de la resolución a través de un exequátur, y la obtención de su previa legalización (cf. art. 954.4º), que resultan incompatibles con el art. 21.1º Reglamento Bruselas II bis, al dispensar de la necesidad de un procedimiento especial para lograr el reconocimiento, y con el art. 52 del mismo Reglamento en cuanto dispone que “no se exigirá legalización ni formalidad análoga alguna” a la resolución extranjera que reúna los requisitos necesarios para determinar su autenticidad, esto es, los impuestos por la ley que rige su forma. En lo demás, deberá aplicarse el régimen de calificación de los documentos judiciales para los supuestos de tráfico interno, y en consecuencia la calificación de la resolución extranjera se extenderá, conforme al art. 100 RH, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado (incluida la obligada mención de todas las circunstancias que deba contener el documento y que sean relativas a la finca, al derecho y a su titular), a los obstáculos que surjan del Registro, y a la competencia del Juzgado o Tribunal (sin prejuzgar ahora los límites que a esta revisión pueda determinar la prohibición de control de la competencia del órgano jurisdiccional de origen que impone el art. 24 Reglamento de Bruselas II bis, que no debe impedir, por razones de orden público procesal, el rechazo de resoluciones procedentes de fueros exorbitantes). Igualmente será imprescindible la firmeza de la resolución judicial (el propio Reglamento 2201/2003 exige que contra la resolución ya no se admita recurso alguno: vid. arts. 21.1º del Reglamento y 524.4º LEC), y que el derecho o gravamen real constituido o declarado por la resolución judicial extranjera sea admisible en España por cumplir los requerimientos imperativos y de orden público impuestos por nuestro Derecho para la configuración de los derechos reales.

6. Pues bien, la nota de calificación impugnada realiza una correcta aplicación de la doctrina anterior en relación con las tres operaciones descritas que se integran en el control registral incidental de la resolución extranjera. Así, realiza la primera de tales operaciones y llega a la conclusión de que el Reglamento comunitario no es aplicable al documento presentado, pues de su ámbito están excluidos los efectos patrimoniales del matrimonio y sus vicisitudes. La segunda de tales operaciones también está resuelta en sentido negativo, dado que, no siendo aplicable el Reglamento comunitario, no procede el reconocimiento directo sino que es precisa la legalización o apostilla que impone el art. 36 RH y el exequátur o reconocimiento judicial que exige el art. 4 LH y 38 de su Reglamento, obtenido conforme a los arts. 951 ss LEC/1881. Finalmente, la nota de calificación aborda la tercera de las operaciones citadas, para concluir que, aún cuando se cumplieran tales requisitos formales, la legislación registral española no permitiría la inscripción de la resolución con su contenido actual, pues ni el art. 2 LH ni el 9 de su Reglamento permiten la inscripción de los títulos que incorporan una simple obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir derechos reales sobre inmuebles. Cuestión esta última que se tratará al abordar el segundo defecto de la nota de calificación.

7. El recurrente entiende, por el contrario, que la resolución judicial está plenamente incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento comunitario citado, y que debe bastar por tanto la presentación de la documentación exigida por el mismo en sus arts. 37 y 39 para que la resolución judicial sea reconoci-

da directamente, sin necesidad de exequátur, por aplicación del art. 21, y sin necesidad tampoco de legalización o apostilla, dado lo dispuesto en el art. 52. Pero esta alegación del recurrente no puede ser compartida por este Centro Directivo, puesto que, como ya afirmó en la citada Resolución de 27 julio 2012, quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento las resoluciones judiciales extranjeras en lo relativo a las cuestiones patrimoniales derivadas de los procedimientos de divorcio, por disponerlo así con claridad el art. 1 del mismo Reglamento, interpretado a la luz del “considerando” octavo que precede al texto articulado del mismo y que exige que el Reglamento se aplique sólo a nulidad matrimonial, separación o divorcio, “sin ocuparse de problemas tales como...las consecuencias patrimoniales del matrimonio”. Por ello es lógico que el art. 21.2º del Reglamento sólo se refiera al Registro Civil, y no al Registro de la Propiedad.

Esta delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento tiene una gran trascendencia pues implica que el reconocimiento de una sentencia extranjera en toda cuestión que exceda del mismo se rige por las normas generales del Estado miembro de destino (SS 1 julio 2008 –TJCE/2008/161–, epígrafe 96 y 15 julio 2010 –TJCE/2010/232–, epígrafe, 86 del TJUE). Excluida así la aplicación del reiterado Reglamento comunitario, resultan plenamente aplicables en relación a tales efectos patrimoniales las exigencias formales que impone la legislación española, orientadas a acreditar la autenticidad del documento presentado (legalización o apostilla conforme al art. 3 LH y 36 RH), y su ejecutoriedad en España (exequátur exigido por el art. 4 LH, tramitado conforme a los arts. 955 ss LEC/1881, si bien con la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre y por la Ley 11/2011, de 11 de mayo). En consecuencia, este primer motivo del recurso debe ser desestimado.

8. La segunda cuestión objeto de controversia en el presente expediente, es la de si una sentencia como la ahora examinada, que se limita a recoger la obligación de transmitir un bien inmueble, basta para producir una mutación jurídico–real susceptible de inscripción. Lo niega la nota de calificación en base a los arts. 2 de la Ley y 9 RH, a lo que opone el recurrente básicamente dos argumentos: en primer lugar, que de una lectura razonable de la sentencia resulta que el juez ya impone la extinción de condominio y, en segundo lugar, que la mera presentación de los documentos ante el Registro implica ya una “transmisión física” (*sic*) que, de no admitirse, supondría imponerles una carga irrazonable, la de otorgar un nuevo documento notarial.

Para resolver esta cuestión, una vez determinados los requisitos de reconocimiento de una resolución extranjera de divorcio que contenga pronunciamiento sobre el destino del patrimonio de los cónyuges en España, procede ahora analizar si (al margen de la necesaria subsanación del defecto anterior) concurren los restantes requisitos para que pueda producir una alteración del contenido del Registro de la Propiedad y, en particular, si estamos en presencia de uno de los actos, contratos o resoluciones que, por tener trascendencia jurídico–real inmobiliaria, pueden acceder al Registro de la Propiedad (*cf.* art. 2 LH). Para ello es importante recordar que, como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (Resolución de 22 de febrero y 27 julio 2012), cualquiera que sea el título que se presente a inscripción en los supuestos internacionales, el mismo debe reunir los requisitos previstos en la normativa hipotecaria española por aplicación de las normas de conflicto de nuestro Cc que así lo establecen para los bienes inmuebles sitos en España (*cf.* art. 10.1º). A este respecto el Cc (*cf.* art. 608) atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determinación de los títulos inscribibles, así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la LH. En definitiva, el registrador de la Propiedad está obligado a aplicar la norma de conflicto española (art. 12.1º Cc) y por remisión de ésta, la legislación hipotecaria que es la que determina los requisitos de inscripción que deben reunir los documentos presentados. Partiendo de la previa fijación de este marco normativo, resulta evidente que la Ley Hipotecaria establece, y así lo ha declarado este Centro Directivo de forma reiterada, que para realizar el despacho de los títulos es necesario que por el registrador se proceda a su previa calificación en virtud del principio de legalidad, siendo una de las circunstancias esenciales que deberá verificar al hacer tal calificación que el título presentado tiene trascendencia jurídico–real inmobiliaria, por imponerle así la definición legal del contenido y objeto del Registro de la Propiedad (*cf.* art. 2 LH y 7 y 9 de su Reglamento). Y este requisito no concurre en el título examinado que, por sí mismo, no constituye, reconoce, transmite, modifica ni extingue el dominio de la finca a que dicho documento se refiere y, en consecuencia no es inscribible. En efecto, si

se examina detalladamente las resoluciones judiciales presentadas, de las mismas resulta que, en base a un previo acuerdo de las partes demandante y demandada, el Tribunal, en lo que ahora interesa, ordena lo siguiente: que “2. La demandada transmita al demandado, dentro de los 14 días desde la liberación de la hipoteca, todo su patrimonio legal y derechos de usufructo sobre la propiedad sita en (...), Alicante, España”. Por tanto es claro que se trata de una sentencia de condena, no de carácter declarativo o constitutivo, previo acuerdo de las partes, y pendiente de formalización posterior, previo cumplimiento de la condición de la previa liberación de la carga hipotecaria que pesa sobre la finca, a partir de cuyo momento comenzará el plazo fijado para cumplir el acuerdo/orden de transmitir la propiedad cuestionada. En este sentido, como ha precisado este Centro Directivo, a diferencia de las sentencias declarativas o constitutivas, las sentencias de condena, incluyendo las de otros tipos que contenga también pronunciamientos de condena, requieren para su eficacia plena, y por tanto para su acceso registral, la tramitación del correspondiente proceso de ejecución. Como puso de manifiesto la Resolución de 4 mayo 2010, cuando la sentencia es de condena no dineraria, como en el presente caso en que impone una obligación de hacer, consistente en emitir una determinada declaración de voluntad negocial, no es aquella el título directamente inscribible en el Registro, sino que lo serán los actos que en su ejecución se lleven a cabo. En este caso la sentencia no es presupuesto directo de su inscripción, sino de la legitimación del juez para proceder, en ejercicio de su potestad jurisdiccional –que se extiende no sólo a la de juzgar sino también a hacer ejecutar lo juzgado (cf. arts. 117.3º CE, 2.1º LOPJ, y 708 LEC)–, a su ejecución específica, supliendo la inactividad o resistencia del condenado.

Tampoco abona la tesis del recurrente la invocación que hace a la Resolución de este Centro Directivo de 27 julio 2012, de la que tan sólo se fija en el dato de que estimó el recurso (frente a una calificación que señaló como único defecto la falta de legitimación notarial de la firma de una instancia complementaria). Antes bien dicha Resolución avala la tesis contraria, como ya ha quedado expuesto, que precisamente para evitar interpretaciones equivocadas señaló expresamente que “la nota de calificación, sin embargo, no hace referencia alguna a la idoneidad del documento presentado para producir efectos en España como tampoco hace referencia al contenido real del mismo, por lo que este Centro Directivo no puede hacer pronunciamiento alguno al respecto dada la limitación objetiva de este procedimiento (cf. art. 326 LH)”.

INSCRIPCIÓN DE HIPOTECAS CONSTITUIDAS POR EXTRANJEROS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL

2013/DGRN/26.– DGRN, Resolución de 31 octubre 2013. BOE, 22–XI–2013.

Inscripción de escritura de préstamo e hipoteca sobre inmueble.– Entidad neerlandesa y matrimonio de neerlandeses.– Determinación de las leyes aplicables al contrato y el derecho real.– Requisitos del documento público extranjero.– Control del carácter abusivo de las condiciones.

[...] 1. Se debate en el presente recurso sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de préstamo otorgado por una entidad de crédito holandesa, con domicilio en Ámsterdam, a favor de un matrimonio de nacionalidad holandesa con residencia en España, garantizado mediante hipoteca constituida sobre un inmueble sito en un municipio español, en el que concurren las siguientes circunstancias relacionadas con la calificación recurrida: [...]

2. Entrando en el examen del primero de los defectos objeto de recurso, segundo de los señalados en la nota de calificación, el mismo consiste en que “no se acredita, respecto de las escrituras de poder otorgado a favor de Dª S.L.M. y su poderdante, el cumplimiento de las formas y solemnidades y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto, de acuerdo con el derecho holandés, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación, que sea aplicable”. El análisis de este defecto debe realizarse teniendo en cuenta la cláusula de sumisión a la ley aplicable pactada por las partes, antes transcrita. Por ello deben ser analizados los distintos aspectos concurrentes bajo el prisma del Derecho internacional privado, dada la disper-

sión de los elementos, personales, reales y formales, de la relación jurídica en cuestión, a los efectos de determinar la legislación aplicable, pues, como ha señalado este Centro Directivo (*cf.* Resolución de 20 enero 2011), los tribunales y autoridades españolas, incluidas las registrales, están obligadas a aplicar de oficio las normas de conflicto contempladas en el ordenamiento español (*cf.* art. 12.6º Cc).

En primer lugar, para determinar la ley aplicable al contrato concluido, en lo que se refiere a los aspectos obligacionales del mismo, *lex contractus*, la norma que debe ser tenida en cuenta por las autoridades españolas es el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), en vigor para todos los Estados miembros con la excepción de Dinamarca, el cual se aplica a los contratos celebrados a partir del 17 diciembre 2009, fecha anterior a la del contrato que da origen al presente recurso.

El Reglamento Roma I tiene carácter universal (*cf.* art. 2) por lo que, consecuentemente con ello, resulta aplicable aun cuando el ordenamiento designado por sus normas de conflicto sea el de un Estado miembro o no miembro de la Unión Europea. En el caso de los contratos cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario, y siempre que las partes no elijan la *lex contractus* de forma expresa o implícita, deduciéndose de manera inequívoca del contrato o de las circunstancias concurrentes del caso, el art. 4.3º del Convenio los somete al ordenamiento del Estado en el que se ubique el inmueble, a menos que de las circunstancias del contrato se desprenda que éste presenta vínculos más estrechos con otro ordenamiento (art. 4.1º.c en relación con el art. 4.3º Reglamento Roma I). En el presente caso se ha pactado expresamente el sometimiento del contrato de préstamo a la ley holandesa. Ahora bien, la *lex contractus*, determinada según las normas de conflicto del Reglamento de Roma I, no regula la totalidad de las cuestiones que se pueden plantear en el marco del contrato. Así, por ejemplo, el propio Reglamento establece en el art. 1.2º.a) su inaplicación a la capacidad de las personas físicas, limitándose a recoger en su art. 13 la llamada “excepción de interés nacional”. En el mismo sentido el ap. g) del citado art. 1.2 excluye del ámbito de aplicación del Reglamento “la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica”, esto es, la representación voluntaria u orgánica. La exclusión de la capacidad de las personas físicas y de la representación del ámbito del Reglamento de Roma I implica que el ordenamiento aplicable a estas cuestiones deberá determinarse de acuerdo a las normas de conflicto de cada Estado (en el caso de España, respecto de la representación, *vid.* art. 10, nº 11, Cc, y en cuanto a la forma art. 11). Por otro lado, una vez determinada la validez del contrato de acuerdo con la *lex contractus* designada por el Reglamento Roma I, deberán determinarse sus aspectos reales relativos al modo de constitución o transmisión del derecho real (en este caso de la hipoteca), su contenido y efectos, aspectos éstos excluidos del ámbito de la *lex contractus*. De este modo, la norma de conflicto española que establece la ley aplicable a estos aspectos reales será el art. 10.1º Cc español, según el cual: “La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen”.

La ley del lugar de situación del inmueble (*lex rei sitae*), en el caso a que se refiere el presente recurso la ley española, se aplicará al modo de constitución o adquisición de los derechos reales, como al momento de la constitución del derecho de hipoteca, el contenido de este derecho real, los derechos subjetivos de su titular, los bienes sujetos al derecho real, la posibilidad y condiciones de inatracabilidad del derecho real, así como su publicidad. Así, para el Derecho internacional privado español, como ha señalado este Centro Directivo (*vid.* Resolución de 22 febrero 2012), las exigencias para el acceso al Registro, se regirán por el ordenamiento del país de situación del inmueble. En este caso, y dado que el inmueble objeto del gravamen hipotecario se ubica en España, será el ordenamiento español, y no el holandés, el que determinará los requisitos para entender completado el proceso de constitución de la hipoteca.

3. Por lo anteriormente expuesto, la eficacia jurídico-real y su publicidad registral se rige por la ley española. De modo que corresponde a nuestro ordenamiento, en aplicación de la norma de conflicto antes citada, establecer los requisitos necesarios para considerar válidamente constituido el gravamen hipotecario sobre el bien inmueble, lo que implica que, pese a que el título que se pretenda inscribir pueda estar sometido, en sus aspectos obligacionales, a un ordenamiento diferente, su eficacia real queda

supeditada a los requisitos exigidos por el Derecho español para que opere el proceso de constitutivo de la hipoteca.

Y, dentro del proceso constitutivo, en el que se integra la inscripción registral (cf. arts. 1.875 Cc y 145 LH) —cuestión que es la que constituye el objeto del presente recurso—, hay que partir del art. 608 Cc español, que dentro del Libro Segundo denominado “De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones” regula los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad, estableciendo lo siguiente: “Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de los mismos, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la LH”. Por tanto, el Cc atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determinación de los títulos inscribibles, así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la Ley Hipotecaria. La citada remisión del art. 608 Cc a la LH para determinar los títulos formales inscribibles y la forma y efectos de los mismos, nos lleva al art. 3 LH, para los documentos otorgados en España, y, en cuanto a los documentos otorgados en país extranjero, al art. 4 LH, conforme al cual “también se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la LEC”. Este artículo se desarrolla por el art. 36 RH, básico para la resolución del presente expediente, que dispone “los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho internacional privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. (...) El registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente”. Y estas normas se aplican tanto a los títulos formales principales, aquellos en los que “funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquella (la inscripción) y que haga fe, en cuanto al contenido que sea objeto de inscripción, por sí solos o con otros complementarios o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite” (cf. art. 33 RH), como a estos “documentos complementarios”, entre los que unánimemente la doctrina incluye los relativos a los apoderamientos invocados por los otorgantes.

El art. 323 LEC confirma lo dispuesto en el art. 4 LH sobre la fuerza en España de los documentos otorgados en el extranjero, pues no exige que el documento extranjero cumpla los concretos requisitos específicos de la legislación notarial española, sino que simplemente se refiere a los requisitos tradicionales de la “fuerza en España” (que en el otorgamiento se hayan observado los requisitos del país en el que se otorgue, que contenga los requisitos de apostilla y autenticidad y que se hayan observado las normas de Derecho internacional privado sobre capacidad, objeto y forma, entendiéndose por probadas las declaraciones de voluntad, es decir, el hecho de haberse declarado la voluntad, pero no los requisitos). En este sentido se pronunció la Sentencia nº 391/2006 de la AP Santa Cruz de Tenerife 22 noviembre 2006, y así lo ha confirmado la Sentencia de la Sala de lo civil del TS nº 998/2011, de 19 de junio, al declarar que “la negativa de efecto jurídico ante el Registro de la Propiedad español de la escritura otorgada ante un Notario alemán carece de sentido cuando, además, la misma puede producir plenos efectos probatorios en España en los términos previstos en el art. 323 LEC y resulta evidente que el documento notarial alemán y el español son equivalentes en cuanto la función de fe pública ejercida por ambos es similar, sin que pueda resultar imprescindible la identidad de forma ya que —como también se ha razonado anteriormente— por el principio *auctor regit actum* cada Notario aplica su propia legislación y por tanto la estructura, menciones e identidades de la escritura nunca coincidirán exactamente, por lo que tal requerimiento dejaría sin efecto y sin valor alguno en España a la mayor parte de las escrituras públicas otorgadas en el extranjero...”, añadiendo a continuación que “la necesaria aplicación de las normas de Derecho internacional privado español, en cuanto la remisión a las mismas (art. 36 RH) conduce directamente a la aplicación del art. 11 Cc, conforme al cual las formas y solemnidades de los contratos se regirán por la ley del país en que se otorguen” (disposición que igualmente aparece en el art.

11 del Reglamento 593/2008 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio). 4. En definitiva, hay que estar a la regulación de la legislación hipotecaria española para determinar los requisitos a que deben sujetarse los documentos extranjeros que pretendan servir de título formal para su acceso al Registro de la Propiedad español. En este sentido, como ha declarado este Centro Directivo (cf. Resoluciones de 11 junio 1999 y de 23 mayo 2006), el principio de legalidad, básico de nuestro sistema registral, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, *erga omnes*, de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional –arts. 1 y 38 LH–), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del registrador, y así se establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales (cf. arts. 3 LH, 33 y 34 RH y 1.216 y 1.280 Cc).

Ahora bien, si la determinación acerca de cuándo un documento español reúne las condiciones necesarias para ser calificado como público o auténtico no presenta dificultades a la vista de la definición contenida en el art. 1.216 Cc, la cuestión se complica cuando se trata de un documento extranjero. Este documento, como se ha señalado *supra*, habrá de tener en España fuerza con arreglo a las Leyes (cf. arts. 4 LH y 36 RH), por haberse observado en su otorgamiento las formas y solemnidades establecidas en el país correspondiente. Pero esta primera aproximación no resuelve totalmente el problema planteado porque se trata aquí de determinar, en función de la exigencia de documentación pública para la inscripción en el Registro de la Propiedad español, cuándo un documento extranjero puede ser calificado como título público, y pueda así tener acceso al Registro de la Propiedad.

En este sentido no cabe resolver el problema por aplicación exclusiva de las reglas que contiene el art. 11 Cc, antes aludido, respecto de la forma de los actos y contratos, porque este artículo resuelve únicamente cuestiones en torno a la validez de distintas formas en el ámbito del Derecho internacional privado, en armonía, por cierto, con el principio general de libertad de forma para los contratos en nuestro Derecho interno (cf. arts. 1278 ss Cc), mientras que aquí, como antes se ha apuntado, se trata de precisar, además, un problema concreto adicional: el de la aptitud de un documento extranjero para acceder al Registro español. En cuanto a este segundo aspecto es el art. 12.1º Cc el que debe tenerse presente para encauzar la cuestión: en efecto, si el documento público español, por reunir unas características especiales, es inscribible en el Registro de la Propiedad –lo que no ocurre, como regla, respecto de los documentos privados–, se hace necesaria una labor previa de calificación o, dicho de otro modo, de comparación entre los requisitos básicos exigidos al documento extranjero para gozar de ese mismo valor público en su propio ordenamiento. Sólo cuando el documento extranjero reúna los requisitos o presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español, es cuando podrá sostenerse que aquél sea apropiado para ser inscrito en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con lo que se ha venido a denominar en la doctrina como equivalencia de las formas, a que alude igualmente la citada STS 19 junio 2011.

5. Desde este punto de vista debe afirmarse, como ya señaló este Centro Directivo en ocasiones anteriores (*vid.* Resoluciones de 11 junio 1999 y 23 mayo 2006), que el documento público español alcanza este valor cuando en él concurren las exigencias básicas siguientes: a) que haya sido autorizado “por un Notario o empleado público competente” (art. 1.216 Cc), es decir, que el funcionario autorizante sea el titular de la función pública de dar fe, bien en la esfera judicial, bien en la esfera extrajudicial; b) que se hayan observado “las solemnidades requeridas por la Ley” (art. 1.216 Cc), lo que se traduce en el cumplimiento de las formalidades exigidas para cada categoría de documento público, las cuales, cuando se trata de documentar públicamente un acto extrajudicial, son sustancialmente, la necesidad de la identificación suficiente del otorgante del acto o contrato (fe de conocimiento o juicio de identidad) y la apreciación por el autorizante de la capacidad del otorgante (juicio de capacidad), si bien en cuanto a este último requisito ha de precisarse que la no constancia documental del juicio de capacidad no implica necesariamente que éste no haya existido pues puede considerarse implícito en la autorización del documento, como lo prueba el hecho de que su falta de constatación expresa en el documento notarial no lleva consigo la nulidad del instrumento público (cf. art. 27 LN), así como el hecho de que haya documentos judiciales que constatan acuerdos entre particulares en los que no se expresa tal juicio de capacidad.

Si se comparan, pues, los requisitos básicos indicados del documento extranjero calificado a través del que se pretende acreditar la representación invocada por el compareciente de la entidad “Abn Amro Bank, N.V.” (poder especial otorgado a su favor por Abn Amro, representada por doña G. J. H., el doce julio dos mil doce, cuya firma se halla legitimada por don Hugo Meilink, Notario suplente, sustituto de don A. A. Voorneman, Notario de Ámsterdam, en la misma fecha), se observará que éste debe ser rechazado por tratarse –según parece desprenderse de los términos de la citada reseña– de una simple autorización con firma legitimada, sin que se le haya probado al registrador que los documentos aportados sean equivalentes a una escritura de poder notarial española (cf. Resolución de 19 febrero 2004).

Tampoco se ha acreditado, ni resulta de la nota de calificación que el registrador conozca suficientemente la legislación extranjera dada la ausencia de fundamentación en los correspondientes preceptos de las leyes holandesa, que el documento presentado tenga la consideración de documento auténtico o público en el país de su otorgamiento según su legislación notarial, o “ley que regula las formas y solemnidades del contrato” conforme al art. 11 Cc. Esto podría acreditarse por cualquier medio de los previstos en el art. 36 RH en el que se pruebe el contenido y vigencia del Derecho extranjero (en los mismos términos se pronuncia el art. 281.2º LEC; cf. doctrina de este Centro Directivo en Resoluciones de 15 julio 2011 y 22 de febrero y 26 junio 2012, entre otras). Como se indica en las citadas Resoluciones “esta Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (cf. arts. 281 LEC, 168.4º RN y 36.2 RH), pueden realizar bajo su responsabilidad una valoración respecto de la alegación de la ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma (*vid.*, entre otras, las Resoluciones de 14 diciembre 1981 y 5 de febrero y 1 marzo 2005). La indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque aquél no sea invocado por las partes. En consecuencia, como señaló la Resolución de 20 enero 2011, el registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero de acuerdo a los imperativos expuestos, podrá aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá suspender la inscripción”. Por tanto, no habiéndose probado el contenido y vigencia del Derecho holandés en los extremos indicados por el registrador, procede confirmar la calificación impugnada en cuanto al defecto ahora examinado. [...]

2013/DGRN/27.– DGRN, Resolución (1ª) de 11 noviembre 2013. BOE, 15–XII– 2013.

Inscripción de hipoteca de máximo.– Necesidad de constancias del NIF–NIE de la sociedad extranjera constituyente.

[...] 1. Se discute, como única cuestión en el presente recurso, si debe constar en una escritura en la que se constituye una hipoteca de máximo el NIF–NIE de la entidad bancaria acreedora, habida cuenta que ésta carece de establecimiento permanente en España, siendo de nacionalidad y domicilio luxemburgués.

Alega el recurrente que ni afecta dicha exigencia del registrador al asiento a practicar, ni a la identificación de las partes, ni es fiscalmente relevante, siendo de aplicación el RD 1245/1995, de 14 de julio, que no contempla esa exigencia, que por lo demás considera una traba administrativa contraria al libre establecimiento en el territorio de la Unión Europea, pues la legislación específica bancaria nada exige.

2. El defecto ha de ser confirmado. Bastaría, en su justificación, aludir a la literalidad del art. 254.2º LH, en la redacción que le fue dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas de prevención del fraude fiscal, según el cual: “No se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, cuando no consten en aquellos todos los números de identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen”.

Pero, además, debe añadirse que el sector bancario no es excepción a la aplicación de la norma. La invocación del recurrente de la posible infracción del derecho de establecimiento de las entidades bancarias en el Derecho comunitario no puede considerarse adecuada. Conforme al art. 49 TFUE (en su versión consolidada y vigente) la libertad de establecimiento supone el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio; a la constitución y gestión de empresas y, especialmente a sociedades, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, fijando el propio Tratado las condiciones de acceso y priorización en los objetivos fijados. El establecimiento de la entidad bancaria se vincula a los concretos servicios prestados por ella en otro Estado miembro, a los que el Tratado dedica los arts. 56 a 62 en conjunción con la libertad de circulación de capitales y pagos previstos en los arts. 63 a 66. Que las actividades bancarias se encuentren excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (art. 2.2º.b) se debe a la razón de su singularidad sistémica que conduce a la existencia de legislación específica aplicable a los servicios enumerados en el Anexo I de la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 junio 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio que constituía entonces el marco normativo, posteriormente modificado.

3. En lo que interesa a la resolución del presente recurso, más allá de las consideraciones sobre el derecho de establecimiento, servicios y capitales; el concreto ámbito del sector bancario, que actualmente se encuentra en proceso de integración política y regulatoria –*Vid.* Reglamento (UE) nº 1024/2013 del Consejo, de 15 octubre 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito– es uno de los sectores en los que más profundamente incide la regulación especial relativa al control del fraude y utilización indebida del sistema financiero. Cabe citar al respecto, la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 octubre 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo cuyo art. 2 claramente incluye en su ámbito a las entidades de crédito y a las entidades financieras, conceptos comunitarios, autónomamente definidos en el art. 3 de la misma norma. Esta Directiva encomienda a los Estados miembros el control y prevención de capitales, permitiéndoles incluso una más severa regulación que la prevista en la Directiva (art. 5) a cuyo abrigo se dictó la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que ahonda, en cuanto a la actividad notarial y registral, en las obligaciones establecidas en la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, norma invocada por el registrador en su nota y que da redacción al art. 254.2º LH. La Directiva fue completada por la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 agosto 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de “personas del medio político” y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada.

La vigencia del RD 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de Bancos, no impide ni puede prejuzgar la aplicación de normativa posterior, con rango de Ley, a la cual habrá de ajustarse.

4. Tampoco puede aceptarse que el control del blanqueo de capitales y específicamente la verificación de la constancia de NIF–NIE sea una carga exclusivamente encomendada a los notarios y ligada a su deber de identificación de los otorgantes, como sostiene el recurrente. Ciertamente, conforme a los arts. 23 y 24 LN y 177 de su Reglamento, el notario tiene fijadas al respecto estrictas obligaciones legales, entre las que se encuentra la de consignar el NIF–NIE en las escrituras públicas incluidas en el ámbito del art. 254 LH, en los supuestos en que allí se detallan, pero cuando, como en este caso, se incumple dicha obligación corresponde al registrador señalar el defecto que impedirá su inscripción.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos expresados en los anteriores fundamentos de Derecho.

MATERIALES DE LA PRÁCTICA

Coordinación de
Ana Fernández Pérez

BANCO DE ESPAÑA

NORMAS DE INFORMACIÓN FINANCIERA PÚBLICA Y RESERVADA, Y MODELOS DE ESTADOS FINANCIEROS

2013/Doc/1.— Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos y por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros. *BOE*, 31-V-2013 y 7-VI-2013).

Obs.: El actual marco jurídico de la Central de Información de Riesgos (CIR) fue introducido por la Ley 44/2002, de 2 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero (en adelante, Ley 44/2002), capítulo VI, que confiere a la CIR la naturaleza de “servicio público” y le atribuye dos finalidades claramente diferenciadas. Por un lado, permitir que el Banco de España pueda usar los datos declarados en el ejercicio de sus funciones de supervisión e inspección y contribuir al correcto desarrollo de las demás funciones que tiene legalmente atribuidas. Por otro, facilitar a las entidades declarantes los datos necesarios para el ejercicio de su actividad. El papel de las centrales de riesgos en el mercado de crédito, que no es ajeno a diferentes estudios académicos y de organismos internacionales, contribuye a limitar la selección adversa, a acotar el nivel de riesgo agregado y, por estos canales, a favorecer la estabilidad financiera. Asimismo, las centrales de riesgos tienen una importante utilidad, no ya en la supervisión tradicional de las entidades de crédito, sino para el adecuado desarrollo de la supervisión macroprudencial, de forma que contribuyan a la preservación de la estabilidad del sistema financiero en su conjunto. La crisis financiera que a escala internacional se inició en 2007, y que ha afectado también al sector bancario español, ha enfatizado la utilidad y la relevancia de la CIR desde la óptica de la supervisión macroprudencial y del análisis de la estabilidad financiera, actividades que, por la naturaleza amplia y cambiante de los riesgos sistémicos, son muy intensivas en datos. Por ello, en 2011 el Banco de España inició un proceso de reflexión con objeto de mejorar la información que se declara a la CIR, para que en el futuro pueda contribuir de una forma más eficaz al mantenimiento de la estabilidad financiera del sistema crediticio español. Para dar cumplimiento a lo anterior, se han modificado la Ley 44/2002 y la Orden ECO/697/2004, con el objeto de habilitar al Banco de España para fijar contenidos y umbrales de declaración distintos en función de las diferentes finalidades de la CIR, y para establecer que los datos se declaren en unidades de euro, lo que facilita que se puedan incrementar sustancialmente los datos necesarios para mejorar la contribución de la CIR a la estabilidad financiera del sistema crediticio español.

De acuerdo con la norma primera de la presente circular la obligación de declarar al servicio público de la CIR alcanza, entre otras, a las siguientes entidades: Instituto de Crédito Oficial, bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y sucursales en España de entidades de crédito extranjeras. Dicho obligación alcanza, en el caso de las entidades españolas, a la totalidad de su negocio, incluido el realizado por sus sucursales en el extranjero, y al de las sociedades instrumentales integradas en su grupo consolidable cuando sean residentes en España, y su negocio, prolongación de la actividad de dicho grupo. Las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras solo declararán a la CIR la operativa de sus oficinas en España. Cuando las entidades declarantes no puedan facilitar de forma individualizada todos o parte de los datos que se han de declarar de las operaciones registradas en una sucursal en el extranjero por estar radicada en un país cuya legislación lo impida, deberán enviar al Banco de España una declaración jurada en la que se justifique suficientemente esta circunstancia, detallando de manera específica a qué datos afecta la imposibilidad legal de remisión a la CIR y la normativa en que se basa, de la que se enviará una copia junto con la referida declaración jurada.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

DOCUMENTO CON LOS DATOS FUNDAMENTALES PARA EL INVERSOR Y EL FOLLETO DE LAS INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA

2013/Doc/2.— Circular 2/2013, de 9 de mayo. BOE, 24-V-2013.

Obs.: Al objeto de adaptar la normativa española a la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 julio 2009, se ha modificado tanto el contenido Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC), por medio Ley 31/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, así como el RD 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (RIIC), culminándose el proceso de transposición de la citada Directiva a la normativa española de IIC. En línea con estas modificaciones legislativas y con las derivadas de la regulación europea, así como con las diversas recomendaciones de CESR (actualmente ESMA, “*European Securities and Markets Authority*”), resulta necesario revisar la Circular 3/2006, de 26 de octubre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre folletos explicativos de las Instituciones de Inversión Colectiva, al objeto de adecuar su contenido. Esta Circular persigue un triple objetivo: en primer lugar, regular el documento con los datos fundamentales para el inversor, estableciendo aquellas especialidades que resulten necesarias para las IIC inmobiliarias y las de inversión libre; por otra parte, establecer los modelos del documento con los datos fundamentales para el inversor y del folleto de las IIC; finalmente, adecuar el contenido de la Circular a las recientes modificaciones legislativas relativas, entre otras, a los nuevos supuestos que otorgan derecho de separación a los partícipes. Asimismo, al objeto de evitar la dispersión normativa, se ha revisado y actualizado la lista de los elementos esenciales de las IIC recogida en el cuerpo de la Circular.

De acuerdo con ella la Circular 5/2007, de 27 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre hechos relevantes de las Instituciones de Inversión Colectiva, queda modificada en lo que se refiere al ap. 2 de su norma tercera, como sigue: “El envío de los hechos relevantes que afecten a las IIC extranjeras armonizadas comercializadas en España deberá realizarse por la misma entidad encargada a que se refiere la letra a) del ap. 1 de la Norma primera de la Circular 2/2011, de 9 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre información de las instituciones de inversión colectiva extranjeras inscritas en los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores”.

CONSEJO DE ESTADO

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A CONSECUENCIA DE LA DEMORA EN LA TRAMITACIÓN DE UN TÍTULO DE MÁSTER EXTRANJERO

2012/Doc/3.— Dictamen 79/2013 (Educación, Cultura y Deporte), de 21 febrero 2013.
<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-79>.

[...] (i) La homologación de un título extranjero al correspondiente español no confiere al reclamante un derecho a la obtención de determinadas becas o ayudas ni desde luego garantiza el ingreso en el Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, por cuanto rige en ambos casos el principio de concurrencia competitiva.

En este concreto contexto, la alegada “pérdida de oportunidad” carece de la relevancia que pudiera ostentar en otros casos en que se apreciase una demora injustificada en el procedimiento de homologación.

(ii) No se aprecia tampoco relación alguna entre el crédito que dice haber pedido el Sr. para continuar sus estudios –crédito cuya formalización, por otra parte, no se acredita– y la imposibilidad de acceder a las becas o ayudas.

Dada la edad del interesado, no parece que la carencia de medios materiales para la prolongación de sus estudios pueda razonablemente imputarse a la ausencia de tales becas o ayudas, a cuya obtención –por otra parte– el Sr. no tenía un derecho cierto o seguro.

(iii) Por último, no existe indicio o prueba alguna de que el interesado haya sufrido daños morales, pues la zozobra en que dice estar sumido carece de la mínima entidad –por ser una circunstancia que suele estar presente con mayor o menor frecuencia e intensidad en la vida de cualquier persona– para que pueda atribuírsele la consideración de un perjuicio indemnizable. [...]

ANTEPROYECTO DE LEY DE ACCIÓN Y DEL SERVICIO EXTERIOR DEL ESTADO

2012/Doc/4.– Dictamen 394/2013 (Asuntos Exteriores y de Cooperación), de 30 mayo 2013. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-394>.

RECLAMACIONES POR LOS PERJUICIOS DEL MAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

2012/Doc/5.– Dictamen 746/2013 (Interior), de 23 julio 2013. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-746>.

[...] La reclamante pide una indemnización por su detención en Irún y por las vicisitudes que acaecieron antes de la estimación del recurso de alzada. En ese momento tales perjuicios eran conocidos y su antijuridicidad plenamente determinada. Sin embargo, la reclamación que está en el origen del presente procedimiento se presentó el 18 octubre 2011, una vez transcurrido con creces el plazo de un año de prescripción que establece el art. 142.5º de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En consecuencia, ha de reputarse extemporánea.

No obstante, los daños continuaron con posterioridad a la estimación de la alzada, en otro período, cuyo resarcimiento también se reclama. En efecto, al acercarse el año desde la estimación de la alzada se volvió a solicitar la renovación de la autorización de residencia, el 19 enero 2011 (punto segundo, letra e, de antecedentes).

Entre tanto había entrado en vigor la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que había dado nueva redacción a los aps. 1 y 2 de la disposición adicional primera de la citada LO 4/2000, de 11 de enero, pero había mantenido el plazo máximo de tres meses de resolución y el sentido positivo del silencio para las renovaciones. Su texto, actualmente en vigor, es este:

1.– El plazo general máximo para notificar las resoluciones de las solicitudes de autorizaciones que formulen los interesados a tenor de lo previsto en esta Ley será de tres meses, contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas; ello, sin perjuicio del plazo máximo de 15 días naturales establecido por la normativa comunitaria en relación con procedimientos de solicitud de visado de tránsito o estancia (así como de las excepciones previstas en la misma para su posible ampliación). Transcurrido el plazo para notificar las resoluciones de las solicitudes, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, éstas podrán entenderse desestimadas.

2.– Las solicitudes de prórroga de la autorización de residencia, la renovación de la autorización de trabajo, así como las solicitudes de autorización de residencia de larga duración que se formulen por los interesados a tenor de lo dispuesto en la presente LO se resolverán y notificarán en el plazo máximo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la prórroga o renovación han sido concedidas.

De nuevo la Administración incumplió el plazo de tres meses para resolver sobre la renovación de la autorización de residencia, pues esta se produjo más de un año después, el 31 mayo 2012 (punto cuarto de antecedentes). Y de nuevo se dictó en sentido desestimatorio, ignorando el silencio administrativo positivo que ya se había producido con arreglo al precepto que se acaba de transcribir.

En esta ocasión, sin embargo, la interesada, que también había solicitado una autorización de residencia de larga duración, la cual le había sido denegada en el año 2012, optó por combatir esta última desestimación y no la de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales. Es de notar que aquella resulta mucho más favorable que ésta. En virtud de S 7 septiembre 2012, su recurso contencioso-administrativo fue estimado y le fue reconocido el derecho a una autorización de residencia de larga duración, con imposición de costas a la Administración demandada (punto 5º, letra a, de antecedentes).

En consecuencia, entre la segunda denegación de la prórroga de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, el 31 mayo 2012, y la fecha de la sentencia aludida, de 7 septiembre 2012, la interesada se halló en España en situación aparentemente irregular, con los perjuicios que ello comporta a efectos de la circulación por el territorio nacional e imposibilidad de regresar a él tras una salida al extranjero. Tampoco podía trabajar de modo legal.

Esto no se aplica al período que media entre la expiración de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, el 21 febrero 2011, y la denegación de la prórroga, el 31 mayo 2012, pues de acuerdo con el art. 162.1º.a) del Reglamento LO 4/2000, aprobado por RD 557/2011, de 20 de abril, “la vigencia de la autorización se entenderá prorrogada en caso de que se solicite su renovación en plazo y hasta que se resuelva el procedimiento de renovación”.

..... solicita una indemnización de 368.160 euros por todos los daños y perjuicios, tanto los anteriores a la estimación de su recurso de alzada, que como se ha visto se piden de modo extemporáneo, como por los posteriores.

En primer lugar, solicita 8.160 euros como indemnización por no haber podido trabajar, y al efecto presenta un contrato de trabajo como empleada del hogar por tiempo indefinido, firmado por ella y por (punto tercero de antecedentes). Este contrato carece de toda fecha y no parece que haya sido presentado a ningún funcionario público por razón de su cargo, pues en él no figura ningún cuño de entrada. Es de notar que se trata de la primera vez que la interesada menciona esta relación contractual, pues al solicitar el 19 febrero 2008 su primera renovación de su autorización de residencia presentó una copia del contrato de trabajo celebrado el 18 febrero 2008 entre ella y (punto segundo, letra a, de antecedentes). En la segunda renovación, solicitada el 19 enero 2011, presentó una oferta de trabajo suscrita por (punto segundo, letra e, de antecedentes).

Así las cosas, con la sola presentación del contrato de trabajo, sin fecha alguna ni documento adicional, no se puede considerar acreditado que esta relación contractual haya comenzado en algún momento, y mucho menos que haya tenido que ser interrumpida en 2012 al denegársele la segunda prórroga de su autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales. No hay prueba, por tanto, de que este alegado daño haya sido efectivo y se haya debido al funcionamiento de los servicios públicos.

La petición de daños morales la funda en la detención ya mencionada de 2009, y en otra que afirma que se produjo el 13 enero 2011, en un lugar que no se identifica, si bien asevera que se la puso en libertad sin incoación de expediente sancionador al comprobar la legalidad de su situación. Sin embargo, no hay acreditación alguna de esta detención, ni mediante atestado policial ni por otro medio. En consecuencia, tampoco puede dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios.

En cambio, es claro y ha sido probado que durante algo más de un trimestre, entre la denegación de la renovación mencionada y la sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo, la recla-

mante estuvo en situación irregular en España (al menos aparentemente, pues tenía derecho a autorización de residencia) y, por tanto, sujeta a la incertidumbre de poder ser detenida de nuevo y sancionada o expulsada. Durante ese período además si abandonaba el territorio nacional no podía regresar. Estas vicisitudes sin lugar a dudas entrañan un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que se debió al anormal funcionamiento de los servicios públicos.

No es fácil cuantificar en términos monetarios los daños y perjuicios sufridos por el trimestre indicado. Vistas todas las circunstancias del caso, el Consejo de Estado considera una cantidad justa la suma alzada de 1.000 euros por las incertidumbres personales sufridas y por las restricciones a su libertad de circulación.

En síntesis, este Alto Cuerpo Consultivo entiende que ha concurrido un mal funcionamiento de la Administración que ha ocasionado perjuicios a la reclamante, pero que solo pueden indemnizarse los no prescritos, que duraron unos tres meses, por los que entiende que debe pagarse una indemnización de 1.000 euros.

2012/Doc/6.– Dictamen 764/2013 (Interior), de 19 septiembre 2013. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-764>.

[...]

Se consulta una reclamación por los perjuicios de una expulsión del territorio español de un ciudadano extranjero que fue anulada judicialmente.

El art. 142.4º Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP–PAC, dispone que “la anulación (...) por el orden jurisdiccional contencioso–administrativo de los actos (...) no presupone derecho a la indemnización”. Esto ha sido interpretado en numerosas ocasiones por este Alto Cuerpo Consultivo en el sentido de que se exige, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, que se prueben sus requisitos configuradores. El más relevante es la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado que integre una lesión que a su vez sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (arts. 139, aps. 1 y 2, de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

El interesado, ciudadano guatemalteco, se hallaba en situación irregular en España desde el año 2007. En el año 2011 le fue instruido un expediente de expulsión por hallarse en esa situación, que constituye una falta grave de las previstas en el art. 53.1º.a) LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Este expediente terminó con una resolución de expulsión del territorio nacional, que se llevó a efecto, aunque con posterioridad fue anulada jurisdiccionalmente, en un pronunciamiento que entendía que la sanción procedente era la multa de 301 euros (punto primero, letra k, de antecedentes).

Una parte de la resolución anulada se ha ejecutado, pues según informa la Dirección General de Policía se ha borrado del programa informático la prohibición de entrada en territorio español que se había acordado. El interesado, por tanto, puede regresar, aunque no consta que lo haya hecho.

Es de notar que la sentencia no anula por completo el acto administrativo impugnado. Anula, sí, la expulsión, pero considera acreditada la comisión de la infracción grave antes indicada y determina que procede imponer una multa de 301 euros. Por consiguiente, no ofrece duda que existió una conducta antijurídica por parte del reclamante, que estuvo en el origen de los daños cuyo resarcimiento se pide.

La expulsión del territorio nacional se llevó a cabo con recursos públicos, de suerte que no le ocasionó un daño emergente. La reclamación, por tanto, gira en torno al lucro cesante. La cantidad más elevada se solicita porque a raíz de la expulsión el interesado no ha podido obtener autorización de residencia en España por arraigo y trabajar de modo legal en España. Se pide una suma calculada por la capitalización de un porcentaje de los salarios de los próximos diez años.

El Consejo de Estado no puede aceptar esta partida indemnizatoria. Por de pronto, no deja de ser llamativo que quien declara que estuvo trabajando en España de forma irregular durante unos cuatro años, sin solicitar en ningún momento autorización de residencia, reclame por no poder solicitarla en el

futuro. En cualquier caso, la resolución administrativa de expulsión no le impide desde luego trabajar y obtener así rentas en su país, en Guatemala. Es de notar que, según manifestó a la Comisaría Local de Policía, tenía trabajo allí (punto segundo de antecedentes). Es más, en rigor tampoco podría oponérsele ningún obstáculo, firme ya la sentencia, a que entrara de nuevo en territorio español, y a que pidiera cualesquiera autorizaciones de residencia a que pudiera tener derecho, sin excluir la basada en una situación de arraigo.

El segundo perjuicio por el que se reclama se vincula al juicio por despido improcedente que había instado en la Jurisdicción Social. Considera que lo habría ganado, dado que afirma que el despido fue verbal, y que se le habría indemnizado con ciertas cantidades, además de salarios adeudados y salarios de tramitación, cifras que completa con prestaciones y subsidios de desempleo. Con facilidad se aprecia que estos perjuicios no son efectivos, sino meramente hipotéticos, pues dependían del éxito de la pretensión ejercida en vía jurisdiccional y del reconocimiento de sus derechos por parte de la Seguridad Social. Además, son contradictorios con la propia demanda incorporada al expediente, en la que se solicitaba la readmisión (punto primero, letra e, de antecedentes). Sin embargo, el punto más débil de la reclamación indemnizatoria estriba en su relación con el expediente de expulsión. La parte interesada ha acreditado que tenía señalado el juicio para el día 19 julio 2011 (punto primero, letra i, de antecedentes), fecha en la que como es obvio no pudo comparecer, al haberse ejecutado la expulsión. Sin embargo, esta circunstancia podía haber sido acreditada ante el Juzgado de lo Social para pedir una suspensión del juicio, al menos hasta que se decidiese el recurso contencioso-administrativo sobre la expulsión acordada. Es de notar que al proceso le era aplicable la LPL, texto refundido aprobado por RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril, según la DT 1ª Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. A tenor del art. 83.2º de la citada LPL, el demandante puede alegar una “justa causa” que justifique su incomparecencia, y sin duda la resolución de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada lo era. Sin embargo, al parecer el interesado no trató de posponer el juicio al que no podía asistir, sino que optó por desistir de la demanda (punto primero, letra j, de antecedentes). En estas condiciones, no puede atribuir al funcionamiento de los servicios públicos el no haber proseguido su litigio por despido.

Por último, se solicita una indemnización de 5.000 euros por no haber podido ejercitar acciones civiles y penales contra quien, según asevera, trató de agredirle sexualmente o abusar sexualmente de él. Esta afirmación cae por su propio peso, pues desde que acaeció el suceso, el 10 enero 2011, hasta que fue detenido para ejecutar la expulsión, el 11 mayo 2011, tuvo tiempo sobrado para formular denuncia o para dar poderes a abogados y procuradores que pudiesen presentar querellas o demandas en su nombre, incluso en su ausencia. No consta que se haya producido denuncia, querella o demanda por la alegada tentativa.

En estas condiciones, forzoso es concluir que una parte de los daños alegados no son efectivos y que los demás no se ha probado que se hayan debido a la expulsión del territorio nacional. No cabe acoger, por tanto, la solicitud de indemnización de responsabilidad patrimonial.

ANTEPROYECTO DE LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA

2012/Doc/7.– Dictamen 449/2013 (Justicia), de 24 julio 2013. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-449>.

[...]

B) Sobre la intervención de la jurisdicción penal española para conocer de delitos en relación con los buques extranjeros que se encuentren en el mar territorial español

La redacción del art. 44 proyectado debiera mejorarse a juicio de este Consejo. La lectura del precepto parece limitar la intervención de la jurisdicción penal española en relación con los buques extranjeros que se encuentren en el mar territorial español a los supuestos previstos en los aps. 2, 3 y 4 del art. 23 LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ejerciéndose en la forma prevista en los tratados internacio-

nales y, en especial, en el art. 27.1º de la Convención del Derecho del Mar (“ el ejercicio deberá atenerse a lo establecido...”).

Sin embargo, la competencia de los tribunales españoles para conocer de delitos en relación con los buques extranjeros que se encuentren en el mar territorial español va más allá de los supuestos mencionados en el art. 23 LO 6/1985, de 1 de julio. En efecto, no debe olvidarse que existen algunos tratados internacionales –ratificados por España– que la facultan –sino obligan– a ejercer su jurisdicción penal sobre los buques extranjeros que se encuentran en su mar territorial en relación con determinados delitos. Se trata de auténticas normas atributivas de competencia. Baste, como botón de muestra, el caso de los delitos contra la seguridad marítima definidos en el Convenio para la Represión de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima y su Protocolo, hechos en Roma el 10 marzo 1988 y sus Protocolos de enmienda, hechos en Londres el 14 octubre 2005 o el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad marítima de 1988 y del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la Plataforma continental de 1988, de 2005.

Por ello, se considera que el precepto debe decir que “la jurisdicción penal española en relación con los buques extranjeros que se encuentren en el mar territorial español se regirá por lo establecido en los arts. 2, 3 y 4 del art. 23 LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en los tratados internacionales, en especial, en el ap. 1 del art. 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982”. [...]

XI

El Título IX del Anteproyecto, rubricado “Especialidades procesales” regula las especialidades de jurisdicción y competencia, el embargo preventivo de buque, la venta forzosa de buques y el procedimiento para limitar la responsabilidad por créditos marítimos.

La regulación proyectada consultada se considera adecuada por el Consejo de Estado pues ha sido objeto de depuración respecto de la inicial, acogiéndose la práctica totalidad de las acertadas observaciones formuladas por el Consejo General del Poder Judicial.

No obstante, este Cuerpo Consultivo debe señalar:

a) En relación con el art. 468 del Anteproyecto.

Previene este precepto que “... serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de navegación cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente”.

El Consejo de Estado valora positivamente la intencionalidad y finalidad de la norma proyectada, pero no puede dejar de llamar la atención sobre el hecho de que se opone frontalmente a la práctica habitual y generalizada seguida en el tráfico y que previsiblemente tendrá una eficacia muy dudosa.

b) En el art. 469.2º y 3º debe revisarse la redacción (“ ... los Tribunales del lugar donde se halle: b) el lugar de celebración del contrato...”) y sustituirse la expresión “a opción del demandante” por “a elección del demandante” que es la utilizada por la LEC (art. 52).

c) En relación con el procedimiento para limitar la responsabilidad por créditos marinos, es de señalar que la regulación proyectada, de una parte, cubre la laguna existente sobre el modo procesal de constituir el fondo de limitación y, de otro lado, solventa la dudosa cuestión de si la invocación de la limitación debe plantearse como excepción o defensa dentro del proceso en que se pretende la exigencia o de si puede plantearse como pretensión autónoma y separada, de tal suerte que el naviero podría solicitar de un tribunal competente que se declare su derecho a limitar la responsabilidad derivada de un determinado evento, con independencia de que las responsabilidades indemnizatorias le fueran exigidas en otro procedimiento. E incluso si se puede plantear dicha solicitud de forma anticipada, cuando todavía no se ha iniciado proceso judicial alguno en reclamación de indemnización.

La cuestión era, como se ha señalado, dudosa a consecuencia de que España no hizo uso de la posibilidad de restringir la limitación al caso de constitución del fondo al suscribir el Convenio Internacional

sobre Limitación de Responsabilidad nacida de Reclamaciones de Derecho Marítimo de 1976. Ahora, se dilucidan las dudas –de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que arranca de 24 octubre 1995– en el sentido de que la limitación de responsabilidad puede formularse procesalmente como excepción en el procedimiento de reclamación y como procedimiento autónomo, según se deduce de la regulación contenida en los arts. 488 y 489.

No se contempla sin embargo en el Anteproyecto el supuesto del planteamiento preventivo de la pretensión de limitación que puede encontrar amparo en el art. 6 *bis* Convenio de Bruselas de Competencia Judicial de 1968 –hoy incorporado al art. 7 Reglamento 44/2001, del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil –y que será a su vez sustituido a partir del 1 enero 2015 por el Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de igual título–. Debe ponderarse la conveniencia de hacerlo.

d) Por último, el Consejo de Estado comparte la observación formulada por el Consejo General del Poder Judicial –y no atendida– de que la pérdida de acciones anudada a dicha constitución sólo puede operar respecto de las personas en garantía de quien se haya constituido el fondo, según se deriva de lo establecido en el Convenio de 1976. [...]

REGLAMENTO DE LA LO 4/2000, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

2012/Doc/8.– Dictamen 1002/2013 (Empleo y Seguridad Social), de 10 octubre 2013. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-1002>.

[...]

III. Observaciones al texto

Una primera observación de carácter general resulta necesaria, en razón de la insuficiencia de la memoria del análisis de impacto normativo, que ha sido ya apuntada. Afirmar la memoria que la entrada en vigor de la norma proyectada “permitirá la completa transposición del contenido de la referida Directiva 2011/51/UE, del Consejo, de 11 mayo 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional”; y se insiste después en que se modifican tres artículos del Reglamento LO 4/2000, con objeto de completar la transposición de la citada Directiva 2011/51/UE. Se trata de una Directiva que modifica otra anterior, que tiene cierta extensión, y cuya incorporación al ordenamiento interno ya ha sido parcialmente efectuada (no sólo la de la Directiva 2003/109/CE, sino también la de la Directiva 2011/51/UE, mediante la modificación operada por la LO 4/2013 sobre la LO 4/2000). Ello hace más imprescindible, si cabe, la exigencia de que la memoria recoja la correspondencia entre las normas europeas que se pretenden incorporar y las normas proyectadas que se orientan a ello. Nada de esto puede hallarse en la memoria, lo que impide conocer por qué unas normas parecen operar una transposición incompleta o incorrecta de las previsiones comunitarias, mientras que otras parecen haber sido simplemente olvidadas –lo que supondría el consiguiente incumplimiento por parte del Reino de España–.

Todo ello, unido a la urgencia con que se ha solicitado el presente dictamen, hace que las observaciones que a continuación se formulan partan de una cierta indeterminación acerca del fundamento que sirve de base de las distintas previsiones proyectadas. De haberse explicitado tal fundamento, se podrían haber propuesto, con mayor precisión, correcciones más concretas o propuestas alternativas en relación con los problemas detectados en el texto del Proyecto. En todo caso, las observaciones se ciñen al texto proyectado en relación con las previsiones europeas que, mediante aquel, han querido ser incorporadas.

El artículo único del RD proyectado incluye tres apartados por los que se modifica, en distintos extremos, el Reglamento de Extranjería.

A) El apartado uno modifica la letra a) del ap. 1 del art. 152 del citado Reglamento (un artículo, por cierto, que sólo tiene un apartado —el 1—, lo que no requiere numeración, por lo que podría corregirse con la modificación que ahora se introduce en él). En realidad, lo que se hace es añadir tres párrafos al final del texto de la citada letra a), con el siguiente tenor:

“ Respecto a los extranjeros a los que se ha concedido la condición de beneficiario de la protección internacional se les computarán los periodos de permanencia en España o en el Estado miembro de la Unión Europea que hubiere reconocido esta condición, siempre que en el momento de la solicitud de la autorización de residencia de larga duración— UE el extranjero se encuentre en España, de la forma prevista a continuación:

1.º En el caso de que el reconocimiento de la condición de beneficiario de protección internacional se haya producido en otro Estado miembro de la Unión Europea, dichos periodos se computarán en el 50% de su duración, y comprenderán desde la fecha de presentación de la solicitud de protección internacional sobre cuya base se hubiere concedido la misma, hasta la fecha de concesión del permiso recogido en el art. 24 Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 abril 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Si dicho período excediere de 18 meses, se computará la totalidad del mismo.

2º En caso de que el reconocimiento de la condición de beneficiario de protección internacional se haya producido en España, dichos periodos se computarán en el 50% de su duración, y comprenderán desde la fecha de presentación de la solicitud de protección internacional en España, sobre cuya base se hubiere concedido la misma, hasta la fecha de concesión de la autorización de residencia y trabajo recogida en la normativa reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Si dicho periodo excediere de 18 meses, se computará la totalidad del mismo”.

Con este precepto, se trata de incorporar el último párrafo del art. 4.2º Directiva 2003/109 (que ha sido añadido por la Directiva 2011/51). Dice este párrafo:

“ Por lo que se refiere a las personas a las que se ha concedido la protección internacional, al menos la mitad del período que va de la fecha en que se ha presentado la solicitud de protección internacional, sobre cuya base se ha concedido la protección internacional, a la fecha en que se concede el permiso de residencia mencionado en el art. 24 Directiva 2004/83/CE, o la totalidad de dicho período si excede de 18 meses, se tendrá en cuenta para calcular el período a que se refiere el ap. 1”.

El periodo a que se refiere el ap. 1 es el de residencia legal e ininterrumpida “en su territorio” (el del que concede el estatuto de residente de larga duración), durante los cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud correspondiente.

Nada se dice en ese art. 4 Directiva 2003/109 de que, a tal efecto y en relación con los extranjeros a quienes se les haya concedido la condición de beneficiario de protección internacional, deban computarse no sólo los periodos de permanencia en el territorio del Estado que concede el estatuto de residente de larga duración (España, en la norma proyectada), sino también los periodos de permanencia en el territorio del Estado miembro de la Unión Europea que hubiere reconocido esta condición. Podría suponerse que, con ello, se pretendiera establecer unas condiciones más favorables que las previstas en la citada Directiva 2003/109; pero, de un lado, nada se dice en ese sentido en la memoria ni en otros documentos del expediente, como tampoco en el preámbulo de la norma; tampoco hay otros datos que apunten en esa dirección a la vista del resto de la transposición efectuada; y, en todo caso, ello exigiría que el propio texto incluyera alguna previsión para dejar claro si habrían de computarse o no los periodos de residencia en otros Estados miembros (“intermedios” entre el concedente de la protección internacional y el otorgante de la residencia de larga duración).

A todo lo anterior cabe añadir que el considerando 9 Directiva 2003/109 señala que la armonización de las condiciones de adquisición del estatuto de residente de larga duración favorece la confianza mutua entre Estados miembros y que, aunque el Tratado no excluye la posibilidad de que se apliquen disposiciones nacionales más favorables, a efectos de esa Directiva, es conveniente que los permisos expedidos en condiciones más favorables no otorguen el derecho de residencia en los demás Estados miembros;

más tajante es, en este punto, la Directiva 2011/51 –de cuya transposición se trata ahora–, cuyo considerando 8 indica que las condiciones fijadas en la Directiva 2003/109/CE en cuanto al derecho de los residentes de larga duración a residir en otro Estado miembro y a obtener el estatuto de residente de larga duración “deben aplicarse de la misma forma a todos los nacionales de terceros países que hayan obtenido el estatuto de residente de larga duración”; lo que confirma la idea recogida en el considerando 4 anterior, de acuerdo con el cual los beneficiarios de protección internacional “deben (...) poder obtener el estatuto de residente de larga duración en el Estado miembro que les haya concedido la protección internacional en las mismas condiciones que otros nacionales de terceros países” (en las mismas, no en otras más favorables).

En definitiva, el art. 4 Directiva 2003/109 no incluye, en el periodo de cinco años de residencia legal, ininterrumpida e inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud, más que los periodos de residencia en el Estado en el que se formula dicha solicitud, sin que se computen los periodos de permanencia en el Estado miembro –distinto del anterior– que hubiere reconocido la condición de beneficiario de protección internacional.

Ciertamente, existe alguna excepción a la regla del art. 4 Directiva 2003/109, como la prevista en el art. 16.2º Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 mayo 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, que permite acumular periodos de residencia en diferentes Estados miembros a fin de cumplir el requisito de duración de la residencia [“No obstante lo dispuesto en el art. 4, ap. 1, de la Directiva 2003/109/CE, el titular de una tarjeta azul UE que haya hecho uso de la posibilidad prevista en el art. 18 de la presente Directiva estará autorizado a acumular periodos de residencia en diferentes Estados miembros a fin de cumplir el requisito de duración de la residencia, si reúne las condiciones siguientes..."]. Pero no se observa previsión análoga en relación con los extranjeros a los que se hubiere concedido la condición de beneficiario de protección internacional (no, al menos, en la Directiva 2003/109, objeto de transposición, ni en la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 abril 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida).

En consecuencia, en el primero de los párrafos añadidos al art. 152.1.a) del Reglamento LO 4/2000 (esto es, el que comienza diciendo “Respecto a los extranjeros...”) debe suprimirse el inciso “o en el Estado miembro de la Unión Europea que hubiere reconocido esta condición”. Como consecuencia de ello, también ha de suprimirse el segundo párrafo íntegramente (esto es, el que está precedido del ordinal “1º”), puesto que se refiere, precisamente, al cómputo del periodo de permanencia en el Estado miembro que le reconoció aquella condición (distinto de España). Asimismo, y por las mismas razones, debe suprimirse el segundo párrafo introducido en el art. 153.2º.c) del Reglamento LO 4/2000 por el apartado dos del artículo único proyectado.

Esta observación se formula con carácter esencial a efectos de lo previsto en el art. 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el RD 1674/1980, de 18 de julio.

Por otra parte, aun cuando existiera alguna razón que hubiera llevado a incluir en la norma proyectada el cómputo del periodo de permanencia en el Estado miembro, distinto de España, que le reconoció la condición de beneficiario de protección internacional, ha de notarse que una detenida lectura del texto proyectado revela que no es eso lo que se dice; y, en todo caso, no es lo que prevé el art. 4.2 Directiva 2003/109 (en la redacción dada por la Directiva 2011/51) cuya transposición se pretende.

En efecto, el art. 4.2º Directiva 2003/109 (tras la modificación operada en 2011), que ha quedado ya transcrito, indica que para calcular el periodo de cinco años (de residencia previa, legal e ininterrumpida), se computará al menos la mitad del tiempo transcurrido entre la solicitud de protección internacional y el permiso de residencia concedido al acceder a esa solicitud.

Sin embargo, en la norma proyectada se dice que, respecto a los extranjeros a los que se ha concedido la condición de beneficiario de protección internacional, “se les computarán los periodos de permanencia en España o en el Estado miembro de la Unión Europea que hubiere reconocido esta condición” en la forma que a continuación se establece. Y tanto en el ordinal 1º como en el ordinal 2º se dice que

“dichos periodos [i.e.: los citados en ese párrafo anterior] se computarán en el 50% de su duración, y comprenderán desde la fecha de presentación de la solicitud de protección internacional sobre cuya base se hubiere concedido la misma, hasta la fecha de concesión” del permiso o autorización correspondiente.

Como es natural, los periodos de permanencia en España (o en el Estado miembro que reconoció la protección internacional, según la redacción proyectada) no deben computarse –en su totalidad– al 50% de su duración, ni tampoco comprenderán –únicamente– el tiempo transcurrido desde la solicitud de protección internacional hasta la concesión de la autorización correspondiente; antes bien, los periodos de permanencia en España se les computarán, como regla, íntegramente –al 100%–, y sólo el tiempo transcurrido entre aquella solicitud y la concesión de la autorización puede computarse –al menos– al 50%.

Por ello, debe corregirse el texto proyectado para el art. 152.1.a) del Reglamento objeto de modificación, a fin de recoger correctamente lo previsto en el último párrafo del art. 4.2 Directiva 2003/109 (en la redacción dada por la Directiva 2011/51), de acuerdo con lo expuesto.

Para ello, podría sustituirse la redacción del inciso “... dichos periodos se computarán en el 50% de su duración, y comprenderán desde la fecha de presentación...” por un inciso con una redacción análoga a la siguiente: “... se computará en el 50% de su duración el periodo transcurrido desde la fecha de presentación...” (en el párrafo que comienza con el ordinal 2º, puesto que el que se abre con el ordinal 1º ha de quedar suprimido, de acuerdo con la observación formulada más arriba).

Esta observación se formula con carácter esencial a efectos de lo previsto en el art. 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el RD 1674/1980, de 18 de julio.

Por lo demás, en varios de los informes recabados en la tramitación del expediente, se ha subrayado que la norma europea de que trae causa el nuevo texto establece como un mínimo el cómputo de la mitad del periodo transcurrido entre la solicitud de protección internacional y la concesión del permiso mencionado en ese artículo; y se propone, a partir de ello, que se aumente el porcentaje del 50% recogido en la norma proyectada. La propuesta no ha sido atendida por el órgano impulsor de la iniciativa.

Ciertamente, el mantenimiento del citado porcentaje no puede ser objetado desde el punto de vista de la norma europea de que trae causa, que efectivamente contempla el 50% en términos de mínimo, por lo que bien puede un Estado miembro adoptar ese mínimo y no computar íntegramente el periodo a que se refiere la norma. Ahora bien, además de las razones que han invocado las entidades consultadas –a las que no consta que se haya dado respuesta en el expediente–, en el ámbito interno deben buscarse soluciones que coadyuven a la coherencia global del sistema jurídico. Por ello, si para conceder la autorización de residencia de larga duración se exige un periodo –de 5 años– de residencia legal (además de previa e ininterrumpida), parece que debería computarse el 100% del periodo de referencia, en relación con las solicitudes formuladas en España, si en nuestro país la residencia posterior a la fecha de la presentación de la solicitud se considera legal. En esta dirección –legalidad de la residencia en el periodo transcurrido entre la solicitud de protección y la concesión del permiso– parecen apuntar datos como las previsiones del art. 18 Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (que recoge el derecho del solicitante de protección a ser documentado como tal) o su art. 19 (de acuerdo con el cual, solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o sea esta inadmitida). A la vista de ello, la coherencia del sistema aconseja un cómputo íntegro del periodo de referencia.

B) El apartado dos modifica la letra c) del ap. 2 del art. 153, así como el ap. 5 del mismo art. 153, siempre del Reglamento de Extranjería.

En lo que se refiere a la primera modificación, consiste en la adición de un segundo párrafo en el art. 153.2º.c) del Reglamento de Extranjería (relativo a la documentación que debe acompañarse a la solicitud de residencia de larga duración–UE), de forma que su contenido pasaría a ser el siguiente:

“c) En su caso, documentación acreditativa de los periodos de residencia previa, como titular de una Tarjeta azul–UE, en otros Estados miembros de la Unión Europea.

Para beneficiarios de protección internacional, documentación acreditativa de los periodos de residencia previa en el Estado miembro que le concedió la protección internacional”.

Como se advirtió, el primer párrafo supone una excepción a la regla de cinco años de residencia previa, legal e ininterrumpida en el Estado en el que se formula la solicitud; excepción que encuentra apoyo en el art. 16.2º Directiva 2009/50/CE (relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado), que permite acumular periodos de residencia en diferentes Estados miembros a fin de cumplir el requisito de duración de la residencia. Pero si no existe una excepción análoga en relación con los beneficiarios de protección internacional, que les permita acumular los periodos de residencia en el Estado miembro que le concedió la protección internacional (excepción que no se observa ni en la Directiva 2003/109, objeto de transposición, ni en la Directiva 2004/83/CE, antes citada, y a la que ninguna referencia se hace en el expediente) el segundo párrafo del art. 153.2.c) proyectado debe ser suprimido, de acuerdo con lo que ya se expuso y con la observación –de carácter esencial– formulada más arriba.

El mismo apartado dos del artículo único del Proyecto modifica el ap. 5 del art. 153 del Reglamento de Extranjería, que pasará a tener los siguientes términos.

“5. Concedida, en su caso, la autorización de residencia de larga duración–UE, el extranjero deberá solicitar personalmente la Tarjeta de Identidad de Extranjero, en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución.

En el epígrafe “Tipo de permiso” de la tarjeta expedida, constará la mención “Residente de larga duración–UE”

Cuando se conceda una autorización de residencia de larga duración–UE a un extranjero al que se ha concedido en España la condición de beneficiario de protección internacional, se anotará en el epígrafe ‘observaciones’ de su tarjeta la mención siguiente: “Residente de larga duración–UE, protección internacional concedida por España con fecha...”.

En el caso de que España expida como segundo Estado miembro una autorización de residente de larga duración–UE a un extranjero que disponga del estatuto de residente de larga duración–UE concedido en otro Estado miembro, y conste en el apartado “observaciones” que se trata de un beneficiario de protección internacional concedida por ese Estado miembro, las autoridades españolas competentes en materia de extranjería procederán a anotar la misma observación en su tarjeta, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente.

Con carácter previo a proceder a dicha anotación, las autoridades españolas competentes en materia de extranjería solicitarán del Estado miembro que concedió la protección internacional que se pronuncie, en el plazo de un mes, acerca de si la condición de beneficiario de protección internacional continúa vigente. De no continuar vigente dicha condición, las autoridades españolas competentes en materia de extranjería no procederán a incluir dicha observación.

Cuando en el caso señalado en el párrafo anterior se produzca, de conformidad con la normativa aplicable, la transferencia de responsabilidad de la protección internacional a un segundo Estado miembro, las autoridades competentes españolas deberán atender la solicitud de dicho Estado miembro en el sentido de modificar en consecuencia la observación detallada en el párrafo anterior eliminando la mención a “España”, en el plazo de tres meses desde la recepción de la petición, a fin de que dicho segundo Estado miembro pueda incorporar la mención correspondiente.

Cuando de conformidad con la normativa vigente, se produzca la transferencia de responsabilidad de la protección internacional a España, la anotación reflejada en el apartado “observaciones” deberá ser modificada e incluir la referencia a “transferido a España”. Dicha anotación deberá reflejarse en el plazo de tres meses a contar desde la transferencia”.

Los dos primeros párrafos no se alteran y mantienen su redacción vigente. El tercer párrafo se adecua a lo previsto en el art. 8.4º Directiva 2003/109 (que ha sido añadido por la Directiva 2011/51), mientras que el cuarto párrafo es conforme con lo que dispone el primer párrafo del art. 8.5º de la misma Directiva 2003/109.

Mayores dudas ha suscitado en el expediente el quinto párrafo (“Con carácter previo...” y, en particular, su inciso final: “De no continuar vigente dicha condición, las autoridades españolas competentes en materia de extranjería no procederán a incluir dicha observación”). Las reservas derivan del dato de

que la norma comunitaria de que trae causa exige la existencia de una decisión firme: “Cuando la protección internacional haya sido retirada por decisión firme, el segundo Estado miembro no anotará dicha observación”.

La lectura del art. 8.5º Directiva 2003/109 parece apuntar a que el interesado sigue siendo beneficiario de la protección internacional mientras esta no haya sido retirada por decisión firme; a partir de ello, puede entenderse que la redacción proyectada es conforme con el espíritu de la norma europea. Ciertamente, si se incluyera la referencia a la firmeza de la decisión, se asegura la correcta transposición en este punto, pero también debe notarse que la misma Directiva 2004/83, antes citada, contempla supuestos de cese de la condición de refugiado sin necesidad de resolución firme (p. ej., en el art. 11.1º). Por lo demás, se echa en falta, nuevamente, una referencia en el expediente a las razones que han llevado a mantener la actual redacción frente a las diferentes observaciones que, en relación con esta cuestión, se han efectuado en la tramitación del expediente.

Mayores reservas plantea al Consejo de Estado el sexto párrafo del art. 153.5º proyectado; reservas que se suscitan ya desde el inciso inicial, cuando refiere el supuesto de hecho al “caso señalado en el párrafo anterior”, al que ciertamente no parece referirse su contenido. A juicio del Consejo de Estado, deben suprimirse en él las dos referencias al párrafo anterior (“... en el caso señalado en el párrafo anterior...” y “... detallada en el párrafo anterior...”), puesto que el texto de este sexto párrafo no contempla un desarrollo del caso y observación recogidos en el párrafo quinto (la confusión pudiera venir de una versión anterior, en que había subapartados 5 bis y 5 ter, si bien tampoco entonces era correcto utilizar el término “párrafo”). Tampoco es clara la razón de la expresión “eliminando la mención a ‘España’”, puesto que el país afectado por la modificación no será siempre España. Por esa misma razón, debería suprimirse también el inciso final (“... a fin de que dicho segundo Estado miembro pueda incorporar la mención correspondiente”), puesto que será España (o, en general, el Estado que le haya concedido la residencia de larga duración) quien deberá modificar la observación correspondiente.

Además, no es claro si con este párrafo sexto (y el siguiente) se pretende incorporar el contenido del art. 8.6º Directiva 2003/109 o, por el contrario, el ap. 1 del art. 19 bis de la Directiva, sin que en ninguno de los dos casos se estime correcta la solución adoptada. Por lo demás, en el texto proyectado no parece haberse recogido la previsión del art. 19 bis.2 Directiva 2003/109, ni para el caso en que España es el primer Estado (el que concedió la residencia de larga duración), ni para cuando España es el segundo Estado miembro (esto es, el que concede la protección internacional).

En definitiva, la regulación de estos dos últimos párrafos del art. 153.5º proyectado es harto confusa; aunque parece que pretende llevar a cabo una incorporación de los arts. 8.6 y 19 bis (aps. 1 y 3) de la Directiva 2003/109, la incorporación no es correcta y resulta en todo caso incompleta.

A fin de introducir cierta claridad en la transposición, ya tardía, de las previsiones que la Directiva 2011/51 ha incorporado a la Directiva 2003/109, conviene hacer unas consideraciones sobre lo que se persigue con la modificación del art. 153.5º.

En principio, la modificación del art. 153.5 parece orientada a incorporar tanto las previsiones del art. 8 (apartados 4, 5 y 6) como los del art. 19 bis (aps. 1, 2 y 3) de la Directiva 2003/109, en la redacción dada por la Directiva 2011/51. Aunque los preceptos de la norma europea distan de ser mínimamente claros, la norma proyectada parece haber intentado incorporarlos con una norma más comprimida que, sin embargo, ni abarca todos los supuestos contemplados en la norma europea, ni acomoda su solución, en todos los casos, a lo previsto en aquélla.

Así, en esencia, el art. 8 Directiva contempla el caso de un Estado miembro que expida un permiso de residencia de larga duración a una persona a la que ha concedido protección internacional (por lo que deberá hacer constar la observación correspondiente: art. 8.4º); si después, un segundo Estado miembro le concede otro permiso de residencia de larga duración, deberá hacer constar esa misma observación (previa comprobación de su vigencia: art. 8.5º); y si, finalmente, la protección internacional es transferida a este segundo Estado miembro, deberá modificar la observación en consecuencia (art. 8.6º). Estas tres previsiones han de ser incorporadas al ordenamiento interno mediante su bilateralización; esto es, contemplando tanto el supuesto de que España sea el Estado miembro que inicialmente concede el

permiso de residencia de larga duración (y, por tanto, debe no sólo incluir la observación del art. 8.4º, sino también atender, en el plazo de un mes, la petición de información sobre su vigencia que le formule un segundo Estado miembro que, con posterioridad, le expida otro permiso de residencia de larga duración –8.5–), como el supuesto de que España sea el segundo Estado miembro (y, por tanto, deba incluir en el permiso que expida la observación que figura en el permiso anterior, previa solicitud de información sobre la vigencia de la protección –8.5º–, así como modificar esa observación en caso de que le sea transferida finalmente la protección internacional –8.6º–).

Por su parte, el art. 19 *bis* Directiva contempla, básicamente, el supuesto de que se transfiera la responsabilidad de la protección internacional a un segundo Estado miembro (ap. 1) o que se conceda la protección internacional por un segundo Estado miembro (ap. 2), antes de que este segundo Estado miembro haya expedido el permiso de residencia de larga duración (por lo tanto, la persona en cuestión tiene un permiso de residencia de larga duración de un “primer” Estado miembro); se prevé para tales casos que el segundo Estado miembro pida al primer Estado miembro que modifique el permiso de residencia de larga duración que tiene concedido, a fin de hacer constar bien la transferencia de la protección internacional (modificando la observación preexistente: ap. 1), o bien la concesión de la protección (introduciendo la observación *ex novo*: ap. 2). En ambos casos, el “primer” Estado miembro deberá atender esa solicitud de modificación en un plazo de tres meses (ap. 3). De nuevo, las tres previsiones han de ser incorporadas al Derecho interno mediante su bilateralización: esto es, contemplando tanto el supuesto de que España sea el segundo Estado miembro al que se transfiere o que concede la protección internacional (y que debe, en consecuencia, solicitar la modificación del permiso preexistente mediante la modificación de la observación –ap. 1– o mediante su inclusión *ex novo* –ap. 2–), como el supuesto de que España sea el “primer” Estado miembro (que debe, en consecuencia, modificar el permiso, en una u otra de las formas apuntadas, a solicitud del segundo Estado miembro, en el plazo de tres meses –ap. 3–).

Pues bien, en la norma proyectada, los párrafos tercero, cuarto y quinto (siempre del art. 153.5º Reglamento de Extranjería, en la redacción proyectada) parecen incorporar las previsiones de los arts. 8.4º y 8.5º Directiva; pero no está recogido el supuesto del art. 8.5º cuando España sea el “primer” Estado miembro, a quien el segundo Estado miembro le solicita información sobre la vigencia de la protección internacional (que deberá responder en el plazo de un mes). Por su parte, el supuesto del art. 8.6º, cuando la responsabilidad de la protección internacional es transferida a España, después de haber concedido el permiso de residencia de larga duración parece recogerse en el séptimo párrafo, cuando lo correcto habría sido introducirlo a continuación del quinto.

Así las cosas, el sexto párrafo parece querer incorporar lo previsto en el art. 19 *bis* de la Directiva. Ese sexto párrafo contempla el supuesto de que, habiendo expedido España el permiso de residencia de larga duración a favor de un beneficiario de protección internacional concedida por España (no es el supuesto del “párrafo anterior”, en que la protección fue concedida por otro Estado), se produzca una transferencia de protección internacional a otro Estado miembro; en tal caso, se dice, debe eliminarse la mención a España en la observación correspondiente. En realidad, más que eliminar la mención a España, debería incluirse la mención de “transferido” al país de que se trate, por coherencia con la modificación que se contempla en el párrafo séptimo. Con ello, parece querer incorporarse el ap. 1 del art. 19 *bis* de la Directiva (aunque no se entiende el inciso final del párrafo sexto proyectado, “a fin de que dicho segundo Estado miembro pueda incorporar la mención correspondiente”), pero no queda plenamente incorporado el art. 19 *bis* de la Directiva.

En efecto, no se contempla el supuesto –del mismo ap. 1 del art. 19 *bis*– para el caso en que España sea el segundo Estado miembro al que le ha sido transferida la responsabilidad de la protección internacional antes de haber concedido el permiso de residencia de larga duración; en tal caso, será España quien deberá pedir al Estado miembro que expidió el permiso de residencia de larga duración que modifique la observación correspondiente.

Y tampoco se recoge el supuesto del ap. 2 del mismo art. 19 *bis*, en ninguna de las dos posiciones en que puede encontrarse España: ni cuando España es el Estado que ha concedido el permiso de residencia de larga duración ni cuando España es el “segundo Estado” del art. 19 *bis*.2. En el primer caso, cuando España es el Estado que ha concedido el permiso de residencia de larga duración (a una persona que,

hasta entonces, no es beneficiario de protección internacional) y recibe una petición de un segundo Estado miembro que ha concedido la protección internacional (pero que aún no le ha concedido un permiso de residencia de larga duración), España recibirá la petición de ese segundo Estado miembro de que incluya la observación correspondiente (nótese que no se trata de una modificación de la observación, sino de una inclusión *ex novo*, pero con referencia a otro país distinto de España), de forma que España deberá expedir el permiso de residencia de larga duración, modificado, en el plazo de tres meses (ap. 3 del art. 19 *bis*). En el segundo caso, cuando España es el “segundo Estado” del art. 19 *bis*.2, esto es, el que concede la protección internacional a una persona que tiene la residencia de larga duración de otro Estado miembro, es España quien debe cursar la petición correspondiente a ese primer Estado, para que se incluya en el permiso de residencia de larga duración (expedido por ese primer Estado) la observación relativa a la protección internacional concedida por España; supuesto este que tampoco aparece contemplado en la norma proyectada.

En definitiva, a juicio del Consejo de Estado, en la medida en que lo que se pretende es completar la incorporación al ordenamiento interno de las modificaciones introducidas por la Directiva 2011/51 en la Directiva 2003/109, ha de concluirse que la modificación del art. 153 del Reglamento de Extranjería proyectada en el apartado dos del Proyecto es manifiestamente insuficiente, además de incorrecta, por lo que la redacción proyectada ha de ser corregida y completada de acuerdo con cuanto queda expuesto, de forma que queden correctamente incorporadas las previsiones de los apartados 5 y 6 (además del 4) del art. 8, así como las de los aps. 1, 2 y 3 del art. 19 *bis* (todos ellos, de la Directiva 2003/109 modificada por la Directiva 2011/51), debidamente bilateralizadas.

Esta observación se formula con carácter esencial a efectos de lo previsto en el art. 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el RD 1674/1980, de 18 de julio.

C) Por último, el apartado tres del artículo único del Proyecto introduce una nueva letra e) en el ap. 1 del art. 166 (referido a los casos en que se producirá la extinción de la residencia de larga duración), que queda redactado del siguiente modo: “e) Cuando, obtenida la autorización por la persona a quien otro Estado miembro reconoció protección internacional, las autoridades de dicho Estado hubieran resuelto el cese, finalización, denegación de la renovación o la revocación de la citada protección”

En el curso de la tramitación del expediente han sido varios los informes que han criticado la taxatividad de esta causa de extinción frente al carácter potestativo que tiene en el art. 9.3 *bis* de la Directiva 2003/109 (“ Los Estados miembros podrán retirar el estatuto de residente de larga duración en caso de revocación, finalización o denegación de la renovación de la protección internacional, según lo establecido en el art. 14, ap. 3, y en el art. 19, ap. 3 Directiva 2004/83/CE, si el estatuto de residente de larga duración ha sido obtenido sobre la base de la protección internacional”).

En relación con ello (y al margen del tenor de los citados arts. 14.3 y 19.3º Directiva 2004/83), ha de recordarse que la LO 4/2013 ha modificado recientemente el art. 32.5 LO 4/2000 (referido a los casos en que se producirá la extinción de la residencia de larga duración), añadiendo una nueva letra e), con el siguiente tenor:

“e) cuando, obtenida la autorización por la persona a quien otro Estado miembro reconoció protección internacional, las autoridades de dicho Estado hubieran resuelto el cese o la revocación de la citada protección”.

Por tanto, el carácter taxativo y determinante de la extinción de la residencia de larga duración tiene origen en la Ley y no puede el Reglamento alterar esa solución. Por otra parte, llama la atención que la Ley se refiere al “cese o la revocación”, mientras que la norma proyectada añade los casos de “finalización” y “denegación de la renovación” que están expresamente recogidos en la Directiva y no parecen contravenir lo previsto en la Ley. Por último, ha de subrayarse que esta causa de extinción de la residencia de larga duración se prevé en la Directiva para “si el estatuto de residente de larga duración ha sido obtenido sobre la base de la protección internacional”, precisión que convendría incorporar; aunque no está recogida de forma expresa en el citado apartado e) del art. 32.5º LO 4/2000, es clara la vinculación de éste con el art. 9.3 *bis* Directiva 2003/109 y, por tanto, con el supuesto para el que aquella causa está

previsto (que la autorización de residencia de larga duración se haya concedido sobre la base de la protección internacional).

En definitiva, entiende el Consejo de Estado que es necesaria una revisión en profundidad de la norma proyectada, para una correcta incorporación de la Directiva 2011/51 de repetida referencia, lo que ha de hacerse de forma urgente, teniendo en cuenta que la transposición de la Directiva 2011/51 debía haberse producido, “a más tardar, el 20 mayo 2013”(de acuerdo con su art. 2). [...]

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

2013/Doc/9.– Informe al anteproyecto de Ley de asistencia jurídica gratuita, de 21 marzo 2013.
 file:///C:/Users/JoseCarlos/Downloads/20130402%20Anteproyecto%20Ley%20Asistencia%20jur%C3%ADdica%20gratuita%20(1).pdf. 20

[...]

V. Examen del contenido del Anteproyecto.

1. Las modificaciones que afectan a la configuración del derecho a la asistencia jurídica gratuita (título i del anteproyecto)

a) Ámbito personal de aplicación (art. 2 del Anteproyecto)

[...] 49. Pasando a valorar algunas de las modificaciones que se encuentran en este Título del Anteproyecto, debemos comenzar refiriéndonos a la referencia que en el art. 2.1º.a) se hace a los extranjeros que se hallen en España, respecto de los cuales se dice que tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar “de conformidad con lo dispuesto en el art. 22 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”. El ap. 1 de ese precepto indica que “los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles”.

50. La innovación es aquí mínima y de naturaleza puramente formal, pues el Anteproyecto opta por una fórmula de remisión al cuerpo normativo donde se contiene la regulación sobre extranjería, en lugar de facilitar una regulación propia que, como sucede con la del actual art. 2.a) LAJG (“los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar”), resulte materialmente coincidente con la de aquél. Esta técnica, en principio, resulta plausible, pues concentra en la regulación legal del régimen de los extranjeros las especialidades que pueda haber en relación con su derecho a la asistencia jurídica gratuita, evitando posibles contradicciones entre los dos cuerpos legales. De igual modo, la supresión del contenido del actual art. 2.e) LAJG, combinada con la previsión de dejar subsistente el régimen Ley de Extranjería, no desata mayores consecuencias, puesto que el contenido de aquel precepto es equivalente al que se desprende de lo dispuesto en el art. 22.2º y 3º LO 4/2000. [...]

115. Así como la exigencia de ratificación para mantener en el orden contencioso-administrativo el beneficio concedido en la vía administrativa previa –lo que viene a suponer una suerte de generalización de lo ya previsto en el art. 22.3º LO 4/2000 para los procesos contra resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en sede de denegación de entrada, devolución o expulsión de extranjeros–, puede merecer un juicio favorable, resulta más discutible que el beneficio ya obtenido en sede jurisdiccional vea supeditado su mantenimiento en vía de recurso a un acto de ratificación que puede obligar a una nueva acrédi-

tación de la insuficiencia de recursos si acaso hubiera transcurrido un año desde que el derecho le hubiera sido reconocido; lo que significa, entre otras cosas, que el coste de que el procedimiento se prolongue, por causas en muchas ocasiones estructurales, se hace recaer sobre el beneficiario de la justicia gratuita, quien tendrá que someterse a una nueva acreditación de su insuficiencia de recursos si no quiere perder el derecho que ya le fue reconocido al iniciarse el procedimiento. [...]

ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL TEXTO REFUNDIDO LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

2013/Doc/10.— Informe del Consejo General del Poder Judicial, Pleno, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido Ley de propiedad intelectual, aprobado por RD—legislativo 1/1996, de 12 de abril, y Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, de 25 julio 2013. file:///C:/Users/JoseCarlos/Downloads/20130729%20Infome%20L.P.I.%20%20y%20L.E.C.%20(2).pdf.

[...]

5. *Ámbito de aplicación de la LPI respecto de los artistas intérpretes o ejecutantes: las modificaciones que afectan al art. 164 LPI*

140. Conforme al Anteproyecto, se dotaría de nueva redacción al art. 164.2º, para limitar la asignación a los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países (no comunitarios) de los mismos derechos reconocidos en esta Ley, a los casos en que tales artistas tengan su residencia habitual en España o la interpretación o ejecución se haya efectuado en territorio español (eliminando pues el supuesto de que la interpretación o ejecución esté grabada en un soporte fonográfico o audiovisual que resulte protegido, o se incorpore a una emisión de radiodifusión protegida, conforme a lo dispuesto en esta Ley). Adicionalmente, el proyectado art. 164.3º prevé que incluso aunque se trate de artistas habitualmente residentes en España o que hayan efectuado en nuestro territorio su interpretación o ejecución, si reúnen la condición de ciudadanos de terceros países no comunitarios, no podrán gozar del derecho a una remuneración equitativa reconocido en el art. 108.5º LPI (remuneración equitativa por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales) cuando la legislación de su país no reconozca el mismo derecho a los artistas intérpretes o ejecutantes españoles. Este giro hacia un criterio de reciprocidad material, se ve completado con la reforma prevista del art. 164.4º, de acuerdo con la cual [cursivas lo que agrega el Anteproyecto]:

“... los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países gozarán de la protección que corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, estarán equiparados a los artistas intérpretes o ejecutantes españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo *en relación con cada derecho moral, exclusivo o de remuneración equitativa considerados de forma independiente*”.

141. La modificación de este precepto, en caso de ser finalmente aprobada, generaría diversas disfunciones desde el punto de vista tanto de la propia sistemática interna de la LPI, como de la relación de sus normas con ciertas disposiciones convencionales de naturaleza internacional aplicables al caso. Por lo que se refiere a las razones de índole sistemática, debe observarse que la supresión de las letras c) y d) del art. 164.2º LPI, que supondría la no protección de los artistas nacionales de terceros países (no comunitarios) que no residan habitualmente en España ni hayan efectuado aquí su interpretación o ejecución, aunque ésta se haya grabado en un soporte fonográfico o audiovisual, o se incorpore a una emisión de radiodifusión, que sí estén protegidos en España, no iría acompañada de la supresión de ningún elemento en los arts. 165 y 166 LPI, lo que significa que, en caso de aprobarse sin cambios esta parte del Anteproyecto, los fonogramas, las grabaciones audiovisuales y las emisiones de radiodifusión que contengan una interpretación o ejecución artística podrían estar protegidos en España sin que al mismo

tiempo lo estuviese la interpretación o ejecución artística en ellos contenida. Pero además de este efecto, que situaría a los artistas en una clara posición de discriminación frente a los productores y los organismos de radiodifusión, la modificación proyectada entrañaría otra clase de asimetría, ya que el futuro art. 164 LPI introduciría un criterio de reciprocidad material (la protección al extranjero se subordina a que en su ordenamiento se reconozcan a los españoles derechos semejantes a los que nuestra legislación les reconoce), siendo así que el resto de preceptos del Libro IV de la LPI seguirán manteniendo el criterio de la reciprocidad formal (*id est*, basta con que en el país extranjero no se produzca una diferencia de trato entre sus nacionales y los españoles, sin que sea necesario que el ordenamiento foráneo reconozca la misma clase de derechos, o con igual alcance, que el ordenamiento español). No parece razonable que las normas contiguas de los arts. 163 a 167 LPI pasen a estar regidas, en lo tocante al régimen de reciprocidad, por criterios opuestos, de tal modo que según cuál sea la categoría de titulares la Ley dispense una solución de signo diferente.

142. Pero si las razones señaladas en el párrafo anterior creemos que bastarían por sí solas para aconsejar a nuestro prelegislador la reconsideración de la modificación que planea introducir en el art. 164 LPI, cabe añadir todavía un último argumento, esta vez relacionado con la existencia de un instrumento internacional de índole bilateral, celebrado entre los EE UU y el Reino de España, en virtud del cual se garantiza que los ciudadanos de nacionalidad norteamericana disfrutarán en España, en todo lo concerniente a la propiedad intelectual, de los mismos derechos que los súbditos españoles. Se trata del Canje de Notas entre España y EE UU para la protección de la Propiedad Intelectual de 6 y 15 julio 1895 (posteriormente ratificado por otro de fecha 18 y 26 noviembre 1902), que no ha sido denunciado por ninguna de las partes. Diversas sentencias recientes emitidas por las secciones especializadas de las dos Audiencias Provinciales que vienen marcando la pauta en el campo de los derechos de propiedad intelectual (*vid.* SS AP Madrid 28ª 11 y 17 marzo 2011 y SAP Barcelona 15ª 9 junio 2011), han corroborado que: (i) dicho Canje de Notas constituye un convenio no denunciado que se rige por las reglas propias de los tratados internacionales y que en consecuencia sirve para determinar la protección en España de los derechos de los artistas estadounidenses, de conformidad con el art. 164.3º LPI; (ii) en virtud de su contenido, los ciudadanos americanos disfrutaban en España, en todo lo concerniente a la propiedad intelectual, de los mismos derechos que los súbditos españoles, y a la inversa, los súbditos españoles gozarán en esa materia de las ventajas otorgadas por la norma vigente en los EE UU; (iii) a pesar de los cambios legislativos habidos en los dos países, permanece clara la voluntad de ambos países de mantener su aplicación cualquiera que sea la legislación interna de cada uno de ellos en un determinado momento, lo que permite extender su virtualidad a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes; (iv) en consecuencia, la vigencia y aplicabilidad del Canje de Notas obliga a atribuir en España a los artistas, intérpretes o ejecutantes norteamericanos la misma protección que se confiere a los nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 164.3º LPI. Así las cosas, la proyectada modificación del art. 164 LPI podría carecer de virtualidad, al menos en lo que se refiere a los artistas de nacionalidad estadounidense, si se tiene en cuenta la primacía de que goza el mencionado instrumento internacional, el cual debe considerarse formando parte de nuestro ordenamiento; no debiendo olvidarse que tanto el actual primer inciso del art. 164.3º LPI, como el del proyectado art. 164.4º LPI, proclaman que “en todo caso, los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países gozarán de la protección que corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte”.

VI. Conclusiones

[...]

Duodécima.— Finalmente, en lo relativo a la reforma que se proyecta hacer en el art. 164 LPI, acerca del ámbito de aplicación de la LPI respecto de los artistas intérpretes o ejecutantes, se concluye lo que sigue:

[...]

– La supresión de las letras c) y d) del art. 164.2º LPI, que supondría la no protección de los artistas nacionales de terceros países (no comunitarios) que no residan habitualmente en España ni hayan efectuado aquí su interpretación o ejecución, aunque ésta se haya grabado en un soporte fonográfico o audiovisual, o se incorpore a una emisión de radiodifusión, que en cambio sí estén protegidos en España, provoca una discriminación de los artistas por comparación con los productores y los organismos de radiodifusión (§ 141).

– Por otro lado, la modificación proyectada en el art. 164.3º LPI introduciría un criterio de reciprocidad material (la protección al extranjero se subordina a que en su ordenamiento se reconozcan a los españoles derechos semejantes a los que nuestra legislación les reconoce), siendo así que el resto de preceptos contiguos de ese Libro IV de la LPI seguirán manteniendo el criterio de la reciprocidad formal, lo cual no parece razonable desde un punto de vista sistemático (§ 141).

– La proyectada modificación del art. 164 LPI podría carecer de virtualidad, al menos en lo que se refiere a los artistas de nacionalidad estadounidense, si se tiene en cuenta la primacía de que goza el Canje de Notas entre España y EE UU para la protección de la Propiedad Intelectual de 6 y 15 julio 1895 (posteriormente ratificado por otro de fecha 18 y 26 noviembre 1902), el cual debe considerarse formando parte de nuestro ordenamiento; no debiendo olvidarse que tanto el actual primer inciso del art. 164.3 LPI, como el del proyectado art. 164.4º LPI, proclaman que “en todo caso, los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países gozarán de la protección que corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte” (§ 142).

[...]

ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE REFORMA ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DEL REGISTRO CIVIL

2013/Doc/11.– Informe del Consejo General del Poder Judicial, Pleno, sobre el Anteproyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro civil, de 12 noviembre 2013. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Buscadores?text=&categoria=null,null,673adf34e743b210VgnVCM100000cb34e20aRCRD>

[...]

2. *Modificaciones que afectan a la Ley del Registro Civil.*

65. Como señalamos en las consideraciones generales del Informe, las modificaciones que afectan a la LRC son de mayor hondura [...]

b) Comprobación de la identidad del recién nacido y de la relación de filiación materna

[...] 80. Algo similar cabe decir en relación con los alumbramientos ocurridos en centros sanitarios españoles y protagonizados por ciudadanas extranjeras, cuyos nacidos estén llamados a ser igualmente extranjeros. Cuesta pensar que el prelegislador estime razonable que a una ciudadana extranjera que alumbró su hijo en España, quizás por razones completamente casuales, se le pueda exigir la toma de muestras necesarias, sin su consentimiento, para garantizar la identificación del recién nacido y sus lazos de filiación con ella, de tal forma además que de los resultados de tales pruebas se va a dejar constancia en la inscripción de nacimiento de su hijo en el Registro Civil español. Partiendo de que, de conformidad con el art. 9 LRC, “en el Registro Civil constarán los hechos y actos inscribibles que afectan a los españoles y los referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español”, parece indubitado que el nacimiento de un bebé extranjero acaecido en territorio español constituye un hecho inscribible en nuestro Registro Civil, sin embargo no cabe decir lo mismo de la relación de filiación materno-filial, la cual no es un hecho o acto acaecido en uno u otro territorio, sino un estado civil, que se determinará con arreglo a las

normas de la legislación que resulte aplicable y tendrá, en su caso, plasmación en el Registro Civil del país de donde sean originarios la madre y el hijo. [...]

c) Plasmación registral de la filiación

[...] 102. El Anteproyecto prevé introducir una regulación in extenso de la plasmación registral de la filiación, planeando agregar al art. 44 LRC hasta tres nuevos apartados y ampliando de forma importante el actual –y breve– ap. 4. Ciertamente, el tratamiento que de la constancia registral de la filiación hace la LRC de 2011 es bastante exiguo. Ello probablemente se explique porque el Anteproyecto de 2010 incorporaba un artículo sobre la cuestión –el 58–, que sin embargo no fue llevado al texto definitivo Ley. El art. 44 LRC se titula “Inscripción de nacimiento y filiación”, pero realmente el tratamiento que de esta última encontramos en él es muy limitado: sobre la determinación de la filiación materna nada se prevé de forma expresa, y en cuanto a la filiación paterna se mencionan los casos en que no deberá constar, debiendo inferirse sensu contrario aquéllos otros en que sí deberá hacerlo (*vid.* art. 44.4º LRC). En la supresión de ese art. 58 del Anteproyecto/2010 puede haber pesado la intención, que el legislador confiesa en el apartado V del Preámbulo de la LRC, de evitar toda referencia registral a la filiación no matrimonial, a fin de equipararla a la matrimonial.

103. Sea como fuere, el Anteproyecto ahora sometido a informe parte de unas bases diametralmente opuestas, pues viene a retomar, e incluso a ampliar, el contenido de ese art. 58 del Anteproyecto/2010, pormenorizando los supuestos en que deberán constar en el Registro tanto la filiación materna como la paterna. Con respecto a la primera, ya hemos señalado que no parece lógico que se pretenda seguir manteniendo la vieja regla del art. 47.I LRC/1957, en virtud de la cual la constancia de la filiación materna en la inscripción de nacimiento se hace depender de que no haya divergencia al respecto entre la declaración y el parte o comprobación reglamentaria. La admisión de esa posible divergencia envuelve, a su vez, la posibilidad de que la madre oculte su identidad, lo que como dijimos preveía el RRC/1957, hasta que sus disposiciones fueron anuladas por la STS de 21 septiembre 1999. Como señalara la Resolución de la DGRN de 8 noviembre 2001, la filiación materna queda determinada por el hecho del parto, conforme al principio tradicional *mater semper certa est*, sin que la madre pueda ocultar su identidad.

104. Así las cosas, se recomienda revisar la redacción del art. 44.4.I del Anteproyecto (“salvo en los casos a que se refiere el art. 48 [menores abandonados y no inscritos], en toda inscripción de nacimiento se hará constar necesariamente la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria”), y más en particular se sugiere que, partiendo –como parte el Anteproyecto– de que el personal sanitario deberá realizar las comprobaciones que permitan establecer “de forma indubitada” la relación de filiación materna, en caso de discordancia con la declaración, prevalezca lo consignado en el parte facultativo.

105. Por lo que hace a la constancia de la filiación paterna en la inscripción de nacimiento, el Anteproyecto prevé adicionar el siguiente párrafo:

“La filiación paterna se hará constar:

a) Como filiación matrimonial cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando ésta, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges y el matrimonio subsistiera.

Si el matrimonio de los padres resulta por simple declaración, en el apartado de observaciones se hará constar que no está probado el carácter matrimonial de la filiación, sin que pueda ser considerada como tal hasta que no se obtenga esa acreditación.

b) Como filiación no matrimonial cuando el padre manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia”.

106. Lo dispuesto en la letra a), respecto de la filiación paterna matrimonial, es perfectamente coherente con lo que se desprende del art. 118 Cc, que también admite que, aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, se inscriba la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos. La principal originalidad de esta letra radica, por tanto, en su segundo párrafo, relativo al caso en que el matrimonio de los padres resulte por simple declaración. Asimismo, tiene la virtud de que se refiere a la constancia de una información registral “en el apartado de observaciones”, categoría ésta que evoca la de las añejas notas marginales en el Registro no electrónico. Sin embargo, debe notarse que a lo largo de la LRC no se alude a esa forma de constancia de la información, mediante “observaciones” consignadas en un apartado especial. Los artículos que regulan los distintos tipos de asientos (arts. 38 a 41 LRC), se refieren sólo a las inscripciones, las anotaciones y las cancelaciones. Creemos que, dado que el prelegislador proyecta añadir un nuevo cauce de plasmación de cierta información en el Registro Civil, esta modalidad –constancia en el apartado de observaciones– debería ser objeto de mención y tratamiento en el Capítulo correspondiente del Título V Ley, dedicado a los asientos registrales.

107. En cuanto a la previsión de la letra b), sobre la filiación paterna no matrimonial, parece que esa manifestación de conformidad a la determinación de la filiación tendrá como vehículo la declaración que el progenitor deberá realizar a efectos de instar la inscripción de nacimiento, conforme al art. 44.3º LRC del Anteproyecto. También en la actualidad, con base en el art. 49 LRC/1957 (“el reconocimiento puede hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Cc o mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo, ante el encargado del Registro, inscrita al margen y firmada por aquéllos”), la filiación paterna no matrimonial puede determinarse –y de hecho habitualmente se determina– con base en la propia declaración que el padre realice de cara a la inscripción de nacimiento. El único matiz es que, de acuerdo con el modelo del Anteproyecto, la declaración en cuestión se remite telemáticamente a la Oficina del Registro desde el centro sanitario, y se firma por el declarante bajo comprobación de su identidad llevada a cabo por personal del propio centro y bajo su responsabilidad. Ello contrasta con lo dispuesto en el art. 29 LRC sobre el modo de acceder al Registro las declaraciones de las personas obligadas, pues en él se coloca sobre el funcionario encargado del Registro la carga de verificar no sólo la identidad sino también la capacidad de los declarantes. Esto quizás podría plantear alguna duda sobre la procedencia de seguir confiriendo a la declaración de que venimos hablando la misma validez y eficacia que se le ha venido dando hasta ahora, en que efectivamente se otorgaba presencialmente ante el Encargado del Registro.

108. Pasando al ap. 6 del art. 44 LRC del Anteproyecto, en él se viene a recuperar, aproximadamente, el contenido del art. 58 del Anteproyecto/2010, el cual a su vez no era sino un trasunto del actual art. 49 LRC/1957. El precepto en cuestión desarrolla la posibilidad, contemplada en el art. 120.1º Cc, de efectuar el reconocimiento de la filiación mediante declaración ante el Encargado del Registro Civil. Sin embargo, el precepto proyectado se aleja de las disposiciones sustantivas, contenidas en el Cc, al disponer la necesidad de recabar “consentimiento expreso de la madre y del hijo si fuera mayor de edad”. Frente a esta previsión, el art. 123 Cc se limita a disponer que “el reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito”. Parece lógico que, si el hijo es mayor de edad, no haga falta recabar ningún otro consentimiento. Pero, incluso para el caso de que el hijo fuera menor, debe tenerse en cuenta que el art. 124.I Cc no sólo exige el consentimiento “del progenitor legalmente conocido” sino también el del representante legal del menor –que no tiene por qué ser el otro progenitor–, o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Ahora bien, un matiz importante, que se recoge en el segundo párrafo del art. 124 Cc y que el Anteproyecto no capta, es que si el reconocimiento se hubiera efectuado dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento, no será necesario el consentimiento o la aprobación [aunque la inscripción de la paternidad así practicada puede quedar en suspenso a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento]. Sería pues conveniente que la dicción del proyectado art. 44.6.I LRC se ajustara mejor a las previsiones sobre la materia contenidas en el Cc.

109. En cuanto al ap. 5 del art. 44 LRC del Anteproyecto, contiene una regulación *ex novo* para afrontar un supuesto que hasta ahora no venía estando específicamente recogido en nuestra legislación registral civil, el de la constancia registral de los nacidos en el extranjero cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera. El precepto, que se configura expresamente como norma de orden público, estatuye que en esos casos, “se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación y además, en caso de ser exigible conforme a la legislación extranjera aplicable y si la madre está casada, la conformidad respecto de tal filiación del marido. En cualquier otro caso, será necesaria la correspondiente resolución judicial, con el debido *exequátur*”. Como fácilmente se advierte, se trata de una disposición concebida para afrontar los casos de gestación por sustitución, relativamente frecuentes en los últimos tiempos y que han dado lugar a diversas Resoluciones de la DGRN, así como a una Instrucción de dicho Órgano Directivo –la de 5 octubre 2010– sobre la materia. La reforma trata de subsanar el vacío legislativo que, de forma no muy ortodoxa desde el punto de vista de nuestro sistema de fuentes, vino a colmar la DGRN, y lo hace para instaurar un régimen mucho menos permisivo que el que se deriva de las directrices de este alto Órgano Directivo.

110. La primera Resolución que la DGRN dictó sobre esta materia fue la de 18 febrero 2009. Dos varones que habían encargado dos niños nacidos por medio de gestación por sustitución en California, solicitaban que el Órgano Directivo revocase la resolución del Encargado del RC Consular de España en Los Ángeles, que había denegado la inscripción de la filiación de los niños respecto de ambos varones sobre la base de que el ordenamiento español prohíbe la gestación por sustitución. Para la DGRN, dado que la inscripción solicitada no se apoyaba en la declaración del interesado sino en una certificación registral extranjera, no debía examinarse el caso desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, ya que la ley sustantiva aplicable al caso era la californiana. La Resolución se apoya en la norma reglamentaria que permite practicar la inscripción en el RC español a partir de una certificación registral extranjera sometiendo ésta a un control de legalidad, el cual versará sobre la forma del documento (que sea un documento público autorizado por una autoridad extranjera con funciones equivalentes a los encargados del RC), y sobre su contenido (que no produzca efectos contrarios al orden público español). Para la DGRN la certificación presentada superaba ambas exigencias, y en consecuencia ordena proceder, con base en ella, a la inscripción registral del nacimiento de los niños. En concreto, considera que no se produce contravención del orden público internacional español desde el momento en que ya se admite en nuestro ordenamiento que la filiación quede determinada a favor de dos esposos varones en los casos de adopción, admitiéndose incluso en el art. 7.3º LTRA que la filiación por naturaleza conste a favor de dos progenitores del mismo sexo, en este caso mujeres.

111. La Resolución generó una gran controversia y relevantes comentaristas la criticaron con dureza por entender, entre otras cosas, que la inscripción en nuestro Registro Civil de hijos naturales nacidos por gestación de sustitución sí es contraria a nuestro orden público internacional, y que propiciaba un fraude de ley, ya que por el expediente de inscribir un hecho descrito en una certificación registral extranjera, se daba vía libre a sortear la prohibición del art. 10 LTRA. Con posterioridad, la DGRN ha matizado su postura a través de la Instrucción de 5 octubre 2010, cuyas directrices son seguidas por numerosas Resoluciones, como las de 3 y 6 mayo 2011, 9 y 27 junio 2011, 23 septiembre 2011 y 30 noviembre 2011. Las dos directrices contenidas en la Instrucción de la DGRN de 5 octubre 2010, pueden sintetizarse así:

– En cuanto a la primera, establece que la inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, la cual deberá ser objeto de *exequátur*, salvo que dicha resolución tenga origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria. En este caso será el Encargado del Registro Civil quién controlará si la resolución puede ser reconocida en España, valorando a tal fin su regularidad y autenticidad formal, el criterio de competencia judicial internacional aplica-

do por el tribunal de origen, las garantías procesales de las partes, el respeto al interés superior del menor, la libre prestación del consentimiento por la madre gestante, la firmeza de la resolución y la irrevocabilidad de los consentimientos dados.

– En cuanto a la segunda, apartándose del criterio aplicado en la Resolución de 18 febrero 2009, establece que en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

112. Quiere esto decir que la DGRN ha variado su criterio inicial, más permisivo, y exige ahora la aportación de una resolución judicial en la que se determine la filiación del nacido, la cual habrá de acompañarse del auto judicial que ponga fin al procedimiento de exequátur, o en su defecto someterse a un control de legalidad por parte del Encargado del Registro Civil, que verificará una serie de extremos de riguroso cumplimiento.

113. En este contexto, el proyectado art. 44.5º LRC vendría a trasladar a nuestro Derecho positivo la exigencia de que, en los casos de nacidos en el extranjero cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, no podrá plasmarse otra filiación materna que la correspondiente a la madre gestante, al tiempo que no podrá hacerse constar la filiación paterna no matrimonial más que si hay consentimiento del padre y de la madre, además de consentimiento del marido de la madre, si éste está casada y dicho consentimiento es exigible conforme a la legislación extranjera aplicable. La norma, que explicita su naturaleza de norma de orden público, dice que “en cualquier otro caso” será necesaria la correspondiente resolución judicial, que habrá de contar además con el debido exequátur.

114. En principio, lo que parece desprenderse de esta disposición es que no será posible plasmar en el RC español una filiación derivada de un pacto de gestación por sustitución, siempre que la existencia de ese pacto resulte explícita conforme al título por el que se solicite la inscripción. Puesto que de dicho pacto resultará, como es connatural al mismo, que la persona o pareja comitente pretenden que se determine la filiación del nacido con respecto a ellos, y que por el contrario esa filiación no se establezca respecto de la mujer gestante, una norma registral que obligue a plasmar como filiación materna, de manera necesaria, la de la mujer gestante, impide de raíz el acceso al registro de un pacto de ese tipo. En esto hay ya una diferencia esencial con la Instrucción de la DGRN de 5 octubre 2010, en virtud de la cual sí resulta posible inscribir una filiación materna no basada en el hecho obstétrico, siempre y cuando se verifique el cumplimiento de determinadas garantías.

115. Con independencia de lo que se dirá sobre la exigencia del exequátur, el hecho de que el precepto aluda a la posibilidad de verificar la inscripción conforme a una sentencia “en cualquier otro caso”, no deja claro si esta locución se refiere sólo a los casos en que el título no exprese si la filiación materna corresponde a la gestante, o también a aquéllos en que conste claramente que la filiación materna no corresponde a la gestante [o no conste filiación materna alguna, por tratarse del encargo realizado por un varón o una pareja de varones, lo que viene a ser lo mismo]. Tampoco permite dilucidar si el prelegislador concibe la posibilidad de que la sentencia –ésta sí– determine la filiación materna con arreglo a un criterio distinto del hecho de la gestación. El dato de que el precepto establezca que se trata de una norma de orden público, parece dar a entender que la exigencia de que la filiación materna esté expresamente determinada a favor de la mujer gestante es insoslayable. Pero, de ser así, las posibilidades de que la inscripción se efectúe con base en lo establecido por la sentencia extranjera sin atención a las exigencias de la primera parte del precepto, serían nulas, con o sin exequátur. De modo que, en rigor, la sentencia extranjera no tendría más probabilidades de acceder al Registro español que cualquier otro título (certificación registral extranjera, declaración de los interesados), lo que lleva a pensar en la inutilidad de su mención específica. Si el precepto que venimos comentando admite otra interpretación, en la que se dé sentido a todas las piezas que lo componen, permítasenos decir al menos que esa interpretación no es obvia.

116. Por lo que hace a la exigencia de que la sentencia extranjera deba someterse al “debido exequátur”, de nuevo supone una desviación respecto de la doctrina sentada en la Instrucción de la DGRN de 5 octubre 2010, ya que en ella se admite que el exequátur no será preciso cuando la resolución tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, supuesto en el que el Encargado del RC podrá efectuar el control incidental de ese título judicial. Pero, a lo que ahora importa, la exigencia en cuestión resulta contradictoria con el régimen que la propia LRC establece en su art. 96.2º a propósito del tratamiento que debe darse a las resoluciones judiciales extranjeras. De conformidad con ese precepto:

“La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar:

1 Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la LEC/de 1881. [...]

2 Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:

a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.

d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

El Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados podrán solicitar exequátur de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la DGRN en los términos previstos en la presente Ley. [...]”.

Es patente que, con independencia del requisito relativo a la compatibilidad con el orden público español, y de que la resolución del Encargado del RC no sea definitiva, la propia Ley de cuya modificación se trata, contempla una doble vía alternativa de control de la resolución judicial extranjera: el exequátur y la verificación directamente efectuada por el Encargado del RC. Así las cosas, resulta claro que el prelegislador debe revisar la redacción dada en este punto al art. 44.5º LRC del Anteproyecto, a fin de armonizarla con las previsiones del art. 96.2º LRC.

117. Finalmente, sin entrar a considerar, cosa que no compete a este Órgano, las razones de política legislativa que llevan a configurar como una norma de orden público la exigencia de que la plasmación registral de la filiación materna deba hacerse necesariamente por consideración a la mujer gestante, incluso en aquellos casos de niños alumbrados en el extranjero cuya filiación haya quedado determinada con arreglo a la legislación extranjera, sí procede hacer alguna consideración sobre los requisitos que la norma fija con respecto a la constancia de la filiación paterna no matrimonial. Pues si bien la exigencia respecto de la filiación materna tiene su correlato en nuestro Derecho sustantivo en la norma del art. 10 LTRA, no sucede lo mismo con la exigencia de que la constancia de la filiación paterna no matrimonial cuente con la declaración conforme tanto del padre como de la madre. Como ya hemos explicado, de conformidad con el art. 124 Cc, no es necesario el consentimiento del otro progenitor legalmente conocido para llevar a cabo la inscripción de la filiación paterna no matrimonial por reconocimiento, cuando éste se hubiera efectuado dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento. Todo lo más, la madre puede solicitar durante el año siguiente al nacimiento que la inscripción de paternidad así practicada quede suspendida. En esa situación, el padre podrá solicitar la confirmación de la inscripción, aunque será necesaria aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. De este modo, no habiendo norma sustantiva de referencia que permita sostener la exigencia de ese doble consentimiento, paterno y materno, para la constancia registral de la filiación paterna no matrimonial, no se explica que semejante requisito se erija en un aspecto de orden público internacional, de cara a enfocar la inscripción de nacimientos ocurridos fuera de España en los que la filiación haya quedado determinada conforme a la legislación extranjera.

118. La cuestión es todavía más clara si observamos la siguiente exigencia que enumera el precepto que venimos analizando, a saber, la de que si la madre está casada se recabe la conformidad de su marido respecto de la filiación que desea inscribirse. Y es que el propio artículo en proyecto indica que ese requisito se deberá reunir “en caso de ser exigible conforme a la legislación extranjera aplicable”. Por definición, si el requisito no se exige en atención a nuestra propia Ley sino a la ley extranjera, no es dable configurarlo como un elemento integrante del orden público internacional español. Antes bien, si en efecto se trata de un consentimiento que debe ser recabado de acuerdo con esa otra legislación, es evidente que ya habrá sido tenido en consideración a los efectos de determinar la filiación del nacido de cuya inscripción se trata, y no se olvide a este respecto que el precepto comienza señalando que se trata de la inscripción de nacimientos acaecidos fuera de España, “cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera”. Así pues, también en este extremo lo dispuesto en el ap. 5 del art. 44 LRC del Anteproyecto debe ser objeto de reconsideración.

d) Constancia de la nacionalidad del nacido en la inscripción de nacimiento

119. Para terminar con el bloque de reformas que afectan a la LRC, debe examinarse la modificación que se prevé introducir en el art. 49.1º LRC, relativo al contenido de la inscripción de nacimiento. El Anteproyecto contempla efectuar la siguiente adición sobre la base de la actual redacción de esa norma [en cursiva destacamos la parte que se pretende agregar]:

“ En la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación. Constarán asimismo el lugar, fecha y hora del nacimiento, el sexo del nacido y, *a los solos efectos de la atribución del código personal a que se refiere el art. 6, su nacionalidad española o extranjera, en éste último caso por lo que resulte de la declaración de los padres*”.

120. Son varios los motivos por los que esta modificación se hace digna de comentario. Unos tienen que ver con la novedad en sí que encierra el hecho de que en la inscripción de nacimiento se vaya a dejar constancia de la nacionalidad del nacido. Otros con el dato de que se precise que esa constancia registral sólo tendrá por efecto la atribución del código personal al que se refiere el art. 6 LRC.

121. Comenzando por estos últimos, hay que decir que no resulta evidente a qué efectos se refiere el precepto proyectado, por cuanto una simple mirada al art. 6 LRC, y al que le precede, pone de manifiesto que la atribución del código personal no se hace depender de la ostentación o no de la nacionalidad española, ni parece que esta señal de identidad vaya a influir en la asignación de tipos diferentes de códigos personales. Si el prelegislador tiene en mente que así sea, debería proyectar la reforma, antes que nada, de los arts. 5 y 6 LRC. En efecto, de acuerdo con el apartado primero del art. 5 LRC:

“Cada persona tendrá un registro individual en el que constarán los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás circunstancias en los términos de la presente Ley”.

Mientras que, de conformidad con el art. 6 LRC:

“A cada registro individual abierto con la primera inscripción que se practique se le asignará un código personal constituido por la secuencia alfanumérica que atribuya el sistema informático vigente para el documento nacional de identidad”.

Ambas normas deben leerse además a la luz de lo preceptuado en el art. 9 LRC, en virtud del cual, “en el Registro Civil constarán los hechos y actos inscribibles que afectan a los españoles y los referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español”.

122. Podría pensarse acaso que esa alusión a la secuencia alfanumérica que atribuya el sistema informático vigente para el documento nacional de identidad, es un signo de que el código personal del que habla el art. 6 resulta únicamente aplicable a los españoles, por ser éstos los únicos a los que se expide el documento nacional de identidad. Sin embargo, que la generación de esa secuencia alfanumé-

rica corra a cargo del sistema informático vigente para el DNI no indica, per se, que el código personal del registro individual que, por mandato del art. 5 LRC debe tener “toda persona”, sólo pueda atribuirse a los ciudadanos españoles. Para ello, sería necesario que el art. 6 LRC trazara una discriminación explícita, o indicase expresamente que la secuencia alfanumérica correspondiente al código personal de los extranjeros no será generada por el sistema informático vigente para el DNI. Debería pues cohonestarse la modificación que se prevé introducir en el art. 49.1º LRC con las disposiciones de los arts. 5 y 6 LRC.

123. En cuanto al hecho en sí de prever la constancia registral de la nacionalidad en la inscripción de nacimiento, aunque en principio sea a unos limitados efectos, debe indicarse que rompe con un criterio tradicional en esta materia, ya que la nacionalidad no forma parte de las menciones esenciales que han de hacerse en dicha inscripción. Si se observa, el art. 44.2º LRC [que no se prevé modificar], al igual que el vigente art. 41 LRC/1957, estatuye que “la inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito”, es decir, no de su nacionalidad. Ello se explica porque la nacionalidad, salvo los supuestos en que se adquiere derivativamente, no es un estado que dependa de la declaración de ningún sujeto, sino un efecto legal que se hace derivar de ciertos hechos (filiación respecto de nacional español, o nacimiento en territorio español bajo ciertas circunstancias). Consignados en la inscripción de nacimiento los hechos determinantes, tales como el lugar de nacimiento del nacido y su filiación, así como la nacionalidad y el lugar de nacimiento de sus padres – como por otro lado se prevé hacer (*vid.* el propio art. 49.1º y 2º LRC)–, se obtiene como inferencia la nacionalidad del sujeto, sin que se plasme en su inscripción de nacimiento. Así las cosas, y teniendo en cuenta las apreciaciones que se han hecho supra acerca del supuesto alcance que tendría la constancia de la nacionalidad en la inscripción de nacimiento, se sugiere reconsiderar por entero la proyectada modificación del art. 49.1º LRC.

124. Ocurre además que, respecto de la nacionalidad extranjera, el Anteproyecto dispone que su constancia se realizará “por lo que resulte de la declaración de los padres”. Insistimos en que no es la declaración paterna la vía a través de la cual se determina la nacionalidad de origen de un sujeto, y que resulta por tanto inapropiado dejar constancia registral de una supuesta nacionalidad establecida con arreglo a ese factor. Por otro lado, si el estatus de nacional español o de extranjero son las dos caras de una misma medalla, parece claro que con tal de que el sujeto no merezca recibir la nacionalidad española, por no hallarse en ninguno de los supuestos enumerados en el art. 17 Cc, deberá ser considerado extranjero, sin necesidad de que el RC deba especificar cuál sea en concreto la nacionalidad que le corresponde. Dicho de otra forma, si el Encargado del Registro dispone de los suficientes elementos de hecho como para determinar si el nacido es nacional español, por la misma razón dispone igualmente de los elementos para determinar que no lo es, de modo que –a nuestro juicio– no tiene demasiado sentido indicar que la nacionalidad extranjera constará por lo que resulte de la declaración de los padres. Ello puede ser una fuente de inexactitudes registrales que deban ser, más adelante, corregidas.

VI. Conclusiones

[...] Octava.– Por lo que se refiere, en particular, a la plasmación registral de los nacidos en el extranjero cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, el Anteproyecto viene a recoger, aunque sin hacerlo explícito, un tratamiento ad hoc de los supuestos de gestación por sustitución, que está en correspondencia con la norma sustantiva sobre la materia recogida en el art. 10 Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. La norma del art. 46.5º LRC viene a subsanar el vacío legislativo que, de forma no muy ortodoxa desde el punto de vista de nuestro sistema de fuentes, vino a colmar la DGRN, y lo hace para instaurar un régimen mucho menos permisivo que el que se deriva de las directrices de este alto Órgano Directivo. Al margen de las opciones de política legislativa, el Informe realiza las siguientes advertencias:

a) Cuando el precepto alude a la posibilidad de verificar la inscripción conforme a una resolución judicial extranjera “en cualquier otro caso”, no deja claro si esta locución se refiere sólo a los casos en que el título no exprese si la filiación materna corresponde a la gestante, o también a aquéllos en que conste claramente que la filiación materna no corresponde a la gestante [o no conste filiación materna alguna, por tratarse del encargo realizado por un varón o una pareja de varones, lo que viene a ser lo mismo]. Tampoco permite dilucidar si el prelegislador concibe la posibilidad de que la sentencia —ésta sí— determine la filiación materna con arreglo a un criterio distinto del hecho de la gestación. El dato de que el precepto establezca que se trata de una norma de orden público, parece dar a entender que la exigencia de que la filiación materna esté expresamente determinada a favor de la mujer gestante es insoslayable. Pero, de ser así, las posibilidades de que la inscripción se efectúe con base en lo establecido por la sentencia extranjera sin atención a las exigencias de la primera parte del precepto, serían nulas, con o sin exequátur. De modo que, en rigor, la sentencia extranjera no tendría más probabilidades de acceder al Registro español que cualquier otro título (certificación registral extranjera, declaración de los interesados), lo que lleva a pensar en la inutilidad de su mención específica (§ 115).

b) Por lo que hace a la exigencia de que la sentencia extranjera deba someterse al “debido exequátur”, resulta contradictoria con el régimen que la propia LRC establece en su art. 96.2º a propósito del tratamiento que debe darse a las resoluciones judiciales extranjeras, pues en él se contempla una doble vía alternativa de control de la resolución judicial extranjera: el exequátur y la verificación directamente efectuada por el Encargado del RC. Así las cosas, se debería revisar la redacción dada en este punto al art. 44.5º LRC del Anteproyecto, a fin de armonizarla con las previsiones del art. 96.2º LRC (§ 116).

c) En cuanto a los requisitos que la disposición proyectada estatuye con relación a la constancia registral de la filiación paterna no matrimonial, la exigencia de que dicha constancia cuente con declaración conforme tanto del padre como de la madre no parece tener correlato en nuestro Derecho sustantivo interno pues, según el art. 124 Cc, no es necesario el consentimiento del otro progenitor legalmente conocido para llevar a cabo la inscripción de la filiación paterna no matrimonial por reconocimiento, cuando éste se hubiera efectuado dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento. No habiendo norma sustantiva de referencia que permita sostener la exigencia de ese doble consentimiento, paterno y materno, para la constancia registral de la filiación paterna no matrimonial, no se justifica que semejante requisito se erija en un aspecto de orden público internacional (§ 117).

d) Ello es aún más claro por lo que se refiere a la exigencia de que si la madre está casada se recabe la conformidad de su marido respecto de la filiación que desea inscribirse, ya que el propio artículo en proyecto indica que ese requisito se deberá reunir “en caso de ser exigible conforme a la legislación extranjera aplicable”. Por consiguiente, si el requisito no se requiere en atención a nuestra propia Ley sino a la ley extranjera, no es dable configurarlo como un elemento integrante del orden público internacional español. También por este motivo, por lo tanto, el art. 44.5º LRC del Anteproyecto debe ser objeto de reconsideración (§ 118).

Novena.— En lo relativo a la constancia de la nacionalidad del nacido en la inscripción de nacimiento, el Informe sugiere hacer un esfuerzo por coherenciar la modificación que se prevé introducir en el art. 49.1º LRC con las disposiciones de los arts. 5 y 6 LRC, pues de ellas no cabe inferir que la atribución del código personal a cada nacido se haga depender de la ostentación de la nacionalidad española, ni parece que esa señal de identidad vaya a influir en la asignación de tipos diferentes de códigos personales (§§ 121–122).

Junto a lo anterior, el Informe recuerda que la nacionalidad, salvo en los casos de adquisición derivativa, no es un estado que dependa de la declaración de ningún sujeto, sino un efecto legal anudado a ciertos hechos. Por tanto, una vez consignados en la inscripción tales hechos (filiación respecto de nacional español, nacimiento en territorio español bajo ciertas circunstancias), se obtiene como inferencia la nacionalidad del sujeto. Por todo ello, se sugiere también reconsiderar la proyectada modificación del art. 49.1º LRC (§ 123–124). [...]

SECRETARIA GENERAL DE EMIGRACIÓN E INMIGRACIÓN

ENTRADA, LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN ESPAÑA DE CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE OTROS ESTADOS PARTE EN EL ACUERDO SOBRE EL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

2013/Doc/12.— Instrucción SGIE/3/2013 por la que se derogan las Instrucciones DGI/SGRJ/03/2007/, relativas al RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 28 febrero 2013. http://extranjeros.empleo.gob.es/es/normativa/nacional/general_extranjeria/instrucciones_sgie/documentos/2013/INSTRUCCION-SGIE-3-2013-derogacion-32007.pdf.

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA NACIONALES DE ESTADOS MIEMBROS Y SUS FAMILIARES

2013/Doc/13.— Instrucción SGIE/4/2013, sobre régimen jurídico aplicable a los trabajadores por cuenta ajena nacionales de Croacia y sus familiares, de 28 junio 2013. http://extranjeros.empleo.gob.es/es/normativa/nacional/general_extranjeria/instrucciones_sgie/documentos/2013/INSTRUCCION-SGIE-4-2013-autorizacion-trabajo-croatas.pdf.

2013/Doc/14.— Instrucción SGIE/5/2013, sobre régimen jurídico aplicable a los trabajadores por cuenta ajena nacionales de Rumanía y sus familiares a partir del 1 enero 2014, de 17 diciembre 2013. http://extranjeros.empleo.gob.es/es/normativa/nacional/general_extranjeria/instrucciones_sgie/documentos/2013/Instruccion-SGIE_5_2013.pdf.

MINISTERIOS

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

2013/Doc/15.— Orden PRE/421/2013, de 15 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, en relación con la prueba de aptitud que deben realizar los abogados y procuradores nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea y de los Estados parte del Espacio Económico Europeo para acreditar un conocimiento preciso del derecho positivo español, BOE, 18-III-2013.

La supresión de los obstáculos a la libre circulación de personas y servicios entre los Estados miembros constituye uno de los objetivos de la Comunidad Europea, tal como se consagra en el

art. 3.1º.c) del Tratado Constitutivo. Dicha supresión supone, para los nacionales de los Estados miembros, la facultad de ejercer una profesión por cuenta propia o ajena, en un Estado miembro

distinto de aquel en que hayan adquirido sus cualificaciones profesionales.

Por el RD 1837/2008, de 8 de noviembre, se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 septiembre 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 noviembre 2006, por la que se adaptan determinadas directivas en el ámbito de la libre circulación de personas, con motivo de la adhesión de Bulgaria y Rumanía, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado estableciéndose las normas para permitir el acceso y ejercicio a los nacionales de Estados miembros de la UE y del Espacio Económico Europeo.

El art. 22 del RD 1837/2008, de 8 de noviembre, establece que la autoridad competente española podrá exigir para el ejercicio profesional en España la previa superación de una prueba de aptitud, cuando dicha profesión comprenda una o varias actividades profesionales reguladas que no existan en la profesión correspondiente en el Estado miembro de origen y tal diferencia esté caracterizada por una formación específica exigida en España y relativa a materias sustancialmente distintas de las cubiertas por el certificado de competencia o el título de formación que alegue la parte solicitante. El mismo artículo exige específicamente que cuando se pretenda ejercer las profesiones de abogado y procurador, la persona solicitante deberá superar en todo caso la prueba previa de aptitud.

Conviene recordar que el RD 1837/2008, de 8 de noviembre, mantiene vigentes los reales decretos de incorporación de directivas no afectadas por la 2005/36/CE. Es el caso de la Directiva 77/249/CEE, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, y de la Directiva 98/5/CE, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, incorporadas al ordenamiento español por los Reales Decretos 607/1986, de 21 de marzo, de desarrollo de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 marzo 1977, encaminada a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios de los Abogados y 936/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el ejercicio permanente en España de la profesión de Abogado con título

profesional obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea, respectivamente. Estas Directivas se refieren a la libre prestación de servicios y ejercicio de la profesión, y no al reconocimiento de cualificaciones profesionales para el establecimiento bajo el título profesional del Estado miembro de acogida, el cual sí queda cubierto por la Directiva 2005/36/CE y por el citado RD 1837/2008, de 8 de noviembre.

De este modo, para el reconocimiento de la cualificación profesional de los abogados y procuradores de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y para el pleno ejercicio de la profesión en España, con los mismos derechos y obligaciones que los nacionales españoles, es requisito necesario la previa superación de una prueba de aptitud que se regula en el art. 23 del mismo RD, que exige a la autoridad competente el desarrollo de los criterios generales, desarrollo que hasta el presente momento se había entendido cubierto por lo dispuesto en la Orden de 30 abril 1996, por la que se desarrolla el RD 1665/1991, de 25 de octubre, en lo que afecta a las profesiones de abogado y procurador. Sin embargo, el desarrollo de dicha orden no puede considerarse adecuado en su totalidad a la nueva normativa, lo que motiva la aprobación de la presente orden.

En su virtud, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Educación, Cultura y Deporte, con la aprobación previa del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, oído el Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de España, dispongo:

Capítulo I Disposiciones generales

Art. 1. Objeto. La presente orden tiene por objeto desarrollar la prueba de aptitud, a la que se hace referencia en los arts. 22.3 y 23 del RD 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 septiembre 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 noviembre 2006, por la que se adaptan determinadas directivas en el ámbito de la libre circulación de personas, con motivo de la adhesión de

Bulgaria y Rumanía, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado.

Art. 2. *Ámbito de aplicación.* El procedimiento regulado en la presente orden será de aplicación, a partir de su entrada en vigor, a todos los nacionales de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo que, estando en posesión de un título de abogado o procurador obtenido en cualquiera de sus Estados, pretendan ejercer en España estas profesiones mediante el reconocimiento profesional y la previa superación de la prueba de aptitud que establece el RD 1837/2008, de 8 de noviembre.

Art. 3. *Definición.* A los efectos de lo previsto en la presente orden, se entiende por “abogado” toda persona nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo facultada para ejercer sus actividades profesionales bajo alguna de las denominaciones que se indican tanto en el art. 2 del RD 607/1986, de 21 de marzo, como en el art. 2 a) del RD 936/2001, de 3 de agosto, en su redacción dada en las Disposiciones finales primera y segunda del RD 1837/2008, de 8 de noviembre, y que se contienen en el Anexo I de la presente orden.

A los efectos de esta orden, se considerará “procurador” el profesional nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que esté en posesión de alguno de los títulos que se indican en el Anexo I de la presente orden. Para aquellos Estados no relacionados en dicho Anexo, deberá aportarse un título acreditativo del ejercicio de una profesión liberal regulada equivalente que desempeñe funciones de cooperación con la Administración de Justicia con competencias en materia de representación procesal, actos de comunicación y auxilio judicial y actos de ejecución de resoluciones judiciales, exigiéndose bien ser licenciado o graduado en Derecho o estar en posesión de otro título de educación universitaria superior equivalente y que cumpla con las competencias a que se refiere el art. 3 del RD 775/2011, de 3 de junio, por el que se aprueba el Reglamento Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

Art. 4. *Normativa aplicable.* Serán de aplicación a la prueba de aptitud para el ejercicio de la profesión de abogado o procurador la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 septiembre 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 noviembre 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado, así como el RD 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan éstas al ordenamiento jurídico español.

Capítulo II

Procedimiento aplicable a la prueba de aptitud

Art. 5. *Requisitos.* Quienes deseen participar en la prueba de aptitud que se convocará anualmente por resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, deberán poseer en el día de finalización del plazo de presentación de solicitudes, los siguientes requisitos:

1. Tener la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea u otros Estados parte en el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, requisito que se deberá mantener hasta la finalización de la prueba.

2. Estar en posesión de título oficial de abogado o procurador obtenido en un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

Art. 6. *Presentación de solicitudes.* Los interesados deberán presentar su solicitud, según el modelo oficial que se publicará en la correspondiente convocatoria, dirigida a la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia.

Las solicitudes se podrán cumplimentar en soporte papel o vía telemática cuando así se recoja en la convocatoria.

Las solicitudes en soporte papel, así como la documentación adicional que tenga que presentarse en las solicitudes cumplimentadas por vía telemática, deberán presentarse en el registro de entrada del Ministerio de Justicia o en cualquiera de los lugares previstos en el art. 38.4 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, junto con su

pasaporte o cualquier otro documento acreditativo de su nacionalidad.

El plazo para la presentación será de veinte días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha de publicación de la convocatoria anual en el “Boletín Oficial del Estado”.

La convocatoria especificará, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, los derechos de examen y el mecanismo para su pago.

Las solicitudes que se suscriban en el extranjero podrán cursarse a través de las representaciones diplomáticas o consulares españolas correspondientes; y a las mismas se acompañará el comprobante bancario de haber ingresado los derechos de examen.

Asimismo, deberá acompañarse la declaración responsable del Anexo II de la presente orden.

Art. 7. Lista provisional de admitidos y admisión de aspirantes. Terminado el plazo de presentación de solicitudes, la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia publicará la lista provisional de solicitantes admitidos a la prueba de aptitud, iniciándose el cómputo del plazo de subsanación.

Posteriormente, una vez estudiada la documentación presentada se procederá a la publicación de la lista definitiva de admitidos y excluidos, indicándose el lugar en que la misma se encuentre expuesta al público, así como la fecha, hora y lugar de celebración de la prueba de aptitud.

Art. 8. Comisiones de Evaluación. La Comisión de evaluación para la prueba de abogados, en cuya composición se tenderá a la paridad entre hombres y mujeres, estará formada por seis miembros, dos de ellos serán funcionarios públicos del grupo A1 licenciados o graduados en Derecho, designados por la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia, un funcionario público del grupo A1 licenciado o graduado en Derecho, designado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y tres abogados designados por el Consejo General de la Abogacía Española, con más de 5 años de ejercicio profesional.

La comisión de evaluación para la prueba de procuradores, en cuya composición se tenderá a la paridad entre hombres y mujeres, estará formada

por seis miembros, dos de ellos serán funcionarios públicos del grupo A1 licenciados o graduados en Derecho, designados por la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia, un funcionario público del grupo A1 licenciado o graduado en Derecho, designado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y tres procuradores designados por el Consejo General de procuradores de los Tribunales de España, con más de 5 años de ejercicio profesional.

Para cada una de estas comisiones de evaluación será designado, además, un miembro suplente por cada titular, que actuará en ausencia del mismo, y su designación será idéntica a la de la comisión titular.

Las comisiones estarán presididas, en cada caso, por uno de los representantes designados por el Ministerio de Justicia determinado por éste y las secretarías serán ocupadas por uno de los miembros designados por los Consejos Generales de cada una de las profesiones, elegido por la propia comisión.

Supletoriamente, la Comisión de Evaluación acomodará su funcionamiento al régimen previsto para los órganos colegiados en el Capítulo II del Título II Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Art. 9. Desarrollo de la prueba de aptitud. La prueba de aptitud, que se realizará en castellano, consistirá en la resolución de un caso práctico a elección del participante entre los propuestos por la Comisión, que versarán sobre las materias que se indican en los anexos III y IV y que por ser propias del ordenamiento jurídico español, no están cubiertas por el título de formación que pueda poseer el solicitante, y cuyo conocimiento es una condición esencial para poder ejercer la profesión en España.

Para la resolución del caso se permitirá, únicamente, la utilización de todo tipo de textos legales y manuales jurídicos.

En una sesión posterior se procederá a la lectura del examen ante la comisión de evaluación, que podrá abrir un turno de preguntas sobre el objeto de la prueba, así como acerca de la Organización Judicial Española y la Deontología Profesional.

Las comisiones de evaluación respectivas, resolverán cuantas cuestiones se susciten en rela-

ción con la aplicación de la convocatoria, estando el candidato obligado a observar las reglas que consten en la convocatoria y aquellas que puedan establecerse por cada una de las comisiones de evaluación.

Las comisiones de evaluación calificarán la aptitud de los aspirantes para el ejercicio profesional en España en términos de “apto” y “no apto”. La calificación de “no apto” no impedirá presentarse a las siguientes convocatorias.

Las comisiones de evaluación levantarán acta del desarrollo de las pruebas realizadas, en la que se hará constar la relación nominal de cada uno de los aspirantes evaluados, junto con la calificación obtenida, notificándose a los interesados su calificación. La relación de aspirantes que hayan obtenido la calificación de “apto” se hará pública en los lugares que determine la convocatoria, notificándose a los interesados su calificación en el plazo máximo de un mes, con los efectos previstos en el art. 11.

Art. 10. Impugnación actos de la comisión.

Los actos de las comisiones de evaluación podrán ser impugnados por los interesados mediante recurso de alzada, que se resolverá por la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, según lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Art. 11. Presentación de documentación. Los aspirantes que obtengan la calificación de “apto” en la prueba de aptitud deberán acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 5 mediante la presentación de la documentación pertinente en el Ministerio de Justicia.

Los documentos expedidos por autoridad distinta a la española deberán ir acompañados de la correspondiente traducción oficial al castellano.

Disposición derogatoria única. Queda derogada la Orden de 30 abril 1996, por la que se desarrolla el RD 1665/1991, de 25 de octubre, en lo que afecta a las profesiones de abogado y procurador.

Disposición final primera. Título competencial. La presente orden se dicta al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.30.^a CE por el cual le corresponde al Estado la competencia exclusiva

sobre la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales.

Disposición final segunda. Derecho supletorio. En todo lo no previsto por la presente orden se aplicará lo establecido por el RD 1837/2008, de 8 de noviembre, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 septiembre 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 noviembre 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado, y por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La presente orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

ANEXO I

Denominación oficial de la profesión de abogado y procurador en los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

Por “abogado” se entenderá toda persona facultada para ejercer sus actividades profesionales bajo alguna de las denominaciones siguientes:

Alemania: Rechtsanwalt.
Austria: Rechtsanwalt.
Bélgica: Avocat / Advocaat / Rechtsanwalt.
Bulgaria: Адвокат.
Chipre: Αικιγοπος.
Dinamarca: Advokat.
Eslovaquia: Advokát / Komerc'ny' právnik.
Eslovenia: Odvetnik / Odvetnica.
Estonia: Vandeadvokaat.
Finlandia: Asianajaja / Advokat.
Francia: Avocat.
Grecia: Αικιγοπος.
Hungría: Ügyvéd.
Irlanda: Barrister / Solicitor.
Islandia: Lögmaour.
Italia: Avvocato.
Letonia: Zve'rina'ts advoka-ts.
Liechtenstein: Rechtsanwalt.
Lituania: Advokatas.
Luxemburgo: Avocat.

Malta: Avukat / Prokuratur Legali.	Portugal: Solicitador.
Noruega: Advokat.	Francia: Huissiers de Justice.
Países Bajos: Advocaat.	Bélgica: Huissiers de Justice.
Polonia: Adwokat / Radca prawny.	Estonia: Kohtutäiturid.
Portugal: Advogado.	Finlandia: Ulosottomiehet.
Reino Unido: Advocate / Barrister / Solicitor.	Hungría: Onallo Birosgagi Vegrehajto.
República Checa: Advokát.	Letonia: Zverinatu Tiesu Izpilditaju.
Rumania: Avocat.	Lituania: Anstoliu.
Suecia: Advokat.	Luxemburgo: Huissiers de Justice.
Por "procurador" se entenderá toda persona facultada para ejercer sus actividades profesionales bajo alguna de las denominaciones siguientes:	Países Bajos: Gerechtsdeurwaarders.
Reino Unido: Solicitor.	Polonia: Komornik Sadowy.
Irlanda: Solicitor.	Republica Checa: Soudni Exekutor.
	Eslovenia: Izvrsiteljica.
	Eslovaquia: Sudni Exekutori.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

2013/Doc/16.— Resolución de 24 enero 2013, de la Dirección General de Comercio e Inversiones, por la que se modifican los modelos de declaración D-5A, D-5B y D-6 que sustituyen a los modelos anteriores. *BOE*, 5-II-2013.

Las inversiones extranjeras en España y las inversiones españolas en el exterior están reguladas por el RD 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores y la Orden del Ministerio de Economía de 28 mayo 2001, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación, así como los procedimientos para la presentación de memorias anuales y de expedientes de autorización. Estas normas establecen las disposiciones aplicables a la tramitación y declaración de dichas inversiones disponiendo la utilización a estos efectos de determinados modelos cuya aprobación se remite a una norma de rango inferior. La Orden, en su DF segunda, faculta a la Dirección General de Comercio e Inversiones para aprobar los modelos destinados a la tramitación y declaración de las inversiones extranjeras en España y de las inversiones españolas en el exterior. En aplicación de lo anterior, la Dirección General de Comercio e Inversiones publicó la Resolución de 1 julio 2010, de la Dirección General de Comercio e Inversiones, por la que se aprueban los modelos de declaración de inversiones exteriores cuando el obligado a declarar es el inversor o la empresa con participación extranjera y que sustituye a las anteriores Resoluciones en esta materia. La aprobación de la presente Resolución se justifica, en primer lugar, por la necesidad de ajustar y seleccionar los datos solicitados a la explotación útil de los mismos, adaptándose al mismo tiempo a las recomendaciones de los organismos internacionales (FMI y OCDE) sobre las estadísticas de inversiones directas, ampliando la información aportada y corrigiendo algunas expresiones en el enunciado de determinados casilleros de los modelos.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

2013/Doc/17.— Orden ECD/760/2013, de 26 de abril, por la que se establecen los requisitos de expedición del título del programa Erasmus Mundus. *BOE*, 7-V-2013.

Entre los programas conjuntos internacionales en enseñanzas de Máster y Doctorado a impartir entre varias Universidades, destacan por su excelencia los correspondientes al Programa Erasmus Mundus. Patrocinado por la Comisión Europea y aprobado por la Decisión 2317/CE del Parlamento y el Consejo de la Unión Europea el 5 diciembre 2003, constituye una importante línea estratégica de la Comisión europea para la internacionalización y modernización de las Universidades y titulaciones y para la pro-

moción y fomento de la excelencia universitaria. La presente orden tiene por objeto la regulación de las características técnicas de los títulos oficiales de Máster Universitario y Doctor correspondientes al programa conjunto internacional Erasmus Mundus, en los que participe, al menos, una Universidad española pública o privada, y que se encuentren incluidos en el Registro de Universidades, Centros y Títulos. Dichos títulos tendrán validez en todo el territorio nacional y facultarán a sus poseedores para disfrutar de los derechos que en cada caso otorguen las disposiciones vigentes. La expedición de los títulos conjuntos obtenidos tras la superación de la formación correspondiente al programa internacional Erasmus Mundus, se regirá por lo dispuesto en el Convenio que a estos efectos hayan suscrito las respectivas universidades, las normas correspondientes del RD 1002/2010, de 5 de agosto, sobre expedición de títulos universitarios oficiales, así como las instrucciones y características específicas reguladas en esta Orden y dictadas de conformidad con el RD anteriormente citado

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

2013/Doc/18.— Orden HAP/864/2013, de 14 de mayo, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los periodos impositivos iniciados entre el 1 de enero y el 31 diciembre 2012, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática. *BOE*, 20-V-2013. Corrección de erratas, *BOE*, 24-V-2013.

.....

NOTICIAS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

REGLAMENTO DE LA CNUDMI SOBRE LA TRANSPARENCIA EN LOS ARBITRAJES ENTRE INVERSIONISTAS Y ESTADOS

En julio de 2013, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) adoptó un paquete de reglas destinadas a garantizar la transparencia en el arbitraje entre inversionistas y Estados (el “Reglamento sobre la Transparencia”), ratificando un trabajo realizado por las delegaciones de la CNUDMI—compuestas por 55 Estados Miembros, más Estados y organizaciones observadoras—en el transcurso de casi tres años de negociaciones. El Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, que entrará en vigor el 1 de abril de 2014, comprende un conjunto de normas procesales que garantizan la transparencia y el acceso público a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en el marco de un tratado. Dichas normas, cuando se apliquen, harán que los arbitrajes entre inversionistas y Estados en virtud de tratados (también ampliamente conocido como la solución de controversias entre inversores y Estados, o ISDS) sean más abiertos y accesibles al público. No son de aplicación al arbitraje comercial. Habida cuenta del nexo entre el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia, el 1 de abril de 2014 también entrará en vigor una nueva versión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (con el nuevo párrafo 4 del art. 1, aprobado en 2013). Esa revisión, consistente en la inclusión de un nuevo párrafo 4 en el artículo 1, garantiza que el Reglamento sobre la Transparencia quede plenamente incorporado en la última versión del Reglamento de Arbitraje, a fin de prever el máximo de claridad en la aplicación del primero a controversias nacidas en el contexto de tratados futuros que den lugar a procedimientos conforme al segundo. En todos los demás aspectos, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2013 se mantiene sin variaciones respecto de su anterior revisión, realizada en 2010.

Después de gran debate sobre la forma del nuevo Reglamento, esto es, si serían reglas o meras directrices, un instrumento único o parte integral del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la Comisión determinó que su mejor resultado sería un instrumento que formara parte del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y que estuviese disponible como un instrumento único independiente para su aplicación en las controversias regidas por otros reglamentos de arbitraje. En virtud del Reglamento, la información y documentación en el proceso de arbitraje se harán públicas con sujeción a determinadas garantías, incluida la protección de la información confidencial. Con ello se garantiza la transparencia desde el comienzo hasta el final de los arbitrajes entre inversionistas y Estados. Contiene un precepto que regula el ámbito y la forma de aplicación de aquellas disposiciones (art. 1); tres artículos que exigen la divulgación y apertura arts. 2, 3 y 6); dos que requieren la participación de partes no litigantes (arts. 4 y 5); uno que establece cuatro excepciones para los requisitos de divulgación (art. 7) y uno que trata el manejo de la divulgación a través de un depositario específico (art. 8). Con ello se es congruente con tendencias mundiales más generales, reconociendo la importancia de la transparencia como una herramienta para fomentar y garantizar la participación democrática efectiva, la buena gobernanza, responsabilidad, predictibilidad y el imperio de la ley.

El Reglamento se aplicará: a) a las controversias nacidas de tratados celebrados antes del 1 de abril de 2014, si las partes en el tratado pertinente, o las partes litigantes, convienen en aplicarlo; b) a las controversias nacidas de tratados celebrados a partir del 1 de abril de 2014 (los “tratados futuros”) cuando se entable un procedimiento arbitral entre un inversionista y un Estado conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, a menos que las partes acuerden otra cosa; c) podrá aplicarse también en arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados de conformidad con reglamentos que no sean el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, o en procedimientos de carácter especial.

ESPAÑA

JURISDICCIÓN EXTRATERRITORIAL Y VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS POR LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES: A PROPÓSITO DE LA PROPOSICIÓN NO DE LEY DEL G.P. SOCIALISTA SOBRE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y DERECHOS HUMANOS

El 22 marzo 2013, el Grupo Parlamentario Socialista presentó ante el Congreso una Proposición no de ley en la que, en resumen, se instaba al Gobierno a incorporar al Plan Nacional de Empresa y Derechos Humanos –cuya elaboración ha concluido recientemente– los Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos, también llamados “Principios Ruggie”, por el profesor de Harvard que dirigió los trabajos que desembocaron en la aceptación, por parte del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, de dichos principios, en 2011.

De conformidad con dicha Proposición no de Ley

A la Mesa del Congreso de los Diputados

En nombre del Grupo Parlamentario Socialista, tengo el honor de dirigirme a esa Mesa para presentar, al amparo de lo establecido en el art. 193 del Reglamento del Congreso de los Diputados, la siguiente Proposición no de ley sobre Responsabilidad Social Corporativa y Derechos Humanos, para su debate en el Pleno de la Cámara.

Exposición de motivos

Desde los años noventa del pasado siglo asistimos, a nivel internacional, a un creciente interés por la cuestión de las relaciones entre empresas y derechos humanos, de forma íntimamente ligada al desarrollo de una nueva concepción de las empresas o agentes como socialmente responsables (Responsabilidad Social Corporativa) y a un nuevo modelo productivo sostenible, de una economía al servicio de la sociedad y el bien común.

En España, el debate sobre RSE se inicia a partir de la publicación, el año 2000, del Libro Verde Europeo sobre RSE. En el ámbito parlamentario este interés se concretó en la creación, en la VIII Legislatura, de una subcomisión para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas. Esta subcomisión tramitó en torno a sesenta comparecencias y sus conclusiones, por unanimidad, de todos los grupos con representación parlamentaria, en el año 2006, se publicaron como Libro Blanco de la RSE que

contiene una serie de conclusiones conceptuales y de recomendaciones.

Desde entonces el desarrollo de la responsabilidad social en España no ha parado de crecer en múltiples actividades y, especialmente, en prácticas empresariales notables en primer lugar en las empresas, donde la puesta en práctica de las políticas de RSE generó toda una tecnología de gestión de una materia que fue incorporándose e impregnando las estrategias empresariales. La publicación de las Memorias de RSE en estos años y el análisis de los observadores ajenos de los contenidos de esas Memorias, suscitó una esperanzadora perspectiva al desarrollo práctico de la RSE en las grandes empresas nacionales.

En muchos casos, impulsadas por su progresiva internacionalización, especialmente en América Latina, las grandes firmas del IBEX se sumaron a las mejores prácticas internacionales de RSE. Junto a las empresas, el desarrollo de la RSE adquirió en España una especial relevancia en el campo de la formación y de la investigación. Centenares de jornadas de difusión, centenares de libros, manuales, tesis doctorales, se fueron publicando, incluyendo masters en las escuelas de negocio y asignaturas específicas en las carreras universitarias. Sindicatos, organizaciones del Tercer Sector, especialmente consumidores y ecologistas y organizaciones no gubernamentales diversas, especialmente las dirigidas a la cooperación al desarrollo, se

incorporaron también al debate y al desarrollo de la RSE en nuestro país.

Las instituciones no se quedaron atrás. De la Subcomisión Parlamentaria antes citada, surgió el llamado Libro Blanco de la RSE en España, que propuso cerca de sesenta grandes recomendaciones para la difusión y el fomento de la RSE en España. Progresivamente se fueron estableciendo políticas de estímulo a la RSE en Ayuntamientos y Comunidades Autónomas. Incluso leyes autonómicas se aprobaron en algunas Comunidades Autónomas, junto a un rico abanico de políticas de fomento y de estímulo a la expansión de la RSE: cláusulas sociales para la contratación pública; premios a las empresas con mejores prácticas; cursos de orientación; manuales de puesta en práctica de las políticas de RSE; ayudas a las Pymes, etc.

Quizás los dos elementos más destacados de las políticas de fomento a la RSE deban situarse en la creación, por parte del gobierno en el año 2008, de un Consejo Estatal para la Responsabilidad Social, que estaba integrado a partes iguales por cuatro representaciones que englobaban a todo el universo de la RSE: Administraciones Públicas, Empresas, Sindicatos y Tercer Sector. El Consejo Estatal, integrado por catorce miembros en cada bloque, todos ellos los más representativos y mejores expertos del país en esta materia, echó a andar hace años para fijar la hoja de ruta y el proceso de desarrollo de la RSE en nuestro país. El segundo aspecto más notable del impulso a la RSE estos últimos años ha sido, sin duda, la aprobación de un amplio precepto destinado al fomento de la RSE en la Ley de Economía Sostenible. Efectivamente, el art. 39 Ley de Economía Sostenible, marzo 2011, dedica cuatro apartados a la promoción de la Responsabilidad Social de las Empresas atendiendo especialmente a los objetivos de transparencia en la gestión, buen gobierno corporativo, compromiso con lo local y el medioambiente, respeto a los derechos humanos, mejora de las relaciones laborales, promoción de la integración de la mujer, de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, de la igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y del consumo sostenible, todo ello de acuerdo con las recomendaciones que, en este sentido, haga el Consejo Estatal de la Responsabilidad social

Empresarial, constituido por el RD 221/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas.

Pero a los efectos de esta PNL que el Grupo Socialista presenta, interesa destacar el impulso que Naciones Unidas ha dado a esta idea, primero instando a empresas de todo el mundo a suscribir el Pacto Global, es decir, los compromisos que inspiran y regulan dicho Pacto y, en los últimos años, desarrollando un interesantísimo proceso de exigencia ética a las empresas, en base a la incorporación de los Derechos Humanos como suelo mínimo, a todas las empresas del mundo, a través del llamado informe Ruggie.

En este contexto, la Organización de Naciones Unidas –en paralelo con otras iniciativas en organismos internacionales como la OCDE o la UE– nombró en 2005 un Representante Especial del Secretario General de la ONU para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Este Representante ha desarrollado su labor en tres fases, que culminaron el año 2011.

En una primera fase (2005–2007) pretendió, sin mucho éxito a pesar de la ingente documentación obtenida, identificar y aclarar las normas y prácticas existentes de violación de los derechos humanos cometidas en el contexto empresarial.

En una segunda fase (2007), el Consejo de Derechos Humanos, mediante su resolución 8/7, encomendó al Representante Especial la labor de elaborar un Marco para “proteger, respetar y remediar” con un triple contenido básico: obligar a los Estados nacionales a ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por las empresas mediante una correcta reglamentación y sometimiento a la Justicia; obligar a las empresas a respetar los derechos humanos y, en su caso, reparar las consecuencias negativas de sus actividades; mejorar el acceso de las víctimas a las vías de reparación, tanto judiciales como extrajudiciales, realmente efectivas.

Este Marco, no sólo fue aprobado por el Consejo de Derechos Humanos, sino que ha sido utilizado como guía en esta materia por entidades tanto públicas (gobiernos, organiza-

ciones internacionales...) como privadas (empresas, asociaciones...).

Finalmente, el Representante Especial presentó ante el Consejo su informe sobre Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, que resume su actividad durante los años 2005–2011 y que ya incluye recomendaciones concretas o principios rectores y prácticas para su implementación. Todo ello conforme a una documentación de conocimiento imprescindible para esta Cámara y para todas las actividades que se desarrollan en nuestro país en relación con la Responsabilidad Social Empresarial. En particular, cabe citar los siguientes documentos:

Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie.

Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar” (A/HRC/17/31. 21 marzo 2011).

Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos: Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (A/HRC/RES/17/4. 6 julio 2011).

Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (A/HRC/20/29. 10 abril 2012).

Considerando la importancia de todas estas iniciativas en el desarrollo de una renovación conceptual de la empresa y de sus compromisos para con la sociedad, estimamos imprescindible abordar en serie parlamentaria, un conjunto de propuestas para extender e implementar la doctrina de Naciones Unidas en la cultura de la Responsabilidad Social en nuestro país y, especialmente, en fortalecer la defensa y el cumplimiento de los Derechos Humanos en las actividades empresariales dentro y fuera de nuestro país, por parte de las empresas españolas.

Por todo ello, el Grupo Parlamentario Socialista presenta la siguiente Proposición no de Ley

“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

1. Incorporar los principios rectores sobre Empresas y Derechos Humanos puestos en práctica por el marco de Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, al II Plan de Derechos Humanos que está elaborando el Gobierno, en cumplimiento de diferentes mandatos parlamentarios.

2. Trasladar y proponer al Consejo Estatal de la Responsabilidad Social Empresarial, la incorporación a sus trabajos del informe del Representante Especial del Secretario General para las cuestiones de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras empresas (John Ruggie), para su análisis y estudio en el seno del Consejo, por parte de los agentes económicos y sociales que lo integren.

3. Incorporar, en el marco de las directrices que deben regir la futura Ley de Acción y del Servicio Exterior del Estado, las orientaciones que se contienen en los principios rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas.

4. Instar al Consejo Estatal de la RSE para que incorpore un programa especial de implantación de los principios de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (Informe Ruggie), al Plan Nacional de RSE que el Consejo está elaborando, en cumplimiento de la Resolución Parlamentaria adoptada en la Comisión de Empleo y Seguridad Social, de fecha 29 noviembre 2012.

5. Incorporar los principios establecidos en Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y empresas transnacionales, a las grandes empresas españolas que operan en todo el mundo, dentro de los planes de fomento de la Marca España.

6. Adoptar las modificaciones normativas que procedan, al objeto de establecer como requisito previo para las Empresas españolas que reciban apoyo oficial del Estado (a través de las distintas vías de créditos ICO, o ayudas CESCE, ICEX, del DIEM, FONPRODE, o a través de la Ayuda Oficial para el desarrollo española (AOD), el que elaboren un Plan espe-

cífico referido al deber de respeto, compromiso, análisis de impacto y diligencia debida en materia de derechos humanos, incluyendo el establecimiento de los oportunos canales de información en esta materia con las personas o comunidades que resulten afectadas por las operaciones que realicen estas empresas, en España y en otros países.

7. Elaborar un informe jurídico sobre las posibilidades de aplicar a los tribunales españoles la intervención en los principios de “protección, respeto y remedio” de los Derechos Humanos a las empresas españolas, incluyendo sus actividades fuera del territorio nacional, valorando las reformas pertinentes a adoptar, con el fin de cumplir, la obligación, en su caso, de reparación del Estado, así como la eliminación de los obstáculos de acceso a la justicia para las personas afectadas por aquellas operaciones empresariales realizadas en contra de los derechos humanos.

8. Elaborar un informe sobre las iniciativas adoptadas en el conjunto de las administracio-

nes públicas para la aplicación en España de los principios rectores sobre Derechos Humanos y empresa, que se presentará a final del año 2013, a la Comisión Constitucional del Congreso.

9. Informar periódicamente a las comisiones parlamentarias competentes, primero, del estado del procedimiento de elaboración del II Plan de Derechos Humanos, del Plan Nacional de Responsabilidad Social de las Empresas (RSE), así como de las previsiones acerca del Plan de implementación en nuestro país de los Principios Rectores sobre empresa y derechos humanos de Naciones Unidas, estableciendo mecanismos evaluación y de coherencia entre dichos planes para que, una vez aprobados, puedan ser objeto del correspondiente seguimiento parlamentario y valoración acerca de los efectos y cumplimiento de dichos planes”

Palacio del Congreso de los Diputados, 22 marzo 2013.—Ramón Jáuregui Atondo, Diputado.— Eduardo Madina Muñoz, Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista. *BOCG*, 5 abril 2013, nº 251, serie D, p. 8).

En torno a la presentación de dicha Proposición no de ley, un grupo de diputados se reunió con un miembro del Grupo de Trabajo de la ONU sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales, así como con algunos profesores universitarios, entre los que se encontraba el autor de esta nota informativa.

Además de presentarse los Principios Rectores y de discutirse el modo de incardinación de los mismos en la legislación española y en las políticas del Estado español, el autor hizo un análisis de las posibilidades que los Estados y, en concreto, el Estado español tienen para regular las actividades de las empresas transnacionales en el exterior, cuestión que también había sido mencionada en los debates de la Proposición no de ley en el Congreso. Con motivo de este análisis el autor preparó la siguiente nota informativa y la entregó a los diputados presentes en la reunión, así como aquellos que habían debatido en el Congreso sobre la Proposición no de ley.

NOTA

Utilizando de manera amplia el concepto de jurisdicción, se puede afirmar que existen tres tipos de jurisdicción extraterritorial: (i) el poder de un Estado para adoptar normas que regulen personas, propiedad o conductas que tienen lugar en el territorio de otro Estado (jurisdicción normativa); (ii) el poder de los tribunales de un Estado para tomar decisiones relativas a situaciones que se han originado en otro Estado (jurisdicción judicial); y (iii) el poder de un Estado para desplegar las actividades de sus órganos en el territorio de otro Estado (jurisdicción ejecutiva).

En virtud de normas internacionales convencionales, los Estados tienen obligación de desplegar tanto jurisdicción normativa como jurisdicción judicial respecto a los crímenes de genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, tortura y desapariciones forzosas, dondequiera que se cometan y cualquiera que sea la nacionalidad del que los cometa, en la medida en que aquellos acusados de esos

crímenes se encuentren en su territorio. Los convenios internacionales que prevén las obligaciones anteriores no se redactaron pensando en personas jurídicas, por lo que no sería plausible derivar de dichos convenios una obligación, por ejemplo, para los Estados donde una compañía ha sido constituida, de perseguir a dicha compañía, por ejemplo, por complicidad en la comisión de alguno de los crímenes mencionados más arriba, como cuando una empresa presta parte de su material o sus instalaciones para que fuerzas militares o paramilitares cometan actos contrarios a dichos tratados.

Por otro lado, no todos los Estados han aceptado el concepto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que refuerza la anterior conclusión. Sin embargo, del estudio de dichas normas internacionales sí se puede extraer la posibilidad –no la obligación– de que los Estados persigan a personas jurídicas que tengan alguna conexión relevante con dichos Estados.

Además, el principio de cooperación internacional en la represión de ciertos crímenes autoriza también la cooperación del Estado de origen de la persona jurídica para castigar los actos punibles cometidos en el territorio de un segundo Estado, donde opera dicha persona jurídica. Sin embargo, también es posible pensar en medidas coactivas que puede llevar a cabo el Estado donde opera la persona jurídica, como la clausura y embargo de locales y activos que la persona jurídica tenga en el mismo. Sin embargo, para otro tipo de medidas coactivas hará falta siempre la cooperación del Estado de origen de la persona jurídica, cooperación que puede ser muy problemática, por las mismas razones que se han apuntado antes, como son la de que no todos los Estados contemplan la posibilidad de sancionar penalmente a personas jurídicas.

Los crímenes internacionales, como aquellos a los que se ha hecho referencia anteriormente, son un caso especial. En cambio, no existe una obligación general, impuesta a los Estados, conforme al Derecho internacional de los derechos humanos, de ejercer su jurisdicción extraterritorial, con el fin de contribuir a la protección y promoción de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos. También es cierto que un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por las violaciones de derechos humanos de una empresa cuando esa empresa actúa bajo la dirección del Estado (empresa pública o semipública). Además, un Estado también puede incurrir en responsabilidad internacional por las omisiones de sus órganos, por lo que el Estado de origen de una empresa transnacional podría tener que responder de los daños provocados, si no hubiera sido suficientemente diligente a la hora de impedir las violaciones de derechos humanos de una empresa sobre la que pudiera ejercer su efectivo control. Aun así, no se puede decir que haya cristalizado todavía una norma internacional que obligue a los Estados a controlar a las personas jurídicas para que no violen los derechos humanos fuera de su territorio. Sin embargo, en otros ámbitos, como el de los derechos económicos y sociales, sí se puede decir que existe un creciente reconocimiento de que la interdependencia de los Estados debería llevar a una obligación de todos los Estados de actuar conjuntamente frente a los problemas colectivos de la comunidad internacional. Por ello, la obligación de cooperación internacional se está revitalizando.

Asimismo, en la doctrina internacionalista hay una fuerte tendencia a imponer a los Estados una obligación de tratar de influenciar las situaciones extraterritoriales en la medida en que puedan efectivamente ejercer tal influencia. Hay autores que basan dicha obligación de los Estados más desarrollados –consistente en tratar de influenciar el desarrollo económico en un sentido positivo–, en la protección tan amplia que reciben en Derecho internacional los inversores que provienen de esos países, como pone de manifiesto el número creciente de demandas interpuestas por inversores contra los Estados donde se ha realizado la inversión, tanto ante el CIADI como ante otros órganos internacionales.

Sin embargo, incluso si existe este deber de cooperación, que puede fundamentar el deber, o al menos la posibilidad, de los Estados de origen de las empresas transnacionales, de regular las actividades de dichas empresas en el extranjero, la mencionada regulación puede no ser bien recibida por el Estado donde opera la empresa, por entender que dicha regulación limita su propia capacidad de actuación o que manifiesta una desconfianza en su habilidad de enfrentarse con sus propios medios al problema de la violación de los derechos humanos por las empresas transnacionales.

Un Estado también puede tratar de influenciar actividades que ocurren fuera de sus fronteras, con normas que tengan alcance extraterritorial, cuando dichas actividades tienen un efecto sustancial, directo

y previsible en su territorio (por ejemplo, la doctrina de los efectos en la normativa de defensa de la competencia). En segundo lugar, la nacionalidad del autor de la actividad regulada (principio de nacionalidad activa) o de la víctima de dicha actividad (principio de nacionalidad pasiva) pueden ser la base que permita el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial. Tercero, un Estado puede ejercitar su jurisdicción respecto a personas, propiedades o actos en el extranjero que constituyan una amenaza para los intereses fundamentales del Estado. En cuarto lugar, ciertos crímenes percibidos como particularmente dañinos pueden ser perseguidos por cualquier Estado (principio de universalidad manifestado, por ejemplo, en la persecución de la piratería).

El ejercicio de la jurisdicción extraterritorial sobre la base del principio de nacionalidad activa estaría particularmente justificado en el caso de las empresas transnacionales que tienen la nacionalidad del Estado legislador (Estado de origen de la empresa), especialmente cuando se trata de violaciones de los derechos humanos. Esto es así porque, en primer lugar y tradicionalmente, los nacionales no son extraditados y, por ello, el Estado de la nacionalidad del transgresor, por solidaridad con el Estado donde se ha producido el hecho dañino, debería regular y perseguir él mismo la actividad realizada en el extranjero. En segundo lugar, el Estado de origen de la multinacional no debería permitir que las empresas de su nacionalidad hicieran en el extranjero lo que no pueden hacer en su propio territorio.

En cualquier caso, el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial está sometido al principio de razonabilidad. Es decir, cualquier norma extraterritorial, aunque satisficiera alguno de los criterios que la autorizan, sólo podría dictarse o aplicarse si sus efectos son razonables y proporcionales. Del mismo modo, el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial también estaría autorizado cuando el Estado de origen de la empresa transnacional no persigue sus propios intereses, sino intereses de cooperación internacional o de protección de intereses universales, como son los de la protección de los derechos humanos, incluso en ausencia de nexo de unión claro entre el autor o la víctima de la violación de los derechos humanos y el Estado que ejerce la jurisdicción extraterritorial. En este mismo sentido, no se puede decir que un Estado viole el principio de Derecho internacional de no injerencia en los asuntos internos de otros Estados, cuando ejerce su jurisdicción extraterritorial para proteger los derechos humanos, porque la prohibición de injerencia en asuntos internos de otros Estados se refiere a cuestiones en las que el Estado territorial puede ejercer libremente su soberanía, lo que no ocurre en el caso de los derechos humanos, en los que la soberanía de los Estados está limitada por el Derecho internacional general.

Los criterios habituales para determinar la nacionalidad de una persona jurídica –paso previo para poder ejercer jurisdicción extraterritorial sobre ella– son el lugar de constitución, el lugar donde está situado el establecimiento principal o el lugar de su actividad principal. Más problemático resulta el criterio del control, por el que una filial podría tener la nacionalidad de la matriz, sobre la base del control de ésta sobre la filial. Por último, en ningún caso un Estado podría ejercer su jurisdicción sobre una sociedad basándose en que sus accionistas tienen la nacionalidad de dicho Estado, aunque también es cierto que, actualmente, existen muchos Acuerdo Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones que permiten proteger a los inversores de una nacionalidad incluso si éstos han constituido una filial en el país donde se ha realizado la inversión.

El criterio del lugar de constitución también tiene sus dificultades. Este criterio contribuye a la certeza jurídica por su predecibilidad. Sin embargo, los vínculos de la persona jurídica con el lugar de constitución pueden ser muy débiles y no indicar el verdadero centro de las actividades económicas de la compañía. Además, puede haber Estados que concedan la nacionalidad a las personas jurídicas conforme a este criterio a los solos efectos tributarios, sin preocuparse de regularlas convenientemente.

El problema más peliagudo, sin embargo, es el de la atribución de responsabilidad dentro de un grupo de sociedades. Cuando una persona jurídica decide internacionalizarse mediante el establecimiento de una sucursal en otro Estado, sin personalidad jurídica, los actos de dicha sucursal (o más exactamente, de las personas que trabajan en ella) son atribuidos directamente a la persona jurídica. Cuando lo que se establece es una filial, o los vínculos entre una persona jurídica y la otra son de naturaleza contractual, el problema es más complicado. Aparte de la posibilidad de imponer obligaciones (y sanciones) a la matriz, por actos de sus filiales, también existe la posibilidad de imponer directamente obligaciones a las filiales

extranjeras, si sus bienes están al alcance del Estado de origen. Sin embargo, esta última posibilidad puede ser percibida como una amenaza a la soberanía del Estado donde están constituidas dichas filiales.

Para superar estos problemas existen varias vías. La primera es la del levantamiento del velo, que consiste en un examen de la relación de hecho (relación económica) entre matriz y filial, para llegar a la conclusión de que dicha relación se parece más a la del principal y su agente, de manera que los actos del agente se imputan al principal. Esta vía se podría justificar alegando que se ha abusado de la forma societaria y que la matriz se ha tratado de escudar indebidamente en la filial. Dos condiciones parecen ser necesarias para que se opere este “levantamiento del velo”: que la matriz tenga el poder de influir decisivamente en el comportamiento de la filial y que haya usado dicho poder en la toma de decisiones que lleva a los actos dañinos. Esta vía tiene la desventaja de que puede desincentivar a la matriz para que ejerza un control estrecho sobre la filial, pues cuanto mayor sea el control, más posibilidades habrá de que se considere que el velo corporativo es artificial.

La segunda manera de superar los problemas de atribución de responsabilidad dentro de un grupo de sociedades sería considerar que la interconexión de los miembros del grupo es tal que existe una presunción de que cualquier acto cometido por la filial es un acto realizado por la matriz. Finalmente, se podría centrar la atención en la responsabilidad directa de la matriz por omisión del deber de diligencia en el control de los actos de las filiales.

Es legítimo preguntarse si la vía de atribución de responsabilidad a la matriz por los actos de la filial estrechamente controlada por la matriz no podría aplicarse por analogía, en los casos en que también se está ante una relación contractual entre la persona jurídica del Estado de origen y la persona física o jurídica situada en el Estado donde ocurren los hechos que se quieren sancionar (relación fabricante – proveedor), de manera que dicha relación contractual ocultara el verdadero control de la “matriz”. Esta solución podría alcanzarse estableciendo legalmente que los actos de los socios contractuales son imputables a la empresa transnacional cuando exista una relación de dependencia tal, entre dicha empresa y el contratante, que haya que presumir que la empresa conocía o debía conocer los actos del contratante y que habría debido actuar para evitarlos. Asimismo, indirectamente, se podría imponer a la empresa transnacional una obligación legal de vigilancia de sus socios contractuales en terceros países.

Finalmente, como ya se ha apuntado, es posible que el Estado donde tiene lugar la acción contraria a los derechos humanos considere que el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por el Estado de origen de la empresa viola su soberanía o supone una intervención ilegítima en sus asuntos internos. Asimismo, puede darse el caso de que varios Estados quieran regular la misma situación o la misma empresa.

Para evitar estos conflictos, el Estado que pretenda ejercer su jurisdicción extraterritorial debería abstenerse de ejercerla, a no ser que exista una base clara para ello: doctrina de los efectos, principio de personalidad activa o pasiva, principio de protección o principio de universalidad. Además, el ejercicio de jurisdicción deberá ser razonable y proporcional. En los casos de jurisdicción extraterritorial penal, pueden evitar estos conflictos los principios de *non bis in idem* y la necesidad de que la acción esté tipificada en ambos países (el que ejerce su jurisdicción y aquél donde se produce el hecho).

Otro mecanismo sería el de inaplicar la normativa extraterritorial cuando, de no hacerlo así, la empresa a la que se dirige dicha normativa estaría incumpliendo la legislación del Estado donde dicha empresa realiza sus actividades. Asimismo, el Estado que pretende aplicar su jurisdicción extraterritorial podría consultar primero con el Estado donde opera la empresa.

Nicolás ZAMBRANA TÉVAR *

* Assistant Professor, KIMEP University (Almaty, Kazakhstan). Grupo de Estudio del Derecho Internacional Privado y los Derechos Humanos A/HRC/17/31; http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciples_BusinessHR_SP.pdf; <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>.

UNIÓN EUROPEA

FIRMA DE UN ACUERDO SOBRE EL TRIBUNAL UNIFICADO DE PATENTES

Veinticuatro Estados miembros firmaron el 19 febrero 2013 el Acuerdo internacional por el que se crea un Tribunal Unificado de Patentes (TUP). Con el acuerdo se pretende la consecución de dos fines. Por un lado, la reducción de costes de las patentes actuales en hasta un 80%, y por otro, aumentar la seguridad jurídica y reducir los costes de los litigios. Una vez que el acuerdo entre en vigor, los países signatarios formarán un espacio unificado en relación con el Derecho de patentes. Sin embargo, los resultados no surtirán efecto en España, al haberse autoexcluido de la firma del acuerdo, junto con Bulgaria y Polonia.

Hasta tiempos recientes un litigio relacionado con una patente debía tratarse en múltiples tribunales de diferentes Estados miembros. Sin embargo, las conclusiones del nuevo Tribunal serán aplicables, lográndose de este modo la seguridad jurídica en el territorio de todos los países signatarios. De la misma manera, el TUP evitará fallos contradictorios y se reducirá el coste de los litigios sobre patentes. Esta compleja cuestión se ha debatido durante décadas y se ha adoptado una decisión para permitir una cooperación reforzada con el fin de resolverla. Esta decisión posibilita que un grupo de Estados miembros adopte normas comunes cuando no sea posible lograr una acuerdo a escala de toda la UE.

En dos Estados miembros, los procedimientos internos necesarios para autorizar la firma aún están pendientes y un Estado miembro ha decidido no firmar. Todos estos Estados miembros todavía podrán adherirse al Acuerdo en una fecha posterior. El Acuerdo entrará en vigor tan pronto como haya sido ratificado por 13 Estados Miembros. El TUP es el tercer elemento de lo que se conoce como el “paquete de patentes”. Cabe recordar que en diciembre de 2012 se adoptaron dos Reglamentos que establecen una mayor cooperación para la protección de la patente unitaria y sus disposiciones sobre traducción. A partir de ahora deberán asimismo tomarse decisiones en relación con la designación de comités, presupuestos, costes de los procesos y tasas a satisfacer por las partes que se sometan al tribunal, reclutamiento de personal, instalaciones, etc. Todo ello se tendrá que hacer en los próximos meses para que la primera patente unificada pueda registrarse en primavera del 2014, como pretenden los impulsores de la iniciativa.

La División Central del Tribunal estará inicialmente ubicada en París y existirán Secciones especializadas en Londres (para patentes farmacéuticas y químicas) y Múnich (para patentes de ingeniería mecánica). El Tribunal de apelación residirá en Luxemburgo.

Al margen de los Estados que no han suscrito, el Acuerdo su aceptación no es en modo alguno pacífica. Baste tener en cuenta que el prestigio so Instituto Max Planck ha publicado un informe muy crítico en donde se aportan 12 razones por la cuales el nuevo sistema es mucho menos beneficioso de lo que sus defensores propugnan (http://www.ip.mpg.de/en/pub/publications/opinions/unitary_patent_package.cfm).

Con posterioridad, los Ministros de Justicia llegaron el 6 diciembre 2013 a un acuerdo en un tiempo récord respecto de una propuesta de la Comisión Europea para completar el marco jurídico para la protección de la patente europea. La propuesta actualizará las normas comunitarias sobre la competencia de los tribunales y el reconocimiento de las resoluciones judiciales (Reglamento Bruselas I) y el funcionamiento del Tribunal Unificado de Patentes.

El tribunal tendrá jurisdicción especializada en disputas de patentes, evitando múltiples casos de litigio en un máximo de 28 tribunales nacionales diferentes. Esto reducirá los costos y conducir a decisiones rápidas sobre la validez o la infracción de patentes, impulsar la innovación en Europa. Es parte de un paquete de medidas recientemente acordadas para asegurar la protección mediante una patente unitaria en el mercado único. El Parlamento Europeo debe ahora ponerse de acuerdo sobre la propuesta antes de que pueda convertirse en ley. Se espera Asuntos Jurídicos (JURI) Comité del Parlamento a votar sobre su informe en febrero de 2014, con una votación plenaria final espera el siguiente mes. Asimismo, la

Comisión anima a los Estados miembros a que ratifiquen el Acuerdo Unitario Tribunal de la Patente lo más rápido posible, y para completar los trabajos preparatorios necesarios para que la Corte entre en funcionamiento en consecuencia, por lo que las primeras patentes unitarias se pueden conceder en el menor plazo de tiempo posible.

DINAMARCA APLICARÁ EL CONTENIDO DEL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS

Dinamarca, mediante carta de 20 diciembre 2012, notificó a la Comisión su decisión de aplicar el contenido del Reglamento (UE) n° 1215/2012, lo que significa que las relaciones entre la Unión y Dinamarca quedarán reguladas por las disposiciones de dicho Reglamento (DO L 79, de 21.3.2013). Cabe recordar que el 12 diciembre 2012, el Consejo de la Unión Europea adoptó la revisión del Reglamento Bruselas I o Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Dicha revisión se contiene en el Reglamento (UE) n° 1215/2012 culminando de esta manera el controvertido proceso de reforma de este instrumento básico del Derecho internacional privado de la Unión Europea.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 3, ap. 2, del Acuerdo de 19 octubre 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil celebrado mediante la Decisión 2006/325/CE del Consejo, siempre que se adopten modificaciones del Reglamento (CE) n° 44/2001, Dinamarca deberá notificar a la Comisión su decisión de aplicar o no el contenido de tales modificaciones. Y en cumplimiento de esta disposición Dinamarca, mediante carta de 20 diciembre 2012, notificó a la Comisión su decisión de aplicar el contenido del Reglamento (UE) n° 1215/2012, lo que significa que las relaciones entre la Unión y Dinamarca quedarán reguladas por las disposiciones de dicho Reglamento. De conformidad con lo dispuesto en el art. 3, ap. 6, del Acuerdo, la notificación danesa creará obligaciones recíprocas entre Dinamarca y la Unión. Así pues, el Reglamento (UE) n° 1215/2012 constituye una modificación del Acuerdo y, como tal, se considera un anexo del mismo. Por lo que se refiere al art. 3, ap. 3 y 4, del Acuerdo, la aplicación en Dinamarca del Reglamento (UE) n° 1215/2012 podrá llevarse a cabo mediante modificación de la legislación vigente por decisión del Parlamento de ese país. De conformidad con lo dispuesto en el art. 3, ap. 5, letra b), del Acuerdo, Dinamarca notificará a la Comisión la fecha de entrada en vigor de las medidas legislativas de aplicación.

DINAMARCA IMPLEMENTA SU PARTICIPACIÓN EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

De conformidad con el art. 4 del Acuerdo de 19 octubre 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado por la Decisión 2006/325/CE del Consejo, cuando se adopten normas de desarrollo de conformidad con lo dispuesto en el art. 74, ap. 2, del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe notificarse a la Comisión la decisión de Dinamarca de aplicar o no el contenido de dichas normas de desarrollo.

El Reglamento de Ejecución (UE) n° 1142/2011 de la Comisión por el que se establecen los anexos X y XI del Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos fue adoptado el 10 noviembre 2011 (DO L 251 de 21.9.2013). De conformidad con el art. 3, ap. 2, del Acuerdo, Dinamarca, mediante carta de 14 enero 2009, notificó a la Comisión su decisión de implementar el contenido del Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo en la medida en que modifica el Reglamento (CE) n° 44/2001. De conformidad con el art. 4 del Acuerdo, Dinamarca, mediante carta de 11 enero 2012, notificó a la Comisión su decisión de implementar el contenido del Reglamento de Ejecución

(UE) nº 1142/2011. Esto implica que las disposiciones del Reglamento de Ejecución (UE) nº 1142/2011 se aplicarán a las relaciones entre la Unión Europea y Dinamarca.

Además, Dinamarca, mediante carta de 20 febrero 2013 (siguiente a una carta de 9 marzo 2011), notificó de manera definitiva a la Comisión sus autoridades competentes de conformidad con el art. 2, ap. 2, y el art. 47, ap. 3, del Reglamento (CE) nº 4/2009 y solicitó que se reconocieran a efectos de los anexos X y XI del Reglamento de Ejecución (UE) nº 1142/2011. Por consiguiente, a efectos del anexo X del Reglamento (CE) nº 4/2009 establecido por el Reglamento de Ejecución de la Comisión [art. 2, ap. 2, del Reglamento (CE) nº 4/2009], las autoridades administrativas danesas pertinentes son: La Administración Regional (Statsforvaltningen) y el Ministerio de Asuntos Sociales, Infancia e Integración (la Comisión Nacional de Recursos en Materia Social, División de Asuntos de la Familia) [Social, Børne-og Integrationsministeriet (Ankestyrelsen, Familieretsafdelingen)]. A efectos del anexo XI del Reglamento (CE) nº 4/2009 establecido por el Reglamento de Ejecución de la Comisión [art. 47, ap. 3, del Reglamento (CE) nº 4/2009], la autoridad pertinente es el Ministerio de Justicia (Justitsministeriet).

REFORMA DEL ESPACIO SCHENGEN

El Parlamento Europeo dio el visto bueno el 12 junio 2013 a la reforma de las normas que regulan el funcionamiento del espacio europeo sin fronteras internas. Las nuevas reglas permitirán el envío por sorpresa de equipos de inspección para comprobar que no se imponen controles ilegales en las fronteras internas del área Schengen.

El nuevo mecanismo de evaluación del área Schengen está plasmado en el informe, que ha sido aprobado por el PE por 526 votos a favor, 101 en contra y 55 abstenciones. Este mecanismo dejará de ser intergubernamental y se regirá por la normativa comunitaria. Además, la Comisión Europea tendrá un papel coordinador. El texto legislativo también asigna un papel supervisor al PE, al que la Comisión informará con regularidad. Igualmente, el ejecutivo comunitario deberá contestar a las preguntas de los eurodiputados. Hasta este momento, el PE no tenía acceso a ninguna información sobre la aplicación de las normas de Schengen por parte de los Estados miembros. Según el texto acordado, cualquier propuesta de reforma del sistema de evaluación que se plantee en el futuro deberá decidirse previa consulta al PE.

Los equipos de inspectores de los Estados miembros, la Comisión y otras agencias comunitarias podrán realizar visitas sin previo aviso para comprobar que no se realizan controles ilegales en las fronteras internas. En el caso de las fronteras exteriores, los inspectores notificarán la inspección al Estado miembro evaluado al menos 24 horas antes de su llegada. Téngase en cuenta que el actual Código de Fronteras Schengen permite la reintroducción temporal de los controles en las fronteras internas en circunstancias excepcionales que puedan constituir una amenaza seria para el interés público o la seguridad interna del Estado miembro (por ejemplo, grandes eventos deportivos o atentados terroristas).

El nuevo texto permite la reintroducción de estos controles temporalmente como medida de “último recurso, para un ámbito y un periodo de tiempo estrictamente limitados, basada en criterios objetivos específicos” y bajo el control de la UE. En caso de que exista una amenaza grave para el interés público o la seguridad interna, los controles podrán imponerse por un plazo de 30 días y ser prolongados hasta 6 meses. Si se trata de acontecimientos imprevistos que requieren una acción inmediata, los Estados miembros podrán reintroducir los controles de fronteras de forma unilateral por un periodo máximo de 10 días. Cualquier extensión de este plazo será supervisada a nivel europeo. Las normas sobre controles fronterizos están recogidas en un informe redactado por Renate Weber (ALDE, Rumanía), adoptado por 506 votos frente a 121 y 55 abstenciones.

Una cuestión muy importante para el Parlamento Europeo durante las negociaciones fue garantizar que la inmigración no sea considerada en sí una amenaza a la seguridad de los Estados miembros. El texto final establece que “la migración y el cruce de las fronteras exteriores por un gran número de nacionales de terceros países no debe ser considerada *per se* una amenaza a la seguridad interna”.

Por último, los países candidatos a adherirse a Schengen y aquellos que ya sean miembros del área de libre circulación deberán ser evaluados siguiendo los mismos criterios y estar sometidos a las mismas normas.

SISTEMA DE ENTRADA/SALIDA (EES) PARA REGISTRAR LOS DATOS DE ENTRADA Y SALIDA DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES QUE CRUZAN LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

Con arreglo al Código de fronteras Schengen, los ciudadanos de la Unión Europea y otros beneficiarios del derecho a la libre circulación en virtud del Derecho de la Unión (*v.gr.*, los miembros de la familia de ciudadanos de la UE) que crucen la frontera exterior son sometidos a una inspección mínima, tanto a la entrada como a la salida, consistente en la verificación de los documentos de viaje a fin de determinar su identidad. Todos los demás nacionales de terceros países, en cambio, habrán de someterse, a la entrada, a una inspección minuciosa, que incluye la verificación del objeto de la estancia, la comprobación de que disponen de medios de subsistencia suficientes, así como su búsqueda en el Sistema de Información de Schengen (SIS) y en las bases de datos nacionales. El Código de fronteras Schengen no contiene disposiciones relativas a la anotación de los desplazamientos transfronterizos de los viajeros. Hoy por hoy, el sellado del documento de viaje es el único método de indicar las fechas de entrada y de salida que pueden utilizar los guardias de fronteras y las autoridades de inmigración para calcular la duración de la estancia de un nacional de un tercer país en el espacio Schengen, que no puede exceder de noventa días dentro de un periodo de ciento ochenta días. Otras medidas y herramientas disponibles en los pasos fronterizos, como las bases de datos –el SIS y el Sistema de Información de Visados (VIS)–, cuya consulta es obligatoria a la entrada, pero no a la salida, no fueron concebidas para anotar los cruces de fronteras y no prevén esta funcionalidad. La finalidad principal del VIS es permitir la verificación del historial de solicitud de visados y, a la entrada, verificar si la persona que presenta el visado en la frontera es la misma para la que se expidió. Hoy por hoy, no existen medios electrónicos para comprobar si, dónde y cuándo un nacional de un tercer país ha entrado o salido del espacio Schengen. También plantean dificultades a la hora de supervisar la estancia autorizada de los nacionales de terceros países la utilización y la calidad de los sellos (por ejemplo, su legibilidad, la lentitud del proceso de cálculo de la estancia, las falsificaciones y las imitaciones).

Por estos motivos, no existe un sistema de anotación coherente a escala de la UE de las entradas y salidas de viajeros del espacio Schengen ni, por tanto, medios fiables para que los Estados miembros puedan determinar si un nacional de un tercer país ha sobrepasado su derecho de estancia. Por el momento Bulgaria, Estonia, España, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovaquia y Finlandia disponen de sus propios sistemas nacionales de entrada/salida, que recogen datos alfanuméricos de los viajeros. Todos ellos permiten acceder a sus sistemas a efectos de gestión fronteriza, así como con fines coercitivos. Siempre que una persona salga legalmente por el mismo Estado miembro por el que entró, estos sistemas detectarían si ha sobrepasado la duración de estancia autorizada. Dejando aparte ese supuesto, la posibilidad de utilizar tales sistemas para detectar los casos en que se ha sobrepasado la duración de estancia autorizada sería nula, ya que las anotaciones de entrada y de salida no pueden cotejarse cuando las personas salen del espacio Schengen por un Estado miembro distinto de aquel por el que entraron y en el que se anotó la entrada.

Tampoco se dispone de datos fiables sobre el número de inmigrantes irregulares que permanecen actualmente en la UE. Según estimaciones prudentes oscila entre 1,9 y 3,8 millones. Se piensa que una amplia mayoría de ellos son personas que han sobrepasado la duración de estancia autorizada, es decir, que entraron legalmente para una estancia de corta duración, en su caso con un visado válido, y que permanecieron en la UE después de expirar el plazo de estancia autorizada. Por lo que hace a las aprehensiones de inmigrantes irregulares en la UE, en 2010 (EU 27) el total fue de 505.220, lo que muestra, en comparación con la referida estimación, que solo se aprehende a un pequeño porcentaje de las personas que han sobrepasado la duración de estancia autorizada.

En el caso de los nacionales de terceros países que destruyen su documentación una vez han entrado en el espacio Schengen, es muy importante que las autoridades tengan acceso a información fiable para establecer su identidad. La ficha financiera legislativa adjunta a la presente propuesta se basa en un estudio de los costes de un EES y de un RTP llevado a cabo por un contratista externo.

Estos propósitos descansan en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Sistema de Entrada/Salida (EES) para registrar los datos de entrada y salida de los nacionales de terceros países que cruzan las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (COM/2013/095 final – 2013/0057 (COD)). Los objetivos de la presente propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo son los siguientes: a) crear un EES y establecer una base jurídica para el desarrollo y la implementación del sistema técnico; b) definir el propósito, las funciones y las responsabilidades en relación con la utilización del EES; y c) confiar a la Agencia para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (en lo sucesivo, la Agencia), el desarrollo y la gestión operativa del sistema central.

El referido Reglamento constituirá el instrumento central del marco jurídico del EES. Para completarlo se presenta, paralelamente a la presente propuesta, otra destinada a modificar el Código de fronteras Schengen en lo que respecta a la utilización del sistema como parte del proceso de gestión de las fronteras. El propósito del EES será mejorar la gestión de las fronteras exteriores y la lucha contra la migración irregular, poniendo a punto un sistema que: a) calcule la estancia autorizada de cada viajero; ello incluye, a la entrada, en caso de que un viajero haya visitado a menudo el espacio Schengen, calcular rápidamente y con precisión el número de días que queden del máximo de noventa días en un periodo de ciento ochenta días; a la salida, verificar que el viajero ha respetado la estancia autorizada; y, dentro del territorio, en relación con la realización de inspecciones de nacionales de terceros países, verificar la legalidad de su estancia; b) preste asistencia en la identificación de cualquier persona que presuntamente no cumpla o haya dejado de cumplir las condiciones de entrada o estancia en el territorio de los Estados miembros; se trata, en particular, de las personas que, durante las inspecciones dentro del territorio, no estén en posesión de sus documentos de viaje o de cualquier otro medio de identificación; c) sirva de apoyo al análisis de las entradas y salidas de los nacionales de terceros países; ello incluye, en particular, obtener una imagen precisa de los flujos de viajes en las fronteras exteriores y del número de personas que han sobrepasado la duración de estancia autorizada, por ejemplo por nacionalidad de los viajeros.

REQUISITOS DE ENTRADA Y RESIDENCIA DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES CON FINES DE INVESTIGACIÓN, ESTUDIOS, INTERCAMBIO DE ALUMNOS, PRÁCTICAS REMUNERADAS Y NO REMUNERADAS, SERVICIOS DE VOLUNTARIADO Y COLOCACIÓN AU PAIR

El art. 79 TFUE encomienda a la Unión la tarea de desarrollar una política común de inmigración dirigida a garantizar una gestión eficiente de los flujos migratorios y un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros. La inmigración procedente de terceros países es una cantera de profesionales altamente cualificados, y la UE debe actuar para atraer a determinados grupos de nacionales de esos países, cada vez más buscados, como los estudiantes y, sobre todo, los investigadores. Los estudiantes y los investigadores nacionales de terceros países pueden contribuir a configurar esa reserva de trabajadores cualificados potenciales y de capital humano que la UE necesita para hacer frente a los desafíos antes mencionados. Hasta ahora estas cuestiones están reguladas por dos instrumentos: a) la Directiva 2004/114/CE, relativa a los estudiantes, establece normas obligatorias para la admisión de estudiantes nacionales de terceros países, y concede a los Estados miembros la posibilidad de aplicar la Directiva a los alumnos, los voluntarios y los aprendices no remunerados y b) la Directiva 2005/71/CE, relativa a los investigadores, establece un procedimiento rápido para la admisión de investigadores de terceros países que hayan celebrado un convenio de acogida con un organismo de investigación aprobado por el Estado miembro. No obstante los informes de aplicación de estos instru-

mentos han puesto de manifiesto la existencia de algunas deficiencias en estos instrumentos. Esas deficiencias inciden en cuestiones clave como los procedimientos de admisión, incluidos los visados, los derechos (incluidos ciertos aspectos de movilidad) y las garantías procedimentales. Las normas actuales son insuficientemente claras o vinculantes, no siempre mantienen una coherencia absoluta con los programas de financiación de la UE existentes y a veces no permiten resolver las dificultades prácticas de los solicitantes. Combinados, estos problemas ponen en entredicho que los nacionales de terceros países reciban sistemáticamente un trato equitativo al amparo de los instrumentos existentes. La necesidad de mejorar las normas vigentes se ve reforzada por el hecho de que las circunstancias y el contexto político han variado considerablemente desde el momento de la adopción de las citadas Directivas. En el marco de la Estrategia Europa 2020 y ante la necesidad de asegurar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, el capital humano constituye uno de los activos más valiosos de Europa.

La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de terceros países con fines de investigación, estudios, intercambio de alumnos, prácticas remuneradas y no remuneradas, servicios de voluntariado y colocación *au pair*, de 25 marzo 2013 [COM(2013) 151 final 2013/0081 (COD)] se destina a mejorar las disposiciones aplicables a los investigadores, estudiantes, alumnos, aprendices no remunerados y voluntarios nacionales de terceros países, y a aplicar las disposiciones comunes a dos nuevos grupos de nacionales de terceros países: los aprendices remunerados y los *au pair*. La propuesta se presenta en forma de una Directiva por la que se modifican y se refunden las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE. Su objetivo general es propiciar las relaciones sociales, culturales y económicas entre la UE y terceros países, favorecer la transferencia de capacidades y conocimientos especializados y fomentar la competitividad, aportando al mismo tiempo salvaguardias que garanticen a estos grupos de nacionales de terceros países un trato equitativo.

La presente propuesta persigue además uno de los objetivos de la acción de la UE en materia educativa, a saber, fomentar el papel de la Unión como centro de excelencia para la enseñanza y las relaciones internacionales y mejorar el intercambio de conocimientos en todo el mundo para con ello contribuir a difundir los valores de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho. La propuesta se ajusta, por añadidura, a la política de desarrollo de la UE en sus aspiraciones de erradicar la pobreza y alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Además, sus disposiciones sobre la movilidad de los aprendices entre la UE y sus países de origen facilitarán un flujo fiable de remesas y la transferencia de capacidades e inversiones. Esta propuesta tiene efectos positivos para los derechos fundamentales, en la medida en que refuerza los derechos procedimentales de los nacionales de terceros países y reconoce y ampara los derechos de los aprendices remunerados y los *au pair*. Desde ese punto de vista, es coherente con los derechos y principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales, y, especialmente, con su art. 7, sobre el respeto de la vida privada y familiar, su art. 12, sobre la libertad de reunión y asociación, su art. 15, ap. 1, sobre la libertad profesional y el derecho a trabajar, su art. 15, ap. 3, sobre la igualdad de condiciones laborales, su art. 21, ap. 2, sobre la prohibición de la discriminación, su art. 31, sobre las condiciones de trabajo justas y equitativas, su art. 34, sobre la seguridad social y la ayuda social, y su art. 47, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

NUEVO “SISTEMA COMÚN EUROPEO DE ASILO”

El Parlamento Europeo aprobó el 12 junio 2013 el nuevo Sistema Común Europeo de Asilo. Este paquete de normas fija procedimientos y plazos comunes para el tratamiento de las solicitudes de asilo, introduce requisitos mínimos de acogida y pone fin a las transferencias de solicitantes de asilo a Estados miembros que no puedan garantizarles unas condiciones de vida dignas.

El paquete de asilo está integrado por cuatro bloques normativos.

i) Procedimientos comunes. La primera directiva es impone a los países de la UE procedimientos y plazos comunes para tratar las solicitudes de asilo. Estas normas tienen como objetivo garantizar que

existen las mismas posibilidades de recibir asilo independientemente del Estado miembro donde se presente la solicitud. El plazo general que tendrán que cumplir los países para decidir si conceden o no protección internacional será de seis meses, con un número limitado de excepciones. Hasta ahora, la legislación europea no obligaba a los Estados miembros a cumplir un plazo específico. Las nuevas normas sobre procedimientos también introducen requisitos más estrictos para la formación de las personas en contacto con los solicitantes de asilo (médicos, guardias fronterizos) que, por ejemplo, tendrán que reconocer signos de tortura en los solicitantes de asilo. Además, habrá reglas mínimas para tener en cuenta las necesidades específicas de los grupos más vulnerables, como los menores no acompañados o las víctimas de tortura, que tendrán más tiempo para preparar la solicitud de asilo, en particular la entrevista. Las personas a las que les sea denegada la solicitud de asilo y que quieran recurrir esta decisión, podrán contar con asistencia jurídica gratuita para tramitar el recurso si así lo solicitan.

ii) Condiciones mínimas de acogida. La segunda directiva revisa la legislación actual sobre condiciones de acogida (que entró en vigor en 2003). Esta normativa impide la detención indiscriminada de solicitantes de asilo, pues introduce una lista de motivos para detenerlos, como su identificación o la verificación de los elementos de su pasado. Los solicitantes de asilo solo podrán permanecer detenidos mientras estas razones sigan siendo válidas. Las nuevas normas establecen que los solicitantes de asilo deberán ser alojados en centros especializados y, sólo en caso necesario, puestos en prisión, donde tendrán que permanecer separados de los presos comunes y tendrán derecho a disfrutar de actividades al aire libre. En el caso de los menores, la detención solo será posible en último recurso. Aquellos menores que no estén acompañados de un adulto solo podrán ser internados en centros adaptados a sus necesidades, siempre separados de los adultos. Además, solo podrán ser detenidos en “circunstancias excepcionales”. Por otra parte, el acuerdo establece que las autoridades competentes tendrán que proceder a una evaluación inmediata de las necesidades médicas o psicológicas del solicitante, así como garantizar su derecho a buscar trabajo en el país de acogida como muy tarde 9 meses después de haber presentado la solicitud de asilo (en la directiva actual este plazo es de un año).

iii) Transferencias de solicitantes de asilo entre países. El Parlamento también ha aprobado la revisión del reglamento de Dublín, que determina cuál es el Estado miembro responsable de tratar una solicitud de asilo. Las nuevas normas mantienen el principal criterio vigente del primer país de entrada en la UE. Sin embargo, se prohibirán las transferencias de solicitantes de asilo a Estados miembros donde corran el riesgo de recibir un “trato inhumano o degradante”, en línea con lo dictaminado por el Tribunal de Justicia de la UE y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Esta legislación también introduce un mecanismo de evaluación temprana para atajar a tiempo las posibles crisis en los sistemas nacionales de asilo.

iv) Eurodac. Las policías nacionales y Europol podrán acceder a la base europea de datos con las huellas dactilares de los solicitantes de asilo (conocida como Eurodac) en el marco de la lucha contra el terrorismo y los delitos graves. Sin embargo, a propuesta de los eurodiputados, la policía solo tendrá acceso a Eurodac como último recurso y siempre que haya una sospecha fundada de que un solicitante de asilo puede estar vinculado con el crimen. Además, tendrá que respetar una serie de garantías sobre protección de datos.

LA COMISIÓN COMPLETA LOS VACÍOS LEGALES PARA LA PROTECCIÓN MEDIANTE UNA PATENTE UNITARIA

La Comisión Europea propuso el 29 de julio 2013 completar el marco jurídico de la protección de patentes a nivel europeo mediante la actualización de las normas comunitarias sobre la competencia de los tribunales y el reconocimiento de las resoluciones judiciales (Reglamento Bruselas I).

Con arreglo al Derecho de la UE vigente, los litigios relativos a la validez o a una presunta infracción de una patente deben dirimirse ante los tribunales del Estado miembro en el que se haya registrado la patente. Como alternativas, la acción también puede entablarse ante los tribunales del Estado miembro

de residencia del demandado o ante los tribunales del Estado miembro en el que la infracción se hubiera producido o pudiera producirse. En muchos procedimientos de infracción de patentes, el demandado alega que la patente no es válida. Esto es de exclusiva competencia del Estado al que se haya adjudicado la patente. En la práctica, esto significa que el titular de la patente puede verse obligado a litigar en procesos paralelos, lo que entraña gastos considerables, una gran complejidad y la posibilidad de fallos divergentes en las resoluciones judiciales. Ha habido intentos de crear una única patente con efectos jurídicos en todos los países europeos desde la década de 1970, pero ninguno ha dado resultado hasta ahora. En abril de 2011, la Comisión presentó nuevas propuestas para crear una patente europea con efecto unitario (o "patente unitaria") en el marco de la cooperación reforzada. En diciembre de 2012, el Parlamento Europeo y el Consejo alcanzaron el acuerdo tan esperado sobre el paquete de la patente unitaria europea, que ha permitido la firma del acuerdo internacional sobre el Tribunal Unificado de Patentes. El paquete de medidas sobre la patente unitaria permitirá la protección de patentes en 25 Estados miembros participantes (España no se encuentra entre ellos) sobre la base de una solicitud única y sin más trámites administrativos en los Estados miembros, tales como los requisitos de validación y traducción. Esto permitirá a los inventores y las empresas acceder a los mercados de todos los Estados miembros que participen en la cooperación reforzada y en el Acuerdo sobre el Tribunal Unificado de Patentes a un coste muchísimo menor y con muchos menos obstáculos administrativos. El acuerdo internacional sobre el Tribunal Unificado de Patentes se firmó el 19 febrero 2013. Este Tribunal será competente para entender de los litigios relativos tanto a las futuras patentes unitarias como a las patentes europeas "clásicas" actuales. El Tribunal Unificado de Patentes debe ser ratificado ahora por los Estados miembros interesados. El Tribunal Unificado de Patentes será un tribunal de patentes especializado único con secciones locales y regionales en toda la UE. En lugar de litigios paralelos ante los tribunales nacionales, las partes podrán conseguir resoluciones rápidas y de alta calidad para todos los Estados miembros en los que la patente sea válida.

Mientras esto acontece, el Acuerdo adoptado en julio se basa en el Reglamento Bruselas I para determinar la jurisdicción internacional del Tribunal Unificado de Patentes. Y la Comisión propone la modificación del Reglamento Bruselas I para aclarar cómo las reglas de competencia trabajarán en el marco del Tribunal Unificado de Patentes, así como la forma de las normas del Reglamento deben aplicarse en las relaciones entre los Estados miembros, las Partes en Acuerdo Tribunal Unificado de Patentes y los Estados miembros no partes en el Acuerdo.

NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA DE CARÁCTER FACULTATIVO

La propuesta de normativa común de compraventa europea de carácter facultativo para impulsar el comercio y ampliar las posibilidades de elección de los consumidores fue respaldada el 17 septiembre 2013 por una amplia mayoría (19 votos a favor, 3 en contra y 2 abstenciones), en la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI) Parlamento Europeo. Dicha normativa ayudará a superar estos obstáculos y ofrecerá a los consumidores más posibilidades de elección y un nivel más alto de protección y facilitará el comercio ofreciendo un conjunto único de normas para los contratos transfronterizos en los 28 países de la UE. Si los comerciantes ofrecen sus productos sobre la base de la normativa común de compraventa europea, los consumidores tendrán la opción de elegir un contrato europeo sencillo con un alto nivel de protección con un solo clic en el ratón de su ordenador. La propuesta de la Comisión necesita ahora la aprobación de los Estados miembros de la UE y del Parlamento Europeo, que ya ha manifestado su apoyo masivo en una votación a principios de este año. Los contratos son esenciales para gestionar la actividad comercial de las empresas y efectuar ventas a los consumidores. Dan forma oficial a un acuerdo entre las partes y pueden abarcar una amplia gama de asuntos, incluida la venta de bienes y servicios asociados, como la reparación y el mantenimiento.

Las empresas, al operar en el mercado único europeo, utilizan una gran variedad de contratos que se rigen por diferentes Derechos contractuales nacionales. Los veintisiete conjuntos diferentes de normas

nacionales pueden dar lugar a costes de transacción adicionales, una falta de seguridad jurídica para las empresas y una falta de confianza para los consumidores. Ello puede tener un efecto disuasorio tanto para los consumidores como para las empresas a la hora de efectuar compras y transacciones comerciales entre los Estados miembros. Las pequeñas y medianas empresas se ven particularmente afectadas por los costes de transacción más elevados. Esto contrasta con el mercado interior de los Estados Unidos, en el que un comerciante de Maryland puede vender fácilmente sus productos a un consumidor de Alaska.

Esta iniciativa dará a las empresas ya los consumidores la opción de usar una sola ley de ventas en Europa para sus contratos transfronterizos en la oferta de productos en toda la Unión Europea. Con el principio de subsidiariedad en la mente, la propuesta utiliza un enfoque innovador para desarrollar el mercado único, que proporciona un conjunto armonizado de normas de Derecho contractual que coexistir con el Derecho contractual nacional y no sustituirla.

La normativa europea común en materia de compraventa elimina los obstáculos y aumenta las ventas para los consumidores y las empresas.

Para las empresas ofrece un único régimen común (aunque, al mismo tiempo, optativo) de Derecho contractual idéntico para la totalidad de los 28 Estados miembros, de forma que los comerciantes ya no tengan que sufrir las incertidumbres que se derivan de tener que hacer frente a diversos regímenes contractuales nacionales. Asimismo, reduce los costes de transacción para las empresas que desean realizar transacciones transfronterizas: actualmente, las empresas que desean realizar transacciones transfronterizas deben adaptar hasta 27 distintas normativas contractuales nacionales, traducirlas y contratar abogados cuyos honorarios ascienden a una media de 10 000 euros por cada nuevo mercado de exportación. Por último entraña una importante ayuda a las pequeñas y medianas empresas (PY-ME) a abrirse a nuevos mercados: actualmente, sólo el 9,3 % de todas las empresas de la UE venden en los diferentes países de la UE, lo que ocasiona una pérdida anual de al menos 26.000 millones de euros.

Para los consumidores ofrece el mismo nivel elevado de protección de los consumidores en todos los Estados miembros: los consumidores podrán contar con la garantía de calidad de una normativa común europea en materia de compraventa. Por ejemplo, la normativa ofrece al consumidor la posibilidad de elegir libremente el remedio en caso de producto defectuoso, incluso varios meses después de la compra. Esto significa que los consumidores podrían rescindir el contrato, solicitar la sustitución o reparación del producto o la reducción en el precio. Brinda una oferta más amplia de productos a precios más bajos: actualmente, los consumidores que proactivamente buscan mejores ofertas en toda la UE, en particular en Internet, se enfrentan a menudo con que el comerciante les deniega la venta o el suministro. Comporta seguridad sobre sus derechos en las operaciones transfronterizas: el 44 % de los consumidores opinan que la incertidumbre acerca de sus derechos les desanima a la hora de comprar en otros países de la UE. Aumenta la transparencia y la confianza de los consumidores: los consumidores estarán siempre claramente informados y tendrán que ponerse de acuerdo para utilizar un contrato basado en la normativa común de compraventa europea. Además, una ficha informativa recogerá claramente los derechos de los consumidores en su lengua.

La normativa común de compraventa europea se aplicará, sólo si ambas partes la aceptan expresa y voluntariamente, a los contratos transfronterizos en los que se plantean la mayor parte de los problemas de costes de transacción adicionales y complejidad jurídica; los Estados miembros tendrán la opción de hacer aplicable la normativa europea común de compraventa a los contratos nacionales. También se aplicará a los contratos para la venta de bienes –la mayor parte del comercio intracomunitario– además de a los contratos referidos a contenidos digitales, tales como aplicaciones de música, películas, programas informáticos y *smart-phone*.

CIRCULACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES A TRAVÉS DE LAS FRONTERAS

La Comisión ha presentado el 13 diciembre 2013 un informe que incluye sus conclusiones sobre la aplicación de las normas comunitarias que regulan el traslado de los documentos en los procedimientos civiles, en concreto, el Reglamento (CE) n.º 1393/2007. Estas normas de la UE fortalecen el mercado único mediante la mejora de la eficiencia de la justicia transfronteriza en la UE y proporcionan de un fuerte incentivo para las empresas europeas para expandir sus operaciones más allá de las fronteras nacionales.

La cooperación entre las autoridades judiciales de los países de la UE es una piedra angular de la creación de un espacio europeo de justicia. Esta cooperación es necesaria para garantizar una eficiente transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales en casos de justicia civiles transfronterizos. Una transmisión rápida y segura de documentos es fundamental para la equidad de la justicia y la protección de los derechos de las partes involucradas en los procesos judiciales. De acuerdo con el informe, la normativa europea ha ayudado a acelerar el traslado de documentos entre los países de la UE, a pesar de una carga de trabajo cada vez mayor por parte de los juzgados. El informe sigue también la abolición general del procedimiento de exequátur en la UE, lo que significa que hoy en día las decisiones judiciales en materia civil y mercantil se pueden cumplir a través de países de la UE, sin necesidad de trámites burocráticos a través de los tribunales extranjeros. Para mejorar aún más el funcionamiento de estas normas, la Comisión tiene la intención de dar seguimiento al presente informe con una consulta pública que se llevó a cabo en el transcurso de 2014.

DERECHO A LA ASISTENCIA DE LETRADO EN LOS PROCESOS PENALES Y EN LOS PROCEDIMIENTOS RELATIVOS A LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA

La Directiva 2013/48/UE establece normas mínimas relativas a los derechos de sospechosos y acusados en procesos penales y de las personas que sean objeto de procedimientos en virtud de la Decisión Marco 2002/584/JAI ("procedimientos de la orden de detención europea") a ser asistidos por un letrado, a que se informe de su privación de libertad a un tercero y a comunicarse con tercero y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 octubre 2013 (DO L 294 de 6.11.2013) promueve la aplicación de la Carta y, en particular, de sus arts. 4, 6, 7, 47 y 48, desarrollando lo establecido en los arts. 3, 5, 6 y 8 CEDH, conforme a la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en su jurisprudencia, establece con frecuencia normas sobre el derecho a la asistencia de letrado. Dicha jurisprudencia establece, entre otras cosas, que la imparcialidad del proceso exige que el sospechoso o acusado pueda obtener toda la gama de servicios que se asocian específicamente con la asistencia letrada. En tal sentido, el letrado del sospechoso o acusado debe poder ejercer sin restricciones los aspectos fundamentales de la defensa. Se entiende por "letrado" cualquier persona que, con arreglo al Derecho nacional, esté cualificada y facultada, también mediante su acreditación por parte de un órgano autorizado, para prestar asesoramiento y asistencia jurídicos a sospechosos o acusados.

La presente Directiva debe aplicarse teniendo en cuenta las disposiciones de la Directiva 2012/13/UE, que exige que todo sospechoso o acusado reciba con prontitud información sobre el derecho a tener acceso a un abogado (asistencia de letrado), y que todo sospechoso o acusado que sea detenido o privado de libertad reciba con prontitud una declaración de derechos por escrito, que contenga información sobre el derecho a la asistencia de letrado.

Los Estados miembros han de velar por que el sospechoso o acusado tenga derecho a que el letrado esté presente y participe efectivamente cuando lo interroga la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades de instrucción o judiciales, así como durante la vista. Esa participación debe ser

ejercida de manera acorde con aquellos procedimientos de la normativa nacional que regulen la participación de un letrado en los interrogatorios de la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades de instrucción o judiciales, así como durante las vistas, siempre que esos procedimientos no vayan en detrimento del ejercicio efectivo ni del contenido esencial de los derechos correspondientes. Durante el interrogatorio del sospechoso o acusado por parte de la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades de instrucción o judiciales, o en el curso de la vista, el letrado puede, entre otras cosas y ateniéndose a las reglas del procedimiento, formular preguntas, pedir aclaraciones y efectuar declaraciones de los que se debe dejar constancia de conformidad con la normativa nacional. El sospechoso o acusado tiene derecho a la presencia del letrado durante los actos de investigación o de obtención de pruebas, en la medida en que así se disponga en la normativa nacional pertinente y en la medida en que se exija o se permita la presencia del sospechoso o acusado. Dichos actos deben incluir al menos las ruedas de reconocimiento, en las que un sospechoso o acusado figura entre otras personas con el fin de poder ser identificado por una víctima o un testigo; los careos, en los que se confronta a un sospechoso o acusado con uno o más testigos o víctimas cuando hay desacuerdo entre ellos respecto de hechos o cuestiones importantes; y las reconstrucciones de los hechos, en presencia de un sospechoso o acusado, con el fin de comprender mejor la forma y las circunstancias en las que se cometió un delito y estar en condiciones de hacer preguntas concretas al sospechoso o acusado. Los Estados miembros pueden adoptar disposiciones prácticas relativas a la presencia del letrado durante los actos de investigación u otros actos de obtención de pruebas. Dichas disposiciones prácticas no deben ir en detrimento del ejercicio efectivo ni el contenido esencial de los derechos correspondientes. Cuando el letrado esté presente durante un acto de investigación o de obtención de pruebas, se ha de dejar constancia de este extremo, de acuerdo con el procedimiento específico que prevea para ello la normativa del Estado miembro de que se trate.

Por último, los Estados miembros deben procurar que se disponga de información general, por ejemplo en un sitio de Internet o por medio de un folleto disponible en las comisarías, con el fin de facilitar a los sospechosos o acusados un letrado. Sin embargo, no es necesario que los Estados miembros tomen medidas de modo activo para garantizar que un sospechoso o acusado que no esté privado de libertad sea asistido por un letrado, en caso de que la persona de que se trate no se lo procure por sí misma. El sospechoso o acusado debe tener la posibilidad de ponerse en contacto, consultar y ser asistido libremente por dicho letrado.

CONGRESOS, CURSOS Y SEMINARIOS

CRÓNICA DE LAS SESIONES DEL SEMINARIO INTERNO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS EN EL CURSO 2013/2014

Como viene siendo una constante en este Seminario, los temas elegidos no se ciñen a materias concretas sino que responden, en la medida de lo posible, al interés y la actualidad de las cuestiones conexas a nuestra disciplina. Así, en el curso 2013/2014 se ha abordado sesiones sobre el nuevo texto del Reglamento Bruselas I *bis* (1215/2012), sobre la relación de éste con otros textos internacionales o la repercusión de la incorporación a nuestro ordenamiento de ciertos instrumentos. No obstante, sí puede observarse un mayor peso de los asuntos vinculados con la insolvencia.

La sesión inaugural, estuvo a cargo de D. Miquel Gardeñes Santiago, Profesor titular de la Universidad Autónoma de Barcelona con el título “Reconocimiento mutuo de resoluciones en el Reglamento 1215/2012 (Reglamento Bruselas I *bis*)”. El profesor Gardeñes abordó las cuestiones relativas al “peculiar” reconocimiento mutuo previsto en el Reglamento Bruselas I *bis*. Así, por ejemplo, analizó el “*exequatur inverso*” previsto en el art. 46, las medidas “con efectos equivalentes” del art. 54 o las excepcio-

nes al reconocimiento del Reglamento y las previstas en las leyes procesales nacionales a las que se refiere el Considerando § 30.

En la segunda sesión, D. Juan Manuel Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros, Director del Servicio Jurídico de la A.E.A.T. Director del Equipo de Coordinación Concursal de la Abogacía del Estado y, en la actualidad, representante del gobierno español en las negociaciones de revisión del Reglamento intervino con la ponencia “Cuestiones planteadas en la reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia”. Se analizaron algunas propuestas presentadas en las negociaciones sobre la revisión del Reglamento de insolvencia así como problemas y dificultades encontradas a lo largo de las mismas. Así, se informó sobre la propuesta de incluir una definición del COMI (centro principal de intereses del deudor) en el texto con el fin de evitar “el turismo de insolvencia”. Sin embargo, tal iniciativa fue rechazada, lo que deja abierta una de las cuestiones centrales del Reglamento 1346/2000. Sí tuvo acogida la propuesta de incluir en el nuevo texto una definición de “establecimiento” a los efectos de apertura de procedimientos secundarios. También se analizó la propuesta de un Registro de insolvencia con un funcionamiento a través del Portal de E-Justice. El problema que éste planteaba es la determinación de cuando una insolvencia es transfronteriza y deba estar incluida en aquél.

La tercera sesión estuvo a cargo de D^a Marta Pertegás, Primera Secretaria en la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya que abordó “Los acuerdos de elección de foro en el nuevo reglamento Bruselas I y en el Convenio de La Haya de 2005. Dos instrumentos en sintonía”.

Para la cuarta sesión se contó con la colaboración del Área de Derecho Mercantil de la UAM. En ella intervinieron D. Guillermo Caballero Germain, Profesor de Derecho Comercial de la Universidad Adolfo Ibáñez, y D^a Arantxa Ullivarri, letrada de IBERCLEAR bajo el título “La reforma del sistema español de negociación de valores”.

La quinta sesión se organizó conjuntamente con el Colegio de Registradores de la propiedad, mercantiles y bienes muebles de España un Seminario sobre la Ratificación por España del Convenio de Ciudad del Cabo relativo a las garantías sobre bienes de equipo móvil y sus protocolos. En esta ocasión D. Gonzalo Aguilera, Decano del Colegio de Registradores de España y D. Fernando Molina, Decano de la Facultad de Derecho de la UAM, presidieron la sesión inaugural. Posteriormente, D. José Angelo Estrella Faria (Secretario General de UNIDROIT) y D. Iván Heredia Cervantes (Profesor Titular de Derecho internacional privado de la UAM) plantearon un “Análisis General del Convenio y sus protocolos”. En la primera Mesa Redonda “La ‘garantía internacional’, el ‘Registro internacional de garantías’ y la normativa concursal” presentaron sus consideraciones: D. Francisco José Garcimartín Alférez (Catedrático de Derecho internacional privado UAM y *of Counsel* Linklaters); D^a Encarnación Cordero Lobato (Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Castilla-La Mancha y *Of Counsel* Pérez Llorca); D. Luis Fernández del Pozo (Titular del Registro Mercantil XIV de Barcelona); y D. Emilio Álvarez Álvarez (Jefe del Registro de Matrícula de Aeronaves, Ministerio de Fomento). Por su parte, en la segunda Mesa Redonda sobre “La posición de la ‘Industria’ y de los financiadores” participaron: D. Luis Fernández Santos (Socio KPMG Abogados); D^a Gema Díaz Rafael (Abogada especialista en Derecho aeronáutico); y D. Guillermo Butler Halter (Abogado Grupo INAER). La tercera Mesa Redonda tuvo por objeto “La posición de España ante la futura ratificación de los protocolos anejos al Convenio y las posibles modificaciones del régimen de las garantías mobiliarias”. En ella intervinieron: D. Francisco Javier Gómez Gállego (Registrador de la propiedad y Mercantil y Letrado de la DGRN); D^a Nuria Bouza Vidal (Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad Pompeu Fabra, miembro del Consejo de Dirección de UNIDROIT); y D^a Teresa Rodríguez de las Heras (Profesora Titular de Derecho mercantil Universidad Carlos III). La sesión de clausura estuvo a cargo de D. José M^a Pérez de Nanclares (Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores).

En la sexta sesión del Seminario participaron D^a. Curra Munuera Cebrián, D. Ignacio Caparroso Arroyo y D^a Mar Rodríguez Fernández de Castro (Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria –FROB–) quienes hablaron sobre “Rescate y resolución bancaria: el nuevo régimen europeo”. En ella abordaron cuestiones relativas a la recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión vinculadas a la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 15 de mayo por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y em-

presas de servicios de inversión, que modifica varias Directivas en esta materia. En su intervención, los ponentes nos informaron de que muchos de los mecanismos previstos en dicho texto fueron anticipados en nuestro ordenamiento, primeramente, en el RD-Legislativo 24/2012 y, con carácter posterior, por la Ley 9/2012, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Entre otras muchas cuestiones, se expusieron las novedades respecto a los métodos de rescate de las entidades, inicialmente con apoyo público externo y, finalmente, con una orientación hacia el rescate “desde dentro” a través de la propia entidad, sus propios inversores o acreedores. Asimismo, se hizo referencia al reconocimiento de las medidas nacionales en otro Estado Miembro y en Estados terceros. En el primer caso, el modelo previsto es el de reconocimiento mutuo, inspirado en la Directiva 2001/24/CE de reorganización y saneamiento de entidades de crédito (traspuesta al Derecho español por la ley 6/2005). Para el resto de supuestos, la norma establece un marco que debe completarse bien con Acuerdos con la Autoridad Bancaria Europea y los Estados terceros, bien entre éstos y los Estados Miembros.

Finalmente, la sesión de clausura fue organizada conjuntamente con la Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (FIDE) sobre la “Recomendación de la Comisión Europea: nuevo enfoque frente a la insolvencia y al fracaso empresarial”. En la misma participaron, D^a Mihaela Carpus – Carcea, *Legislative officer, European Commission*; D. Francisco Garcimartín, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad Autónoma de Madrid, Consultor de Linklaters SL; y D. Luis Moreno, Economista.

A los pocos días de que se publicase el RD-ley 4/2014, de 7 de marzo, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, la Comisión Europea aprobó la Recomendación sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (Doc. C (2014) 1500 final). El objeto de la sesión fue analizar el contenido de la Recomendación presentada por la Comisión Europea y compararlo con la normativa española.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA

ACTOS

ALONSO FURELOS, J.M.: “La competencia de los cónsules en los actos de jurisdicción voluntaria mercantiles. Historia, tradición, actualidad y conveniente reforma”, *Revista de Derecho. UNED*, nº 12, 2013, pp. 77–128.

ADOPCIÓN

DUNCAN, W.: “Adoptive Parents and the 1993 Hague Convention”, en J.J. Forner Delaguya, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 323–328.

ALIMENTOS

BEAUMONT, P.: “Administrative and Judicial Cooperation in the Hague 2007 Maintenance Convention”, en J.J. Forner Delaguya, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 185–198.

RUEDA VALDIVIA, R.: “Cambios en el sistema español de fuentes de Derecho internacional privado en materia de alimentos”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN: 13:9788490335215, pp. 607 ss.

APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO

GARAU SOBRINO, F.F.: “La no-doctrina constitucional sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero”, en J.J. Forner Delaguya, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 429–444.

ARBITRAJE Y MASC

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 25, 2013.

CREMADES ROMÁN, B.: “¿Americanización de la fase escrita del arbitraje internacional?”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI, nº 1, 2013, pp. 27–69.

El término “americanización” del arbitraje internacional fue acuñado en los años ochenta y, desde entonces, se generó un debate sobre si efectivamente el arbitraje internacional estaba sufriendo dicha “americanización”. Este artículo intentará analizar la influencia de los despachos anglosajones y, más especialmente, de los despachos norteamericanos, en la fase escrita del arbitraje internacional. Sin perjuicio de que la tendencia actual es a la homogeneización o armonización del arbitraje internacional, el autor comprobará y argumentará a lo largo de este artículo que sí se puede hablar de cierta americanización “aunque indirecta” del arbitraje internacional. Se habla de “americanización indirecta” porque este proceso no tiene lugar en las fases en sí del arbitraje, puesto que se ha llegado a cierta uniformidad, sino que se producirá a la hora de hacer uso de dichas fases. Es decir, el estilo, la técnica y la experiencia de los abogados educados en los EE UU influirán en la manera en que se comportan los abogados en el arbitraje internacional.

CREMADES SANZ-PASTOR, B.: “Courts with jurisdiction to recognize and enforce foreign arbitral awards in Spain under the 2011 amendments of the Spanish arbitration law”, *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 16, 2013, pp. 5–17.

ESPLUGUES MOTA, C.A.: “El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2012, de 6 de julio”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 136, 2013, pp. 6 ss.

ESTEBAN DE LA ROSA, F.: “Impulso de la Unión Europea a la resolución alternativa de litigios de consumo: un primer apunte a la propuesta legislativa”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011, Valencia, Tirant Lo Blanch*, 2013, ISBN 13:9788490335215, pp. 735 ss.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Contornos de la autonomía de la voluntad en la configuración del arbitraje”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI, nº 3, 2013, pp. 841–860.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI, nº 3, 2013, pp. 799–839.

La obligación de revelar un conflicto de intereses en el arbitraje internacional ha pasado de ser un mero instrumento en la verificación de la independencia de los árbitros para convertirse en una auténtica obligación que se ha consolidado como un auténtico fin en sí misma. Con el aumento del uso del arbitraje el riesgo de un conflicto de intereses por parte de los árbitros se ha multiplicado. Este riesgo se puede mitigar de manera significativa por el uso de la debida diligencia y exhaustiva investigación, verificación de antecedentes y el análisis de las eventuales conexiones entre un árbitro y una de las partes o sus abogados en el arbitraje. Dentro de los mecanismos que ayudan a una observancia plena de la independencia e imparcialidad en el arbitraje ocupa un lugar destacado el deber de revelar la existencia de conflicto de intereses; dicho deber constituye la pieza maestra del régimen jurídico de la ética arbitral y es ampliamente reconocido en las diferentes culturas jurídicas, las legislaciones y los reglamentos de arbitraje. Es una obligación que se configura como un auténtico principio fundamental del arbitraje tanto interno como internacional y es una consecuencia directa del principio general de buena fe. El deber de revelación tiene un carácter preventivo dando lugar su incumplimiento a ciertas medidas de carácter punitivo: la anulación del laudo arbitral, la recusación y la propia responsabilidad del árbitro.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro”, *La Ley: Unión Europea*, nº 9, noviembre 2013, pp. 5–23.

Los puntos de desencuentro entre el arbitraje y la normativa de la UE son numerosos. El desencuentro radica, entre otras cosas, en que el arbitraje es un instrumento esencial, consolidado y de carácter

universal en los litigios de carácter transnacional que puede colisionar con uno de los objetivos esenciales del Derecho de la Unión cual es asegurar un espacio de libertad, seguridad y justicia que facilite el acceso a la justicia con el concurso del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil. Las posiciones en presencia, que a efectos dialécticos podemos calificar como “transnacional”, de una parte, y “eurocrática”, entendida como la ideología que se desprende de las prácticas seguidas por el conjunto de funcionarios de la UE y de otras organizaciones europeas, de otra, se hallan en un permanente estado de enfrentamiento. Esta última acusa a los defensores de la autonomía del arbitraje de estar al servicio de determinados intereses incompatibles con los postulados de la UE, mientras que la primera se resiste a cualquier interferencia del Derecho de la UE la institución arbitral por poner en peligro la autonomía de las partes, la confidencialidad de los procedimientos y la independencia de los árbitros; dicho en otros términos, que la interferencia eurocrática es susceptible de poner en peligro el arbitraje como método de resolución de conflictos. Y parece innegable que las instituciones europeas no encuentran una política arbitraje que exprese una comprensión real de los beneficios inherentes a esta institución.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y CONCEPCIÓN, N.: *Sistema de arbitraje comercial en la República Dominicana*, Santo Domingo, Funglode, 2013, 426 pp. ISBN: 978-9945-412-85-7.

En la última década se observa en todos los Estados de América latina un considerable avance del arbitraje incluso en aquéllos donde ha habido una hostilidad a la institución que no sólo es fruto de un periodo periclitado, sino que ha conservado una cierta continuidad. La República Dominicana se ha incorporado decididamente a esta corriente en el año 2008 conformándose a partir de aquí, una cultura arbitral consolidada, que ha producido una incipiente construcción teórica a partir del comportamiento de los operadores jurídicos en el Derecho de los negocios. Un comportamiento que ofrece patrones específicos de comportamiento y una valiosa convergencia de prácticas. Como apuntan los autores de esta importante monografía, a través de un estudio de la práctica judicial dominicana, se aprecia una notable mejora de las condiciones objetivas y subjetivas para el desarrollo de un sistema arbitral sólido, permanente y confiable, capaz de responder a las demandas de “justicia alternativa” reclamadas por los operadores económicos nacionales e internacionales para facilitar el intercambio económico y las inversiones. A medida que se han ido incrementando las relaciones comerciales e inversoras entre los operadores económicos de la República Dominicana se puede apreciar un reconocimiento gradual del importante papel del arbitraje en cuanto mecanismo flexible, rápido y confiable para la resolución de controversias comerciales superándose no sólo la pugnacidad característica de épocas pasadas, con una favorable y, en muchas ocasiones eufórica, acogida de la institución. No en vano, el arbitraje constituye un instrumento coadyuvante en la consolidación del desarrollo económico y político observándose su *aggionarmento* a las nuevas circunstancias y el tránsito de una técnica artesanal y elitista a la creación de una verdadera industria arbitral. Por eso el arbitraje comercial se va extendiendo como una mancha de aceite en la República Dominicana frente a una cierta reticencia a su utilización por los empresarios y sus asesores jurídicos. El libro pone de relieve como si con anterioridad a la adopción de LA-RD (Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial) en el ordenamiento jurídico dominicano existía una legislación inadecuada y desfasada del arbitraje comercial se contaba, curiosamente, con una jurisprudencia progresista, así como con una institución privada responsable de administrar el arbitraje institucional que había ganado credibilidad en los agentes económicos privados y públicos por lo que había obtenido concesiones importantes como, por ejemplo, la Ley 50-87 que favorecía el arbitraje institucional administrado por las Cámaras de Comercio y Producción.

La presente monografía apunta todas las circunstancias que motivaron la adopción de una reglamentación moderna de arbitraje en la República Dominicana. Está estructurada en nueve capítulos. El primero partiendo de las relaciones entre arbitraje y jurisdicción se detiene en la proyección constitucional de las mismas para estudiar a continuación las cuestiones derivadas de la arbitrabilidad de la controversia. El marco legal dominicano en el contexto del Derecho de los países de su entono y del Derecho convencional multilateral integra el capítulo II, donde se hace especial hincapié en el marco trazado por la Ley n° 489-08. Junto a esta dimensión estatal los autores abordan en el capítulo III una dimensión dinámica

de la institución arbitral con el examen de las relaciones entre árbitros e instituciones arbitrales a la hora de administrar este mecanismo de arreglo de controversias en la República Dominicana. Los capítulos IV (convenio arbitral), V (procedimiento arbitral) y VI (laudo arbitral) abordan estas cuestiones desde la perspectiva del ordenamiento considerado y, por su parte, las relaciones entre jueces y árbitros se incluyen en los capítulos VII y VIII, este último dedicado este último a la anulación de los laudos arbitrales. Concluye la obra con un capítulo IX destinado a un estudio en profundidad del arbitraje comercial internacional, poniendo el acento en la incipiente práctica dominicana en la materia.

Este proceso de implementación de leyes especiales relativas al arbitraje comercial, de lo que ha sido buena muestra la LA-RD y, en muchos casos, de descodificación de la regulación que antes existía sobre el arbitraje en los códigos procesales nacionales, se ha consolidado. Y ello no ha sido casualidad. Evidentemente, como apuntan los autores, una serie de factores económicos y políticos tuvieron una influencia crucial en el cambio de actitud de los gobiernos de América Latina, convencidos de las ventajas del arbitraje, como un paso necesario la adopción de leyes locales modernas sobre la materia. En este contexto los autores reconocen que el DR-CAFTA ha sido el factor determinante en la reforma del marco jurídico del arbitraje comercial en el país: A raíz de la firma y ratificación del DR-CAFTA, la República Dominicana se vio precisada a modificar y adecuar a dicho tratado su legislación interna y a esos efectos se dictó la ley 489-08 sobre arbitraje comercial. Bien entendido que el elemento catalizador para la actualización del marco legislativo en este país en materia de arbitraje fueron las negociaciones del ALCA y posteriormente la entrada en las negociaciones del DR-CAFTA. Esta obligación jurídica impuesta por el DR-CAFTA estaba en consonancia con las necesidades de los agentes económicos privados nacionales e internacionales ya que la significación del arbitraje se manifiesta claramente en un contexto de integración, cuando se deben resolver conflictos entre empresarios de distintos Estados, regidos por leyes y sistemas jurídicos procesales diferentes, que provocan en el litigante una natural inquietud cuando debe someterse a tribunales extraños. Vinculado a lo anterior era obligado yuxtaponer un elemento complementario de sumo interés en el sentido de que arbitraje internacional constituye un instrumento esencial de “negocio-país”. En el capítulo IX se evidencia como las facilidades que el Estado dominicano confiera al arbitraje no sólo fomenta la creación de centros de resolución de litigios, sino que conlleva un considerable impulso a sectores destacados del área de los servicios (abogados, traductores, consultores, peritos...). Países como Francia o Suiza, o ciudades como Londres o Estocolmo, sedes tradicionalmente preferidas del arbitraje internacional, así lo evidencian en los últimos años. Como señalan los autores, ¿Por qué no agregar la ciudad de Santo Domingo a este elenco?

Rodolfo DÁVALOS FERNÁNDEZ *

GANDÍA SELLENS, M.A. y BLANCO GARCÍA, A.I.: “La asistencia judicial en el arbitraje comercial internacional en EE UU ¿una nueva oportunidad?”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI, nº 1, 2013, pp. 111–155.

El largo debate abierto en torno a la cuestión de si la Sección 1782 del Título 28 del *United States Code* –que regula el auxilio judicial en procesos internacionales– incluye a los órganos arbitrales dentro de su ámbito de aplicación, ha dado un paso firme en pro del arbitraje en estos últimos tiempos, aunque no sin dificultades. En 2004, la sentencia dictada en el caso *Intel* marcó el inicio de una nueva era tras interpretar el Tribunal Supremo americano de forma extensiva la Sección 1782, facilitando su aplicación a los arbitrajes foráneos.

GIMÉNEZ RASERO, M.: “La mediación internacional en la UE. Desde el punto de vista del derecho comparado y la práctica del abogado”, *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 18, 2013 pp. 131–154.

* Profesor principal de DIPr de la Universidad de La Habana. Presidente de la Corte Cubana de Arbitraje.

GÓMEZ JENÉ, M.: “Arbitraje comercial internacional”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN 13:9788490335215, pp. 675 ss.

GÓMEZ JENE, M.: “Efectos en un tercer Estado de un laudo anulado en un Estado y reconocido en otro”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI, nº 2, 2013, pp. 427–437.

Arranca este estudio con una decisión de la Corte Suprema chilena que denegó el exequátur de un laudo arbitral anulado en Argentina. Mientras pendía la acción de anulación ante los tribunales argentinos, se instó –con distinta suerte– el exequátur del mismo laudo en Francia, España y EE UU: el reconocimiento del laudo fue otorgado en Francia y denegado en España y EE UU. La situación así creada plantea una serie de interrogantes que son objeto de análisis en este trabajo. Se analizan también las hipotéticas consecuencias que, desde la perspectiva española, hubiera tenido la anulación del laudo tras la concesión del exequátur en España. Por fin, partiendo de la base de que un laudo anulado en el extranjero puede ser objeto de reconocimiento y ejecución en España en supuestos extremos (por mandato del Convenio de Ginebra de 1961) se analiza la jurisprudencia comparada más reciente en la materia, poniendo de relieve dos supuestos concretos que podrían llegar a justificar el reconocimiento del mismo.

GONZÁLEZ PROL, F.: “La cosa juzgada en el arbitraje internacional. Algunos puntos a considerar”, *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 16, 2013, pp. 19–29.

LANZÓN, F.: “Anti suit injunction y anti arbitration injunction en el arbitraje comercial internacional”, *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 17, 2013, pp. 69–96.

MADRID PARRA, A.: “Directiva 2013/11 (ADR) y Reglamento 524/2013 (ODR) una apuesta europea por la solución alternativa de litigios y en pro del comercio electrónico transfronterizo”, *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 18, 2013, pp. 37–62.

MORENO CORDERO, G.: “La mediación en las situaciones transfronterizas: una aproximación crítica al proyecto de ley sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN 13:9788490335215, pp. 695 ss.

MOURA RAMOS, R.M.: “L’arbitrage international dans le nouveau droit portugais de l’arbitrage”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 611–624.

PALAO MORENO, G.: “Mediación y Derecho internacional privado”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN 13:9788490335215, pp. 649 ss.

PALAO MORENO, G.: “Cross-border mediation in Spain”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 641–653.

PARRA RODRÍGUEZ, C.: “La presencia de los ADR en los conflictos internacionales de Derecho privado, una aproximación a su delimitación”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN 13:9788490335215, pp. 745 ss.

RODRÍGUEZ PRIETO, F.: “Sistemas adecuados de resolución de disputas (ADRs) en el comercio internacional”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 60, 2013, pp. 47–68

RUEDA GARCÍA, J.A.: “Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Spain a close look into the jurisprudence of the superior court of justice of Catalonia (2011–2012)”, *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 17, 2013, pp. 97–123.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R. y JORDÁ GARCÍA, R.: “La mediación, una solución a los conflictos derivados de la contratación internacional que fomenta la continuidad de las relaciones comerciales”, *Anales de Derecho*, nº 31, 2013, pp. 19–55.

El presente estudio tiene por objeto el análisis del papel de la mediación en las relaciones comerciales internacionales. La práctica comercial internacional puede resultar favorecida por la mediación pues aunque no garantiza, en caso de conflicto, la obtención de un acuerdo que ponga fin a la controversia, se ha comprobado que puede permitir a las partes no solo mantener o fortalecer sus relaciones comerciales, sino que están además más dispuestas a cumplir el acuerdo alcanzado. La mediación en este ámbito puede resultar atractiva por la posibilidad de usar medios telemáticos que permitan salvar la distancia entre las partes, la colisión entre distintos ordenamientos jurídicos, la confidencialidad respecto al procedimiento por cuestiones de imagen, la posibilidad de acortar los costes y plazos y, sobre todo que, siendo ellas mismas quienes definen el acuerdo, la solución puede ser mucho más práctica y menos jurídica. En cualquier caso, serán los agentes que operan en el tráfico mercantil los que marquen las pautas y el ritmo de desarrollo de la mediación en el ámbito de la contratación internacional, apostando o no por la transacción pre-litigiosa como método adecuado para la solución de conflictos que les permita mantener las relaciones comerciales.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: “Otras vías complementarias de resolución de litigios privados internacionales”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN 13:9788490335215, pp. 643 ss.

VERDERA Y TUELLS, E., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., BENEYTO, J.M. y STAMPA CASAS, G.: *Jurisprudencia española de arbitraje: 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, 1.200 pp. ISBN: 978–84–9014–431–2.

Uno de los índices más expresivos para comprobar el verdadero progreso del arbitraje en un particular sistema jurídico es la actitud de los tribunales estatales respecto a la institución, cuestión ésta que, paradójicamente, no suele ser abordada en toda su intensidad y que prescinde del conocimiento global de las decisiones emitidas en este específico contexto. En el espíritu de la preparación del presente repertorio los compiladores han tenido como objetivo esencial ofrecer al operador jurídico del arbitraje, en el sentido más amplio de la expresión (abogados, árbitros, jueces...), un material de consulta sistematizado y de fácil acceso para respaldar su labor en el desarrollo de este concreto procedimiento de arreglo de controversias y este es el resultado que ahora se presenta. Una sistematización de la doctrina de nuestros tribunales, tanto de la justicia constitucional como ordinaria, de los últimos sesenta años, con un especial énfasis en las reformas operadas por la LA/1988 y, sobre todo, por la LA/2003, tras la modificación efectuada por la Ley 11/2011. El presente compendio está centrado preferentemente en las decisiones derivadas del “arbitraje comercial”. Sin embargo, como quiera que la acción de anulación de los laudos es común a otras modalidades de arbitraje, señaladamente el arbitraje de consumo o el arbitraje de transportes, se han insertado numerosos pasajes relevantes, concernientes a dichas modalidades, que son de perfecta proyección al objeto central de esta obra.

ASILO

FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.: “La concesión del estatuto de refugiado debido al riesgo de ser perseguido por motivos religiosos: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de septiembre de 2012, en el Asunto Y y Z”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, n° 31.

BANCA Y MERCADOS FINANCIEROS

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “El complejo entramado del supervisor bancario único de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, n° 8013, 2013.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

ARENAS GARCÍA, R.: “Ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001 y deudas fiscales. Comentario a la STJUE (Sala Tercera) de 12 septiembre 2013, Asunto C-49/2012, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs v Sunic ApS, M & B Holding ApS, Sunil Kumar Harwani*”, *La Ley: Unión Europea*, n° 10, diciembre 2013, pp. 29-44.

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 octubre 2012, *Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama SpA*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n° 1, 2013, pp. 240-253.

BRAND, R.: “Implementing the 2005 Hague Convention: The EU Magnet and the US Centrifuge”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 267-276.

CAMPUZANO DÍAZ, B.: “Algunas propuestas en materia de competencia judicial internacional para una mejor coordinación de los instrumentos de la UE en el sector del Derecho de familia”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20-22 octubre 2011*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN 13:9788490335215, pp. 621 ss.

CEBRIAN SALVAT, M.A.: “Competencia judicial internacional en defecto de pacto en los contratos de distribución europeos: el contrato de distribución como contrato de prestación de servicios en el Reglamento 44”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n° 1, 2013, pp. 125-138.

DURÁN AYAGO, A.: “Procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales de terceros Estados y Reglamento (UE) n° 1215/2012: ¿Brindis al sol?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 171-216.

Vid. resumen, supra, p. 171.

ESTEBAN DE LA ROSA, F.: “Las obligaciones derivadas de pagarés ante el sistema europeo de competencia judicial internacional: propuestas de solución alternativa frente a los excesos de la interpretación autónoma”, *La Ley: Unión Europea*, n° 5, junio 2013, pp. 32-44.

La primera incursión que ha realizado el TJ al interpretar los foros de competencia judicial internacional disponibles para las obligaciones cambiarias revela luces y sombras. Luz en cuanto a la conside-

ración de esta clase de obligaciones como incluidas en la materia contractual, con las numerosas ventajas que hemos mencionado. Pero también sombras, pues respecto de las cuestiones analizadas en primer y tercer lugar, la utilización de la interpretación autónoma arroja resultados completamente inadecuados para la caracterización cambiaria de las obligaciones en presencia. Aunque los resultados que ha deparado la utilización de la interpretación autónoma han sido notables hasta ahora, dicho modo de funcionamiento no constituye una panacea, pues en ocasiones, tal y como ocurre en las situaciones del Derecho cambiario que han sido descritas, forzar en demasía la interpretación autónoma para aprehender realidades de diferente naturaleza y caracterización llega a producir resultados del todo inadecuados.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. y SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, S.: “El nuevo Reglamento Bruselas I: ¿qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial?”, *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, nº 48, 2013, pp. 9–35.

El Reglamento nº 1215/2012, que sustituye al Reglamento 44/2001 (“Bruselas I”) y se aplicará desde el 10 enero 2015, introduce novedades de cierto calado tanto en materia de competencia judicial internacional como en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones. En el presente trabajo se analizan únicamente las modificaciones más relevantes en el primer ámbito; en particular, la nueva regla de competencia especial para recuperación de bienes culturales, la extensión de los foros especiales materia de contratos de consumo y de trabajo frente a demandados domiciliados en terceros Estados cuando el demandante es el consumidor o el trabajador; las modificaciones introducidas para el refuerzo de la efectividad de las cláusulas de elección de foro y la nueva regla de litispendencia y de conexidad vis á vis terceros Estados. Además de una descripción de las modificaciones del texto anterior, se proponen soluciones a algunas dudas interpretativas que ya se han planteado.

LAFUENTE SÁNCHEZ, R.: “Aplicación de los foros de competencia judicial internacional previstos en el Reglamento Bruselas I a las obligaciones de tipo cambiario”, *Diario La Ley*, nº 8189, 2013.

MARCHAL ESCALONA, N.: “Sobre la sumisión tácita en el Reglamento Bruselas i bis”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 147–170.

Vid. resumen, *supra*, p. 170.

ORÓ MARTÍNEZ, C.: “El alcance subjetivo de los acuerdos de elección de foro: el caso de las ‘cadenas de contratos’ (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 1ª) de 7 febrero 2013, asunto C–543/10: Refcomp SpA c. Axa Corporate Solutions Assurance SA y otros)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 5, junio 2013, pp. 22–31.

ORÓ MARTÍNEZ, C.: “El art. 5.1º.b) del Reglamento Bruselas I. Examen crítico de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2013.

El Tribunal de Justicia ha dictado hasta ahora seis sentencias en relación con el art. 5.1º.b) RBI. Estas resoluciones han incidido en la delimitación del ámbito de aplicación material de esta disposición en el tratamiento de los supuestos de pluralidad de lugares de entrega de las mercaderías o de prestación de los servicios, y en el método de identificación de dichos lugares de cumplimiento. Al hilo del análisis de estas sentencias el autor examina críticamente la labor del Tribunal de Luxemburgo, especialmente en la medida en que ha ido más allá de su función interpretativa. En efecto, se deduce de estas sentencias una voluntad de reconducir al ámbito del art. 5.1º.b) supuestos que en puridad deberían haberse subsumido en el art. 5.1º.a). Para ello, el Tribunal se ha visto obligado a crear normas que van más allá de la dicción de la disposición interpretada y, lo que es peor, que atentan contra la previsibilidad y la seguridad jurídica que el Reglamento pretende garantizar.

PERTEGAS, M.: “Lis pendens, Lessons from Brussels for the Relaunch of the Hague Judgments Project?”, en J.J. Forner Delaguerre, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 727–742.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Acciones negativas, Derecho de la competencia y abuso del Derecho procesal en la Unión Europea. Consideraciones sobre el Asunto C-133/11, Folien Fischer AG v. Fofitec AG c. Ritrama Spa”, *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, nº 47, 2013, pp. 125–147.

SUDEROW, J.: “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpe italiano? ¿flexibilidad versus previsibilidad?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 1, 2013, pp. 184–198.

CONTRATOS

ESTEBAN DE LA ROSA, F. y OLARIU, O.: “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2013.

La propuesta de Reglamento de normativa común de compraventa europea (CESL) representa la intervención legislativa europea más ambiciosa hasta ahora en el ámbito del Derecho contractual. Para el sistema de DIPr de los contratos de consumo el CESL introduce nuevos elementos a través de normas especiales para los supuestos internacionales de consumo y un cambio significativo en el paradigma tradicional seguido por el art. 6 RR I, que no obstante encuentran justificación en el nivel de protección elevado del consumidor que ofrece el CESL y en los cambios económicos, sociales y tecnológicos que vive Europa. El presente estudio tiene por objeto revisar los términos de aplicabilidad del CESL a los contratos de consumo, prestando especial atención al régimen especial que prevé la propuesta de Reglamento para la selección del instrumento opcional. El análisis permite advertir que la propuesta lanzada no llega a cumplir del todo los objetivos perseguidos, y que algunos aspectos relacionados con su aplicabilidad a los contratos de consumo pueden ser mejorados.

BRANDÃO DE OLIVEIRA, A. y RAIZER BORGES MOSCHEN, V.: “Un enfoque crítico del sistema brasileño de Derecho internacional privado y los retos de la armonización: los Nuevos Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 665–679.

Vid. resumen, *supra*, p. 665.

CASTRESANA HERRERO, A.: “Las definiciones de la propuesta de reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 1, 2013, pp. 103–124.

DÁVALOS LEÓN, L.: “El contrato internacional en la nueva Ley cubana de Contratación Económica”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 26, 2013.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia”, en J.J. Forner Delaguerre, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 291–308.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: "The Law Governing International Intellectual Property Licensing Agreements (A Conflict of Laws Analysis)", *Research Handbook on Intellectual Property Licensing* (J. de Werra, ed.), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 312–336.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: "Las operaciones de compraventa en la distribución comercial internacional", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 423–455.

Vid. resumen, *supra*, p. 423.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: "Consumer Protection from a Conflict-of-Laws Perspective: The Rome I Regulation Approach", en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 445–462.

HARTLEY, T.C.: "Conflict of Laws and the Common European Sales Law", en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 525–534.

LETE ACHIRICA, J.: "Proceso monitorio y determinación de la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Comentario a la STJUE de 14 junio 2012", *Diario La Ley*, nº 8202, 2013.

LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A.: "La normativa sobre competencia judicial internacional en el Derecho internacional privado peruano: una visión desde Europa", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 747–779.

Vid. resumen, *supra*, p. 747.

MARTÍNEZ LUNA, W.F.: "El rol de la Teoría de la prestación característica en la determinación de la ley aplicable al contrato internacional en el Reglamento 593/ 2008 de la Unión Europea (Roma I)", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 30, 2013.

La teoría de la prestación característica tenía un rol protagónico en la designación de la ley aplicable a los contratos internacionales en la Unión Europea bajo el Convenio de Roma de 1980. No obstante, la aplicación de dicha teoría por parte de los jueces de los Estados parte generó mucha incertidumbre debido a que fue interpretada de manera heterogénea, provocando que las normas sobre la ley aplicable al contrato internacional en defecto de elección de parte carecieran de la necesaria previsibilidad. Con la transformación del Convenio de Roma en un Reglamento de la Unión Europea (Reglamento Roma I), se aprovechó para hacer importantes modificaciones al art. 4, donde cobra especial atención, el nuevo enfoque de la teoría de la prestación característica. El presente artículo pretende analizar el nuevo rol otorgado a la teoría de la prestación característica en el interior del art. 4 RR I, con el objetivo de determinar si dichas modificaciones, tienen la capacidad de solucionar los problemas presentados en la aplicación del art. 4 Convenio de Roma de 1980, y de esta manera, contribuir a una interpretación homogénea que beneficie a la contratación internacional.

ORTIZ VIDAL, M.D.: "Distribución y venta en España de productos fabricados en el extranjero. Cuestiones de Derecho internacional privado", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 26, 2013.

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C.: “Cláusulas *ready-to-use* para los contratos comerciales internacionales. Nuevo impulso a los Principios Unidroit”, *Derecho de los negocios*, nº 270, 2013, pp. 39–45.

PANCORBO LÓPEZ, M.: “Los créditos documentarios como usos del comercio internacional”, *Derecho de los negocios*, nº 267, 2013, pp. 33–46

QUINTÁNS EIRAS, M.R.: “El contrato de seguro en el proyecto de armonización del Derecho contractual europeo”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 290, 2013, pp. 293–326.

RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: *Contratos internacionales de Distribución Comercial en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2013, 275 pp. ISBN: 978-84-9045-124-3.

1. La aparición de redes integradas de distribución y de nuevos canales de comercialización o la innovación en dicha comercialización, como ocurre con la proliferación de marcas de distribuidor o “marcas blancas”, son factores que han provocado un renovado interés por la contratación internacional en esta materia. Prueba de ello es que, desde la perspectiva del DIPr, el Reglamento (CE) nº 593/2008 (RR I) ofrece por primera vez en la Unión Europea una regulación expresa sobre los contratos de distribución y de franquicia. Pero este renovado interés también se aprecia desde la perspectiva del Derecho uniforme, en particular, en el Proyecto de Marco Común de Referencia, y desde la perspectiva del Derecho nacional, principalmente, en la Propuesta de Código Mercantil, elaborada por la Comisión General de Codificación, con un detallado articulado sobre esta materia.

2. En este contexto debe darse la bienvenida a estudios como el de la Dra. J. Rodríguez Rodrigo, que consta de dos secciones, una referida a la competencia judicial y otra a la ley aplicable. Desde la perspectiva de la competencia judicial internacional, la autora destaca la posibilidad y habitualidad de la elección de tribunal en estas materias. En su defecto, la demanda se podrá presentar ante el tribunal del domicilio del demandado o, de forma alternativa, ante el tribunal del lugar donde se halla la sucursal a la que se vincula el litigio o ante el tribunal del lugar donde se ha de cumplir la obligación que sirve de base a la demanda. Es sin duda este último foro el más problemático en los contratos de distribución (pp. 75 ss). La autora entiende aplicable la presunción sobre contratos de prestación de servicios, de forma que la demanda se puede presentar ante el tribunal del lugar donde se han de prestar los servicios. Sostiene, además, que estos servicios deben referirse a los que realiza el franquiciado o distribuidor. Normalmente ello supondrá una coincidencia con el Estado donde estos tienen un establecimiento (añado, no necesariamente principal). En caso de que la distribución se realice en varios Estados, se proponen tres soluciones: en primer lugar, recurrir al tribunal donde se realice la prestación principal; en segundo lugar, si esta no se puede determinar, el demandante podría optar por cualquiera de los tribunales de los lugares donde se prestan los servicios; en tercer lugar, si estos lugares son muchos, debería acudir al tribunal del lugar donde se deba realizar la concreta obligación incumplida.

Por su parte, la ley aplicable, tratada en dos capítulos que conforman la sección 2ª (pp. 163 ss), queda más fácilmente determinada, dada la solución expresa del RR I, a favor de la ley de la residencia habitual del distribuidor o del franquiciado, salvo que exista otra ley más estrechamente vinculada. Consciente de que esta interpretación puede originar que el proveedor no pueda centralizar todos sus canales de comercialización en un único ordenamiento, la autora recuerda con acierto la posibilidad de que se elija la misma ley a todos los contratos. Y todo ello mediatizado por la acción de las leyes de policía, siendo especialmente relevantes las derivadas del Derecho europeo de la competencia. Así, se analiza la validez de los acuerdos de distribución selectiva o exclusiva y de las franquicias en el marco de la libre competencia (pp. 211 ss).

3. El planteamiento de la obra es valiente al asentarse sobre los dos siguientes pilares: el análisis conjunto del contrato de franquicia y del de distribución (=“concesión” para evitar metonimias entre el todo

y la parte), y la concepción unitaria de un contrato que incluye una colaboración comercial y posteriores operaciones de compraventa. Así, por un lado, el tratamiento conjunto de los contratos de franquicia y distribución sorprende por las notables diferencias entre estos contratos. De hecho, se sostiene que los contratantes que realizan la prestación característica son distintos. En el contrato de distribución, entiende que el distribuidor es el prestador característico al comercializar y revender los productos del proveedor; sin embargo, en el contrato de franquicia entiende que es el franquiciador quien realiza la prestación característica por la transferencia del *know-how*. Además, en el primero las compraventas internacionales tienen mucho más protagonismo que en el segundo.

Por otro lado, la autora considera que, desde la perspectiva del DIPr de la UE, el de distribución constituye un contrato único que incluye las sucesivas compraventas (pp. 118–119, 186–192 y 252). Se basa para ello en el RR I, que establece normas separadas para el contrato de compraventa, el contrato de prestación de servicios y el contrato de distribución, que es, pues, una categoría autónoma. A pesar de lo fundado de esta opinión, el Tribunal de Justicia de la UE, en una resolución posterior al cierre de la obra, parece optar por otra interpretación. Así, en su Sentencia de 19 diciembre 2013 (as. C–9/12, *Corman–Collins SA c. La Maison du Whisky SA*, disponible en <http://curia.europa.eu>), además de referirse a los contratos de distribución como de prestación de servicios, se refiere literalmente a los “contratos de venta ulteriores” (*sic*, ap. 28, *vid.* mi artículo en este mismo *Anuario*, en el que por razones temporales no se pudo citar el libro objeto de reseña). Esta Decisión parece dejar clara la autonomía de las compraventas respecto del acuerdo marco de distribución, de cuya ejecución nacen. Habría dos categorías contractuales sometidas a dos normas de conflicto específicas (y no un único contrato sometido a dos normas de conflicto, por lo que no habría que recurrir al art. 4.2º RR I previsto para estos casos). Así, cuando el proveedor hace una oferta de venta y el distribuidor acepta, rechaza o contraoferta, no se discute la existencia de un acuerdo de distribución, sino la existencia de un contrato de compraventa consecuencia de aquel acuerdo inicial. Del mismo modo, cuando el proveedor no entrega un pedido o cuando el distribuidor no paga el precio de dicho pedido, no está en juego el servicio de comercialización de productos a terceros (= la distribución), sino un incumplimiento de un contrato de compraventa. De hecho, la CCI, en su contrato modelo de distribución, apuesta decididamente por la aplicación de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, independientemente de que se realice entre un proveedor y un distribuidor. ¿Por qué aplicar la normativa uniforme sobre compraventa y no la normativa conflictual sobre compraventa? Por ilustrar lo expuesto, piénsese en un contrato con un proveedor establecido en España y un distribuidor establecido en el Reino Unido. Es difícil de entender que no se aplicará la Convención a pesar de que la norma de conflicto sobre compraventa remite a un Estado parte (ley española como ley de residencia habitual del proveedor–vendedor), y ello por el mero hecho de que el distribuidor está establecido en un Estado no parte (ley inglesa como ley de residencia habitual del distribuidor–comprador).

En resumen, el loable planteamiento de la obra busca ofrecer un marco jurídico de protección al distribuidor y al franquiciado. De ahí que se sostenga que, en defecto de elección de ley, el proveedor debe asumir el ordenamiento de todos y cada uno de los Estados donde pretenda comercializar sus productos (ley de residencia habitual de cada uno de los distribuidores). Cabe preguntarse, no obstante, si, en aras de equilibrar los intereses en presencia, el proveedor no debe beneficiarse de la aplicación de una misma ley para todas sus ventas en el mundo (ley de residencia habitual del proveedor como vendedor). Sea como fuere, estas matizaciones no desmerecen en absoluto la actualidad y utilidad de la obra.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ *

SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: “De Bruselas a La Haya, pasando por Roma y Viena: la normativa común de compraventa europea”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid–Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 821–832.

* Profesor titular de DIPr. Universidad de Oviedo.

SÁNCHEZ LORENZO, S. (ed.): *Derecho contractual comparado (una perspectiva europea y transnacional)*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters/Civitas, 2013, 1.760 pp. ISBN: 978-84-470-4338-5.

Nos encontramos ante la segunda edición de una obra llamada a ocupar el anaquel de los clásicos. La primera edición, en 2009, ya supuso sin lugar a dudas la obra más importante en lengua hispana en materia de Derecho contractual comparado. La presente edición, que duplica los contenidos de la primera, no solo refuerza esta posición, sino que sitúa esta investigación en una primera línea internacional. En efecto, hasta no hace mucho los capítulos de la *International Encyclopaedia of Comparative Law*, y el tratamiento en la obra colectiva de Zweigert y Kötz, eran las referencias obligadas en la materia. La unificación del Derecho privado en Europa ha multiplicado las publicaciones, aunque siempre orientadas al comentario o la crítica de los PECL, los Principios UNIDROIT, el DCFR o la CESL. De hecho, sigue sin existir un Tratado de Derecho contractual comparado, como tal, ajeno a las coyunturas armonizadoras, y libre también de sus servidumbres. Esta obra lleva camino, si no lo es ya, de erigirse en ese estudio de referencia, y en realidad no existe un intento parecido en otras latitudes.

La obra, conviene decirlo, responde a un esfuerzo de investigación colectivo, y culmina, como resultado principal, la segunda edición de un proyecto de investigación. No es, sin embargo, una obra colectiva al uso, donde se acumulan o amontonan ponencias más o menos relacionadas o sin relación alguna, rescatadas de un seminario que busca justificar la financiación obtenida en una convocatoria investigadora. En este caso, los trabajos se ordenan a partir de un esquema sólido, siguiendo una plantilla común y una estructura diseñada con claridad. Hay una coherencia global entre las aportaciones individuales, que conforman las piezas de una construcción diseñada con lógica y eficiencia, sin perjuicio de las inevitables oscilaciones en la calidad o altura.

Bajo la rúbrica general de “Fuentes y Derechos”, un capítulo primero recoge aportaciones novedosas respecto a la primera edición, referidas a fuentes históricas (*Nova negotia* en el Derecho romano, de J. Belda Mercado) o legales propiamente dichas (usos comerciales, de M. Checa Martínez), sistemas jurídicos relevantes (islámico, por A. Quiñones Escámez, o inglés, por S. Sánchez Lorenzo) y un extraordinario capítulo inicial, firmado por R. Caro Gándara, sobre el paradigma de la justicia contractual en clave histórica.

A partir de aquí, la lógica de la dinámica contractual ordena los sucesivos capítulos. La formación y validez del contrato contiene actualizados capítulos como la oferta y la aceptación (Á. Lara Aguado), las condiciones generales de la contratación (K.J. Albiez Dohrmann), el error (F. Esteban de la Rosa), la incapacidad (M. Echezarreta Ferrer y R. Caro Gándara) y la representación (R. Rueda Valdivia), a los que se añaden nuevos desarrollos sobre la formación del contrato electrónico (A. Lara Aguado), la nulidad de los contratos (F. Pertíñez Vélchez), la confirmación del contrato anulable (J.J. Vara Parra) y la imposibilidad inicial (J.J. Vara Parra).

El apartado sobre contenido e interpretación actualiza los capítulos sobre buena fe y lealtad contractual (A. Quiñones Escámez), el principio de cooperación (G. Esteban de la Rosa), la interpretación del contrato (S. Sánchez Lorenzo), determinación del precio (N. Marchal Escalona), pluralidad de partes (P. Orejudo Prieto de los Mozos) y contratos a favor de tercero (P. Jiménez Blanco), y añade nuevos estudios sobre tipología de obligaciones (P. Jiménez Blanco), normas imperativas (C. Vaquero López) y asunción contractual de deuda (A. Espiniella Menéndez).

Finalmente, el capítulo sobre cumplimiento e incumplimiento del contrato renueva los estudios ya incluidos en la primera edición sobre medios de pago (M. Checa Martínez), frustración del contrato (S. Sánchez Lorenzo), la mora en los contratos (C. Vaquero López), resolución del contrato (M. L. Palazón Garrido) y prescripción (R. García Pérez), y añade otros nuevos sobre la obligación de pago (N. Marchal Escalona), el cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias (R. Rueda Valdivia), cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad (C. Ruiz Sutil), cumplimiento específico (G. Esteban de la Rosa y E. Gómez Valenzuela), indemnización por daños (M. L. Palazón Garrido) y compensación de créditos (R. Miquel Sala).

Bastaría introducirse en cualquier buscador y teclear “Derecho contractual comparado” para sospechar que la obra reseñada es en efecto la obra de referencia. Pero conviene deslizarse cuando menos por algunos de estos trabajos para comprobar que se trata de un producto de muy alta calidad, útil tanto la ciencia como para la práctica. El editor señala en el prefacio que un tercer proyecto será necesario para cerrar la obra en una tercera edición. Confiamos en que, a pesar de las penurias que nos aquejan, la obra pueda culminarse. Será no solo en bien del prestigio de sus autores y de los privatistas españoles, sino, sobre todo, de sus lectores (JCPR).

SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: *Introducción al Derecho de los contratos internacionales*, Santo Domingo, Editorial Funglode, 2013, 215 pp. ISBN: 978-9945-412-84-0.

La presente obra, destinada a los alumnos de Derecho de los negocios dominicanos, pretende introducir al lector en el Derecho de los contratos internacionales desde un punto de vista eminentemente práctico. A través de una prosa directa y sencilla, el estudio revela, desde una perspectiva comparada, las claves de la dinámica del contrato internacional, comparando el tratamiento de los aspectos sustanciales relativos a la negociación, formación, contenido y cumplimiento del contrato en los sistemas jurídicos más relevantes. Junto a la perspectiva material, la obra culmina con el tratamiento de las cuestiones de Derecho aplicable, en particular con los problemas relativos a la determinación y aplicación de la ley aplicable al contrato internacional. Combinando y dosificando con equilibrio el bagaje académico y práctico del autor, el tratamiento de la dinámica contractual en el espacio internacional se ancla en todo momento al ordenamiento jurídico de la República Dominicana. Sobre esta base, constituye una aportación insustituible que aúna el rigor académico y la utilidad práctica, proporcionando un instrumento de inestimable valor tanto para la profundización académica como para el enfoque de las cuestiones prácticas que suscita la redacción de los contratos internacionales y la solución de las controversias jurídicas derivadas de su ejecución. Se trata, en suma, de una aportación que viene a cubrir una laguna importante en la literatura jurídica dominicana y que proporciona valiosas claves para afrontar con rigor jurídico los retos de la emergente vocación exterior e internacional de la actividad comercial en la República Dominicana.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: *El Derecho inglés de los contratos internacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, 2013 pp. ISBN: 978-84-9033-261-0.

Frente al tradicional abandono de los estudios de Derecho comparado en España, que contrasta abiertamente con la situación en otros países europeos, esta obra aporta un elaborado y conciso estudio especialmente ilustrativo del singular interés del Derecho comparado en el contexto actual. Baste apuntar un par de elementos, vinculados a la propia división del trabajo en dos únicos capítulos, uno dedicado al Derecho material inglés en materia de contratos, y otro a su Derecho internacional privado (exactamente a la cuestión del Derecho aplicable) en la misma materia. Por una parte, el conocimiento de los fundamentos del Derecho contractual inglés, expuestos con gran precisión en la rigurosa síntesis que constituye el primer capítulo de este libro, es de gran importancia en la práctica diaria de la contratación, no sólo por la relevancia del Derecho inglés como ley frecuentemente elegida por las partes en muchos sectores de la contratación internacional, sino también por la especial influencia que ese ordenamiento jurídico ha ejercido y ejerce sobre la evolución de los modelos contractuales, los usos comerciales, la práctica y los textos uniformes en ciertos sectores del Derecho de los negocios internacionales. Por otra parte, pese a que la progresiva unificación del DIPr de la UE ha tenido como consecuencia la superación en amplios sectores del particularismo del sistema conflictual inglés, cabe destacar que éste ha ejercido una singular influencia en la configuración del instrumento básico de la Unión Europea en materia contractual, es decir el Reglamento Roma I, en aspectos especialmente relevantes, como son la determinación de la ley aplicable en defecto de elección y la eventual eficacia de las normas internacionalmente imperativas. Esa marcada influencia responde a la existencia en el sistema inglés de fundamentos muy sólidos en la materia, brillantemente expuestos en el capítulo segundo de la obra.

Ciertamente, la estructura de la obra es muy clara y coherente con el propósito del autor de superar el tradicional enfoque conflictualista propio del DIPr, destacando la necesaria materialización de los estudios en este sector. No es casual que la primera parte, dedicada al Derecho material, cubra casi dos tercios de la obra. Se trata de una síntesis de gran valor, en la que se ofrece al lector en pocas páginas una exposición precisa del tratamiento legal de la dinámica contractual en el Derecho inglés, que abarca desde el régimen de negociación del contrato y su perfección, hasta los requisitos de validez, contenido e interpretación, incumplimiento y remedios. Baste, por ejemplo, hacer referencia a la esclarecedora exposición sobre las peculiaridades de la oferta y la aceptación (pp. 40–49) o el requisito de *consideration* en relación con la causa (pp. 49–56). Junto al análisis de las fuentes, sobre todo jurisprudenciales, del Derecho inglés, abundan las referencias comparativas a los sistemas continentales y a los textos internacionales de armonización del Derecho contractual, como la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, los Principios UNIDROIT y los instrumentos más relevantes elaborados en el marco europeo. Además, el análisis concreto de la dinámica contractual viene precedido por un epígrafe más general dedicado a los postulados del Derecho contractual inglés, donde las reglas encuentran sus raíces profundas en la historia, filosofía y cultura contractuales inglesas. En esas páginas, especialmente, se hallan las claves que permiten comprender las diferencias y el propio espíritu del Derecho contractual inglés y calibrar el alcance de estas diferencias en el escenario internacional.

Sobre la base del estudio del Derecho material cobra especial sentido el capítulo segundo, en que se revela la forma en que los tribunales ingleses entienden el Derecho internacional privado de los contratos. Aunque residual ahora desde un punto de vista práctico, es esencial un primer apartado en que se exponen los principios del Derecho internacional privado de fuente interna (la llamada *proper law doctrine*) que en buena medida proporciona claves sobre la propia evolución del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I, y al mismo tiempo de la singularidad con que los jueces ingleses interpretan ambos textos. Resulta verdaderamente difícil comprender el juego de las normas imperativas de terceros Estados, o el alcance de la sumisión tácita o de la cláusula de excepción, sin un buen manejo de la historia del Derecho contractual internacional en Inglaterra. Por lo demás, únicamente conociendo las claves del Derecho material inglés, es posible comprender algunas desviaciones en la interpretación de los textos europeos y las propias dificultades que encuentran los jueces ingleses para lidiar con ciertas cuestiones, que van desde la calificación contractual de aspectos vinculados al contrato de trabajo o a la restitución en caso de nulidad por vicios de consentimiento, al deslinde de ciertas cuestiones sustantivas o procesales o de la propia elección tácita de la ley más estrechamente conectada aplicable en defecto de elección.

Modestamente en el prefacio el autor califica la obra como un opúsculo. Puede que la dimensión del libro sea modesta, pero desde luego no lo es su contenido ni su valiosa aportación a la literatura jurídica española. Precisamente, la concisión en el desarrollo de su objeto es una virtud más de esta obra, que es un trabajo de madurez, escrito con gran brillantez. Su lectura demuestra la necesidad de que el conocimiento del Derecho internacional privado venga acompañado de un profundo manejo previo de la diversidad de los Derechos materiales, mediante el estudio del Derecho material comparado. Además, el acierto en la elección del objeto y el rigor en su desarrollo conducen a que esta obra constituya una referencia obligada no sólo para los estudiosos del Derecho internacional privado de los contratos sino también para quienes pretendan dedicarse al ejercicio profesional en este ámbito, al tiempo que proporciona un valioso modelo para futuros estudios de Derecho comparado en otros sectores.

Pedro A. de MIGUEL ASENSIO.*

VALPUESTA GASTAMINZA, E.M.: “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 1 2013, pp. 199–216.

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid

DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho de los negocios internacionales*, 4ª ed., Madrid, Iustel, 2013, 737 pp. ISBN: 978-84-9890215-0.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “Los principios de UNIDROIT sobre las cláusulas de *close-out netting*”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 19, 2013, pp. 23–30.

El objetivo de este trabajo es analizar los Principios de UNIDROIT sobre las cláusulas de *close-out netting*. Tras una introducción general sobre el significado y la función económica de dichas cláusulas, se describen brevemente la naturaleza y relevancia práctica del texto elaborado por UNIDROIT y la eficacia que, según los Principios, deben tener las cláusulas de *close-out netting*, en particular en un escenario concursal.

DERECHO DEL TRABAJO

GUZMÁN ZAPATER, M.: “Contrato de trabajo celebrado por embajadas y competencia judicial internacional”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, 2013.

GUZMÁN ZAPATER, M.: “Los contratos de personal laboral por embajadas ante el Tribunal de Justicia de la UE”, en J.J. Forner Delagüa, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 503–524.

JUÁREZ PÉREZ, P.: “De inmunidades, sumisiones y centros de trabajo: la STJUE de 19 julio 2012, *Mahamdia C. República de Argelia*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 1, 2013, pp. 254–272.

MORSE, R.: “From Brussels to the Hague: but what about Rome? Choices of the Law and Employment Contracts”, *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 601–610.

DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

COCA VILA, I.: “El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso *Michaud contra Francia*”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2013.

FERNÁNDEZ MASÍÁ, E.: “Arbitraje inversor-Estado. De ‘bella durmiente’ a ‘león en la jungla’”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 26, 2013.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y CONTRERAS, L.: *Derecho del comercio internacional y política comercial de la República Dominicana*, Santo Domingo, Editorial Funglode, 2013, 370 pp. ISBN: 978-9945-412-86-4.

Con la apertura al comercio internacional, la economía de la República Dominicana, al igual que la de otros países de América latina, ha caminado hacia la adopción de una política marcadamente liberal,

excepto en los sectores reservados en exclusiva al Estado. En los últimos años se han realizado diversas modificaciones legales y de desregulación administrativa, con el fin de atraer capitales productivos externos y aumentar así la oferta y la calidad de los empleos, incrementar las exportaciones y mejorar las condiciones para la efectiva transferencia de tecnología. Mediante la perspectiva jurídica, la adaptación a la globalización y al comercio internacional de las transacciones privadas, ha repercutido en la modificación y simplificación de centenares de leyes, en un intento de eliminar las barreras que dificultaban el desarrollo del comercio, fundamentalmente leyes de transferencia de tecnología, de marcas y patentes y de inversión extranjera. Los Códigos de comercio y, en particular, las disposiciones relativas al arbitraje comercial, también fueron modernizados, con el fin de inspirar mayor confianza a los inversionistas extranjeros en materia de solución de controversias. Este bloque normativo, es abordado con especial maestría en la presente monografía desde la perspectiva de la práctica dominicana del comercio internacional. Una perfecta ecuación que es fruto de la experiencia acreditada del profesor Fernández Rozas en cuestiones de Derecho económico internacional y de Leidylin Contreras que desde hace varios años desempeña importantes responsabilidades en la gestión de la política comercial dominicana.

El país caribeño considerado posee una economía altamente dependiente del comercio y la inversión. Esto, sumado a sus limitaciones para generar capital propio, y aquellas en materia de producción, le han llevado a emprender un activo proceso de apertura, concediendo máxima prioridad a su integración a la economía mundial, como medio para crear oportunidades de desarrollo y crecimiento. Para ello, ha apostado por impulsar el desarrollo económico y social, a través de la consolidación de la liberalización económica alcanzada hasta el momento, y por la promoción del proceso tendiente al crecimiento y a la mejora de los niveles de vida de los habitantes, contribuyendo a garantizar la sostenibilidad de su proceso democrático. La política comercial dominicana no podía quedar al margen de este proceso pues es evidente que el comercio internacional juega un papel importante dentro de su economía: los bienes importados representan el 60% del valor total de los bienes consumidos dentro del mercado nacional y, por otra parte, las exportaciones han aumentado considerablemente durante estos últimos años, debido principalmente al desarrollo de las zonas francas.

Miembro de la OMC desde marzo de 1995, la República Dominicana se ha involucrado en un proceso legislativo tendiente a la promoción de una competencia más libre en el mercado interior y al cumplimiento de los compromisos contraídos ante la OMC. Los impulsos a la inserción internacional, se han manifestado a través de medidas de liberalización de importaciones de manera unilateral por la parte dominicana (en 1990 se suprimieron todos los contingentes de importación y la mayor parte de las prohibiciones y de las licencias de importación; las licencias se sustituyeron por aranceles, lo que confirió mayor transparencia al sistema) y con la suscripción de acuerdos de libre comercio a nivel bilateral y regional. Dicha política se inició con Centroamérica y la Comunidad del Caribe (CARICOM), y fue seguida del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y Centroamérica (DR-CAFTA) y el Acuerdo de Asociación Económica firmado con la Unión Europea en el marco del Cariforo. Por su parte, las relaciones entre la República Dominicana y la Unión Europea iniciaron en 1989 con la firma de la Convención de Lomé IV, seguida en el 2000 por el Acuerdo de Cotonou, acuerdo que rige las relaciones políticas, comerciales y de cooperación de la UE y los países ACP (África, Caribe y Pacífico). Estos instrumentos, junto con otros posteriores, configuraron un nuevo mundo de relaciones comerciales internacionales y muy particularmente hacia el Caribe, en la medida en que el nivel y la calidad de la cooperación, dependen de la capacidad de negociación e integración de la región, y de la concertación de posiciones comunes en el nivel regional y global. En suma, los referidos acuerdos comerciales confieren a las exportaciones dominicanas un acceso amplio a los mercados. Asimismo, y muy especialmente el DR-CAFTA y el Acuerdo de Asociación Económica (EPA), por su alcance, repercusiones económicas, sociales y políticas, y los compromisos asumidos en ellos, han contribuido a un mayor conocimiento y manejo de la gestión del comercio exterior, tanto por parte del sector gubernamental como por la involucración del sector privado, definiendo de modo más eficaz la estructura de gestión y administración de los acuerdos comerciales, la coordinación institucional para el cumplimiento de los compromisos asumidos en estos, los procesos de solución de diferencias, el uso y aprovechamiento de los beneficios y prerrogativas de los acuerdos, entre otros. Estos acuerdos, de modo muy especial, han

puesto a prueba las estructuras de implementación y administración de comercio exterior de la República Dominicana.

Este nuevo panorama de compromisos internacionales requería una articulación sistemática que a la vez incidiese sobre las principales cuestiones que inciden en la política comercial de este país. Por ejemplo, muchos de los acuerdos suscritos por la República Dominicana, en especial Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, han sido firmados sin contar necesariamente con una estrategia definida. Resulta imprescindible que la República Dominicana establezca y determine claramente su política y agenda comercial y de inversiones, definiendo solo a partir de allí sus prioridades de negociación de futuros acuerdos, el desarrollo e impulso de los distintos sectores de la economía, el marco regulatorio de la inversión y la atracción de la misma hacia sectores determinados. La decisión estratégica de activar o no los mecanismos de solución de diferencias comprendidos en los Tratados de Libre Comercio y / o ante la OMC, debe responder en gran medida a una política definida del país, como parte de una defensa de Estado coordinada y efectiva, pero sobre todo bien fundamentada. Es necesario saber lo que se necesita y por qué se necesita, teniendo en cuenta instrumentos como la Estrategia Nacional de Desarrollo del país. Si bien los acuerdos suponen una ventana de oportunidades, facilitando el desarrollo de relaciones dinámicas con nuestros socios comerciales y la identificación de nichos de mercado, entre otros, resulta trascendental la solidez de las instituciones del país, la credibilidad, coherencia y legitimidad de sus políticas.

Para responder a cuestiones como las expuestas es necesario conocer las líneas directrices del sistema del comercio internacional proyectado a un país concreto, en este caso la República Dominicana, y a ello responde la presente obra que se estructura en seis capítulos. En el primero los autores ofrecen una visión general del Derecho del comercio internacional en el marco de la cooperación internacional institucionalizada en materia, económica haciendo hincapié en el comercio multilateral; para ello parten de los requerimientos aduaneros establecidos por este último para centrarse en las características del comercio exterior dominicano y su reciente marco institucional. La ordenación del comercio multilateral, en cuya cúspide se halla la OMC, es objeto del capítulo segundo; se detallan en éste los objetivos, instrumentos y medios de esta entidad poniendo especial énfasis en el ámbito de sus principios de base y en el sistema de solución de diferencias, particularizando en este último apartado las controversias que han involucrado a República Dominicana. El capítulo III está dedicado a la incidencia de los procesos de integración regional dentro de la dialéctica entre multilateralismo / regionalismo en el comercio internacional; se estudian los diversos modelos con el protagonismo de los desarrollados en América latina a partir de un interrogante esencial ¿Integración o desintegración? y de las consecuencias del denominado “regionalismo abierto”; y este examen es el pórtico necesario para estudiar el alcance de los Acuerdos comerciales suscritos por la República Dominicana y, sobre todo, para el análisis detallado del Tratado de Libre Comercio República Dominicana–Centroamérica–Estados Unidos, DR–CAFTA, sin duda una de las aportaciones más relevantes de la presente monografía.

Los capítulos IV, V y VI configuran la segunda parte de la obra y están destinados, respectivamente, al estudio del comercio internacional de mercancías, al comercio internacional de servicios y a los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio, con referencia especial a los compromisos asumidos en el marco del DR–CAFTA.

El marco institucional y normativo que integra la obra y el examen de la práctica seguida en la República Dominicana permite a los autores aseverar que este país avanza con paso firme hacia la consolidación de una economía abierta, con tendencia hacia la eliminación de cualquier tipo de proteccionismo existente y basado en la modernización, facilitación y dinamización del comercio, con la convicción de que la mejor opción para impulsar el desarrollo económico y social es el apoyo al libre comercio, como medida esencial para mejorar la calidad de vida de sus habitantes. La liberalización comercial traerá consigo la reducción del proteccionismo, el desmonte progresivo de los aranceles y, por lo tanto, una mayor competencia para los productores dominicanos, generando mayor presión para elevar la productividad y competitividad, e incrementar el requerimiento de una fuerza laboral más capacitada. Existe una tendencia imparable hacia el fortalecimiento paulatino del marco negocial con el propósito de reforzar la marca “República Dominicana”, en aras de continuar atrayendo las inversiones que contribuyan a

construir una realidad de mayor bienestar, de mayor prosperidad y cada vez más digna y equitativa para todos los dominicanos. En este propósito, la presente monografía constituye un instrumento imprescindible.

Darío SANDOVAL SHAIK *

HYDER ALI, A.: “In the Eye of the Storm: Spain's Nexus to Investment Disputes”, *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 18, 2013, pp.5–36

IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.: “Negación de la controversia internacional ¿Ausencia de jurisdicción o falta de voluntad de entrar a valorar el fondo de la diferencia?”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI, n° 2, 2013, pp. 439–454.

IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.: “La actividad jurisdiccional de los tribunales internos y la responsabilidad internacional del Estado”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI, n° 3, 2013, pp. 861–874.

KINNEAR, M.: “Grotius Lecture: Navigating International Dispute Resolution: Innovations in Investor–State Arbitration”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI, n° 3, 2013, pp. 653–674.

LEHMANN, M.: “Los tratados sobre libre comercio e inversiones transfronterizas y el conflicto de leyes”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 127–145.

Vid. resumen, *supra*, p. 127.

LOPEZ, M., y ALBERTO, C.: *La independencia e imparcialidad del árbitro en el sistema CIADI*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2013. 255 pp. ISBN: 978–84–87108–83–9.

LOZANO CONTRERAS, F.: “El estado de necesidad y las cláusulas de emergencia contempladas en los APPRI. Los casos argentinos ante el CIADI”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, n° 1, 2013, pp. 101–129

MONTERO, F.J. y RUIZ, L.: “Cuantificación de daños y prescripción en reclamaciones bajo el tratado de la carta de la energía”, *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español del Arbitraje* 4377, n° 17, 2013, pp. 43–54.

PASTOR PALOMAR, A.: “La aplicación práctica del Reglamento (UE) n° 1219/2012 sobre los Acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, n° 31.

OLESTE RAYO, A.: “Las excepciones por razón de orden público, salud y seguridad públicas en el acuerdo de asociación con Turquía”, en J.J. Forner Delagüa, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid–Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 625–640.

ORTILLO, T. y RODRÍGUEZ, A.M.: “Tratamiento del arbitraje en el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia

* Profesor de Derecho mercantil y coordinador del Doctorado en Derecho de la Universidad Santa María La Antigua, Panamá.

judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 17, 2013, pp. 55–67.

PENADÉS FONS, M.: “El rol de la Comisión Europea en el arbitraje de inversiones”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN 13:9788490335215, pp. 719 ss.

SAURA ESTAPÀ, J.: “Implicaciones de derechos humanos en el tratado de libre comercio entre Colombia y la Unión Europea”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2013.

USHAKOVA, T.: “Sobre la aplicación del principio de *estoppel* en la práctica del CIADI”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI, nº 2, 2013, pp. 335–375.

VIÑAS FARRÉ, R.: “Las relaciones del Principado de Andorra con la Unión Europea en materia monetaria”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 845–856.

VIRGÓS SORIANO, M.: “Claims against Foreign States in the Court of the Kingdom of Spain: a Roadmap”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 857–868.

ZAMBRANA TÉVAR, N.: “Las cláusulas de estabilización en el arbitraje de inversiones”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI, nº 2, 2013, pp. 377–396.

ZAMORA CABOT, F.J., GARCÍA CÍVICO J. y SALES PALLARÉS, L. (eds.): *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2013. ISBN: 978-84-15834-25-0.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

BORRÁS, A.: “El *judgments project* de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: lecciones del pasado y desafíos para el futuro”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 921–943.

Vid. resumen, supra, p. 921

BOTTIGLIERI, M.G.: “Importantes avances en la codificación del Derecho internacional privado argentino”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 647–664.

Vid. resumen, supra, p. 647.

BOUTIN ICAZA, G.: “Sobre la ideología del nuevo Código de Derecho internacional privado panameño”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 735–746.

Vid. resumen, supra, p. 735.

BUCHER, A.: “La conférence de La Haye sans convention”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unifica-*

ción internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 277–290.

ESPINAR VICENTE, J.M. y PAREDEZ PÉREZ, J.I.: “El marco constitucional del Derecho internacional español”, en J.J. Forner Delaguya, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 329–350.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Alegría Borrás y los oficios del Derecho Internacional privado”, en J.J. Forner Delaguya, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 14–44.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “¿Por qué la República Dominicana necesita una Ley de Derecho internacional privado?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 781–799.

Vid. resumen, *supra*, p. 781.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “La ordenación de las relaciones privadas internacionales a través de tratados en las postrimerías de su ciclo histórico”, *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, ISBN: 978-84-941055-0-02013, pp. 47–62.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson/Reuters, 2013, 781, pp, ISBN13: 978-84-470-3982-1.

FIGUERA VARGAS, S.C.: “Análisis de la Ley de Derecho internacional privado venezolana como propuesta académica y logro legislativo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 815–822.

Vid. resumen, *supra*, p. 815.

FORNER DELAYGUA, J.J.: “Ley aplicable y ley respetable”, en J.J. Forner Delaguya, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 417–428.

LINARES RODRÍGUEZ, E.: “El Derecho internacional privado nicaragüense ante el proyecto de Ley Modelo de la Ohadac”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 715–733.

Vid. resumen, *supra*, p. 715.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “El Derecho internacional privado colombiano ante la Ley Modelo de la Ohadac” *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 681–697.

Vid. resumen, *supra*, p. 681.

PAREDES PÉREZ, J.I.: “Doctrinas conflictualistas, codificación y contratación internacional”, *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 7, 2013, pp. 57–92.

PAREDES PÉREZ, J.I.: “La raíz histórica de la nacionalidad y su retroceso como criterio de conexión del estatuto personal en el sistema estatal de Derecho internacional privado: un estudio desde la perspectiva *forum-ius*”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, nº 6, 2013, pp. 33–66.

La pluralidad de planos normativos en Derecho internacional privado (DIPr) nos enseña el importante retroceso que ha tenido la nacionalidad como criterio para determinar la ley aplicable al estatuto personal. El objeto del presente trabajo es el estudio de la fundamentación histórica de la nacionalidad y los factores que han dado pie, una vez desligada aquella del principio de soberanía, a su retroceso en los sistemas autónomos de DIPr. En particular, el autor se ocupa del dominio que ejerciera el *ius* sobre el *forum* en el ámbito del estatuto personal, su paulatina mitigación en consonancia con la privatización de la disciplina y la progresiva vocación de aplicación de la *lex fori* a resultas de la incidencia de los derechos fundamentales. Por último, el autor analiza la repercusión de los principios y libertades consustanciales al fenómeno de la integración europea como fuente también de la regresión de la nacionalidad en cuanto criterio de conexión en ámbitos no armonizados del DIPr de la persona y la familia.

PARRA RODRÍGUEZ, C.: “La revisión del Derecho internacional español: un análisis desde los principios generales del Derecho que inspiran la reforma”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid–Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 653–670.

PÉREZ VERA, E.: “La Conferencia de La Haya hoy, vista desde ayer”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid–Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 711–726.

RIGAUX, F.: “Du chaos a l’émergence”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid–Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 767–772.

SILVA, J.A.: “Conformación de una Ley Modelo de Derecho internacional privado para México. La segunda versión”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 699–713.

Vid. resumen, *supra*, p. 699.

VAN LOON, H.: “Allegro sostenuto con brio, or: Alegría Borrás’ Twenty-five Years of Dedicated Work at the Hague Conference”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid–Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 575–586.

VAN LOON, “EL Derecho internacional privado ante la Corte Internacional de Justicia: mirando hacia atrás y mirando hacia adelante”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 35–51.

Vid. resumen, *supra*, p. 35.

DERECHO INTERTERRITORIAL

ROCA i TRIAS, E.: “Estado autonómico y Derecho comunitario: a vueltas con el constante problema de la implementación de las directivas en un Estado plurilegislativo”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 773–784.

ZABALO ESCUDERO, M.E.: “El Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en los ordenamientos plurales”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 889–900

DERECHO MARÍTIMO INTERNACIONAL

ALCÁNTARA GONZÁLEZ, J.M.: “El nuevo régimen jurídico del embargo preventivo de buques los secretos del Convenio de Ginebra de 1999”, *Diario La Ley*, n° 8097, 2013.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “‘Prestige’ y política marítima europea: su necesaria profundización”, *La Ley: Unión Europea*, n° 10, diciembre 2013, 51–58.

ESPINOSA CALABUIG, R. (dir.): *Las reglas de Rotterdam sobre Transporte Marítimo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 891 pp., ISBN 9788490338551.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL

CORTIZO RODRÍGUEZ, V y LANDEIRA, R.A.: “El visado y la autorización de residencia para extranjeros en España reformas legales de la nueva Ley de Emprendedores”, *Diario La Ley*, n° 8189, 2013.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOZ, A.E.: “La extradición de los ciudadanos de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, n° 8021, 2013.

ROBLES GARZÓN, J.A.: *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional Iberoamericana*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi / Thomson–Reuters, 2013, 349 pp., ISBN 9788490144336

SOSA NAVARRO, M.: “La evolución de la obligación de extraditar o juzgar a través del caso Hissène Habré”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 26, 2013.

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

ABARCA JUNCO, P.: “Algunos problemas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 45–58.

SABIDO RODRÍGUEZ, M.: “La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en Derecho internacional privado español”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 45, 2013, pp.499–534.

El divorcio internacional ha sido uno de los ámbitos en los que más han incidido las iniciativas europeas de los últimos años. La tutela judicial efectiva y la libertad personal son derechos fundamentales y valores constitucionales que junto a las necesidades derivadas de la consolidación del espacio judicial europeo constituyen elementos claves que justifican las reformas más recientes. En el presente trabajo nos proponemos analizar cuáles han sido los resultados alcanzados. De un lado, nuestra exposición abordará los cambios introducidos por las normas europeas valorando su proyección sobre el régimen jurídico del divorcio en DIPr. Para ello, a partir del nuevo marco normativo instaurado abordaremos los tradicionales problemas de competencia judicial internacional y Derecho aplicable exponiendo las soluciones adoptadas en ambos sectores. Y, de otro, trataremos de valorar si el nuevo sistema instaurado responde a las necesidades derivadas de la tutela judicial efectiva y la libertad personal así como su adecuación a los objetivos del espacio judicial europeo.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.: “Reglamentación comunitaria relativa a las crisis matrimoniales y la particular ‘crisis’ entre los reglamentos que la integran”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid–Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 799–820.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.Á., *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, 233 pp., ISBN–978–84–9059–044–7.

El Derecho internacional privado de la UE actual se asienta, en materia patrimonial, sobre convenios (los de Bruselas y Roma) que, aunque no fueran textos del todo perfectos, pueden considerarse un acierto. Y, aunque las intervenciones que posteriormente ha realizado el legislador institucional sobre cada uno de ellos, en su conversión en reglamentos –y en su revisión posterior, en el caso del Reglamento Bruselas I– seguramente hayan empeorado la situación, Roma I y Bruselas I *bis* conservan su poso: creo que, globalmente considerados, pueden seguir siendo calificados como buenos instrumentos. Sin embargo, en materia de crisis matrimoniales la situación es distinta. Si la regulación de la competencia judicial internacional y el reconocimiento de resoluciones extranjeras (Bruselas II) también se fundamenta en un Convenio previo que, a mi juicio, es un instrumento muy mejorable, pero aceptable, el Reglamento sobre la ley aplicable (Roma III) elaborado *ex novo* es un texto fallido. La razón fundamental es que atiende antes a objetivos políticos bastante cuestionables que a los criterios exigibles a las normas en esta materia. De hecho, los fines que Roma III afirma perseguir son obstaculizados por su propia existencia, a la luz tanto del tipo de instrumento de que se trata (cooperación reforzada) como de las soluciones que acoge.

Por ser un instrumento de cooperación reforzada (el primero en la historia de la UE), Roma III lleva en su propia esencia la negación del principal objetivo que se marca, cual es la unificación de las normas de conflicto en los Estados miembros. Si hay Estados que sí han decidido “unificar”, que son los “Estados miembros participantes” (en adelante EMP); y Estados que permanecen al margen de la “unificación”, a nadie se le escapa que tal unificación no existe. Pero este primer objetivo, que por la lógica más aplastante no se logra adoptando un Reglamento como instrumento de cooperación reforzada, es a su vez el medio para alcanzar los otros fines, como el incremento de la seguridad jurídica y la evitación del *forum shopping*, que, no sólo son negados de antemano, sino que retroceden claramente. Pero este problema, con ser el inconveniente de partida del Reglamento Roma III, no es el único. Además, las soluciones que acoge tampoco resultan satisfactorias, desde múltiples puntos de vista. Uno de ellos es el adoptado en la monografía de la profesora Sánchez Jiménez: el de su coordinación con el Reglamento Bruselas II *bis*. Este análisis arroja, como se verá, un resultado negativo. Otros problemas que pueden detectarse desde otras ópticas, como la adecuación de las soluciones adoptadas (al margen de interaccio-

nes entre instrumentos), son abordados también en el estudio, si bien de forma más tangencial. De hecho, su objetivo declarado es “la búsqueda de la vía necesaria para la correcta articulación de los Reglamentos comunitarios” (p. 22), por lo que su estructura y (lógicamente también) su contenido, son tributarios de este fin.

Así, *El divorcio internacional en la Unión Europea...* se divide en dos partes. La primera de ellas, dedicada a la “Reglamentación comunitaria en materia de ‘crisis matrimoniales’” puede considerarse instrumental de la segunda, que sería la fundamental. En esa primera parte se describen, en sendos capítulos (Primero y Segundo), los elementos fundamentales de los dos reglamentos: Bruselas II bis y Roma III. La segunda parte ya se centra en la “Coordinación entre los Reglamentos” Bruselas II bis y ‘Roma III’. En concreto, el Capítulo Tercero trata “De la ausencia de coordinación al parámetro de confluencia”; y el Capítulo Cuarto, que lleva por título “Articulación del sistema de la competencia en materia de ‘crisis matrimoniales’” se dedica a formular una propuesta de reforma del Reglamento Bruselas II bis, que logre paliar los inconvenientes (fundamentalmente, la descoordinación) puestos de manifiesto en el capítulo previo.

En este planteamiento de la autora radica seguramente el valor principal de la obra: no se limita a realizar un análisis crítico de la coordinación entre los dos reglamentos, sino a proponer alternativas que mejoren el estado actual de la normativa. De ahí también, que siendo tan claro este objetivo, es decir, tratándose de una obra eminentemente teórica, lo que quizás sí sea cuestionable es que no se haya tenido presente esta finalidad con todas sus consecuencias. Una obra dirigida fundamentalmente a la doctrina (no creo que a la práctica le interese el pormenorizado análisis de las incoherencias entre los instrumentos, ni la propuesta de modificación de los foros de competencia), no debería acusar falta de rigor en el empleo del lenguaje, ya desde el propio título. En efecto, hablar de “divorcio internacional” y hacer referencia a la “jurisdicción” y la Ley aplicable en el subtítulo quizás resulte más atractivo desde un punto de vista comercial, pero huelga advertir que “jurisdicción” no es sinónimo de competencia judicial internacional (que es lo que realmente se analiza). Por otra parte, se ignora en toda la monografía que el término *comunitario* fue reemplazado por *de la Unión Europea* desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, puesto que la Comunidad Europea desapareció con él. Pero estas sin duda son cuestiones menores: la objeción fundamental que cabe realizar se refiere a los contenidos, al menos en tres cuestiones.

La primera es que, si, como se ha indicado, se trata de un texto eminentemente doctrinal, la Primera parte puede resultar superflua, por ser excesivamente descriptiva. Cabía haber aprovechado la ocasión para profundizar más en algunos aspectos de los instrumentos que aún están oscuros. Uno de ellos, además, se vincula de forma directa con el objeto del trabajo, esto es, con el estudio de la coordinación entre Bruselas II bis y Roma III: se trata de la (no nimia) cuestión del reconocimiento de la validez de los matrimonios celebrados de conformidad con el ordenamiento de otro Estado miembro (y, en particular, el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo). Está claro que el Reglamento Roma III ha establecido una norma para obstaculizar la acción del principio de reconocimiento mutuo en los EMP: a efectos de aplicar Roma III, esto es, para determinar la ley aplicable al divorcio o a la separación judicial, un EMP no está obligado a reconocer el matrimonio celebrado en otro Estado (miembro o no, participante o no) en virtud de lo dispuesto en el art. 13 Reglamento Roma III. Pero ¿qué ocurre a efectos de determinar la competencia en una demanda de nulidad, separación judicial o divorcio? ¿La solución del Reglamento Roma III debe extrapolarse al Reglamento Bruselas II bis en la necesaria búsqueda de sintonía interpretativa? Esta cuestión, que, a mi juicio merece una respuesta negativa (lo desarrollo en “Matrimonial Crisis under the Brussels II bis Regulation: Selected Issues on International Jurisdiction”, en prensa), no se aborda en la monografía. Otro aspecto que no encuentra un tratamiento suficiente en esta primera parte sería, por ejemplo, la aplicación del criterio de la residencia habitual. A este respecto, creo que resulta simplista despachar en un párrafo (p. 34) la cuestión de la determinación de la residencia habitual, y tratarla de cuestión casi aproblemática. Antes al contrario, *en la práctica* se ha revelado que en situaciones internacionales de crisis matrimonial la determinación de la residencia habitual puede ser extremadamente difícil (*vid.*, por ejemplo, en la práctica belga, M. Perte-gás, “The impact and application of the Brussels II bis Regulation in Belgium”, K. Boele-Woelki y C. González Beilfuss (eds.), *Brussels II bis: Its Impact and Application in the Member States*, Antwer-

pen/Oxford, Intersentia, 2007, pp. 57–68, esp. p. 62; y en Francia, E. Gallant, “L’impact et l’application du Règlement Bruxelles II bis en France”, *ibid.*, pp. 103–121, esp. pp. 112–116). Pero es que quizás una de las carencias de este estudio es no haber tenido presente la práctica de los órganos jurisdiccionales estatales en la aplicación de ambos instrumentos. Finalmente, tampoco se resuelve la cuestión de la laguna que presenta el Reglamento Bruselas II bis en lo tocante al control de oficio de la competencia en los casos en los que el tribunal ante el que se ha presentado la demanda no resulta competente, pero tampoco lo es ningún otro EM.

La segunda carencia la constituye, a mi juicio, la omisión de toda problemática referente a las normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. Afirma la autora, en referencia a los reglamentos Bruselas II bis y Roma III, que “la ausencia de coordinación y articulación de las soluciones de estos Textos reglamentarios se constata en el punto de intersección en el que han de operar conjuntamente, dada la interrelación entre los sectores del DIPr relativos a la competencia judicial internacional y la determinación de la ley aplicable”. Y añade que “este es el motivo por el cual el reconocimiento de decisiones no forma parte del análisis que se realiza en el presente desarrollo” (p. 22). Al margen de que parece que el punto de arranque es la constatación de la descoordinación, y la consecuencia la decisión de analizarla (y no viceversa), cabe objetar a este planteamiento algo sobradamente conocido: que las normas de reconocimiento y ejecución también están relacionadas con las normas de conflicto. Así, en el marco de un análisis de la compatibilidad entre dos instrumentos institucionales que regulan competencia y reconocimiento, por una parte, y ley aplicable por otra, no hubiera estado de más abordar también la interacción entre el reconocimiento de decisiones y las soluciones dispuestas en sede de ley aplicable.

La tercera cuestión, seguramente más opinable (por ideológica) que las anteriores, se refiere al postulado principal de la obra, esto es, que, en las relaciones entre el Reglamento Roma III y el Reglamento Bruselas II bis, es éste el que falla, y el que precisa ser reformado. La idea fundamental de la autora es que las posibilidades de elección que Bruselas II bis abre al demandante son excesivas; que le sitúan en una posición de “privilegio” indebida (se refiere al “privilegio del demandante”). Así, la propuesta que realiza es introducir en este instrumento la posibilidad de alcanzar acuerdos entre ambos cónyuges sobre el tribunal competente, y, para el caso de que no se efectúe semejante sumisión expresa, disponer foros de competencia que funcionen de forma subsidiaria, y no alternativa como los actuales. Por ejemplo, en defecto de elección, conforme a dicha propuesta, resultarían competentes exclusivamente los tribunales de la residencia habitual de los cónyuges, si tienen residencia habitual en el mismo Estado. Ciertamente, el hecho de disponer los foros con carácter subsidiario limita las posibilidades de *forum shopping*, que el Reglamento Roma III ha disparado. Pero es obvio que semejante solución constituiría un retroceso en el objetivo de favorecer la obtención de la nulidad, el divorcio o la separación. Ciertamente, no hay por qué coincidir conmigo en que el *favor divortii* es un principio por el que por deben guiarse las normas en esta materia; que favorecer la relajación o disolución del vínculo al máximo debe ser el criterio fundamental. De hecho, precisamente porque responde al mentado *favor divortii*, sí coincido con la autora en que el Reglamento Bruselas II bis debería contar con un foro para que puedan resolver la crisis matrimonial en algún EM de la UE los cónyuges nacionales de diferentes Estados miembros de la UE que residen habitualmente en un tercer Estado. A mi juicio, el problema de la regulación de las crisis internacionales en la UE no radica en que quede a voluntad de una persona demandar en uno entre varios Estados el divorcio, la separación judicial o la nulidad, incluso sin contar con la otra. El problema es que se hayan dispuesto normas comunes que en realidad no lo son; normas que dificultan enormemente la tarea de los operadores jurídicos y que responden a objetivos contrarios a los que proclaman. Mi pregunta es, en cualquier caso, ¿en qué cambiaría la reforma que se propone el diagnóstico que se realiza inicialmente? ¿acabaría con la fragmentación y la dispersión, con la oscuridad y la dificultad de identificación de las soluciones?

Para finalizar, quisiera indicar que, pese a mis objeciones, creo que la monografía puede constituir un elemento importante en la comprensión de las relaciones entre las normas de competencia y las normas de conflicto en materia de divorcio y separación judicial. También, que me parece muy destacable y positivo que la autora haya optado por introducir propuestas encaminadas a mejorar el estado actual de

la normativa; y que, además, también es muy de agradecer que el texto se haya escrito con un lenguaje claro, correcto y sencillo, que hace muy amena su lectura.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS *

DOCUMENTOS

BERNASCONI, Ch.: “The Electronic Apostille Program (e-APP): Bringing the Apostille Convention into the Electronic Era”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 199–214.

CARO GÁNDARA, R.: “Libertades UE, reconocimiento mutuo y orden público de los Estados miembros (Reflexiones tras la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 diciembre 2010, asunto C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, y tras el Libro Verde para promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de las certificaciones de estado civil, de 14 diciembre 2010)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 3, abril 2013, pp. 45–58.

DUINTJER TEBBENS, H.: “Vers une ‘libre circulation’ des actes authentiques dans l’Union européenne: Réflexion à propos d’un arrêt du Tribunal Supremo d’Espagne du 19 juin 2012”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 309–322.

GUZMÁN ZAPATER, M.: “La propuesta de Reglamento 2013/0119 relativa a la libre circulación de determinados documentos públicos en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, nº 31.

MEDINA ORTEGA, M.: “La aceptación de documentos públicos en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 835–871.

Vid. resumen, *supra*, p. 835.

RIVAS ANDRÉS, R.: “Cómo calificar negativamente el documento extranjero que pretenda inscribirse en nuestros registros”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 85, 2013, pp. 221–266.

ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “La especificidad del deporte frente al Derecho comunitario: ¿realidad o mito?”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 91–106.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “Derecho comunitario de la competencia y retransmisiones deportivas: perspectivas del mercado televisivo en la Unión Europea”, *El Derecho internacional en el mundo*

* Profesora titular de DIPr. Universidad Complutense de Madrid.

multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, Madrid, Iprolex, 2013, ISBN: 978-84-941055-0-02013, pp. 863-876.

La dimensión del deporte profesional en general y del fútbol en particular como *business*, como negocio, como industria deja entrever en numerosos supuestos cómo tras la mitificada “especificidad” del deporte se atisba un flagrante incumplimiento de la normativa comunitaria. Un sector especialmente importante es el mercado de las retransmisiones televisivas, y la ordenación de las “cuotas” de mercado. La abismal diferencia entre presupuestos de clubes competidores tiene gran parte de origen en una inaplicación de la normativa comunitaria. Este trabajo proyecta reflexiones generales a partir de un supuesto específico, especialmente interesante por su complejidad jurídica.

BARIATTI, S.: “Forum shopping, abus du droit et droit international privé européen: quelques réflexions”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 161-174.

BASEDOW, J.: “15 Years of European Private International Law: Achievements, conceptualization and Outlook”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 175-184.

BORRÁS, A.: “La difícil unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea: de nuevo la responsabilidad nuclear”, *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, ISBN: 978-84-941055-0-02013, pp. 877-888.

El proyecto de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros que son Partes contratantes de la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1963 a ratificar el Protocolo de 1997 en interés de la Unión Europea da lugar a algunas consideraciones sobre la competencia externa de la Unión Europea y la falta de unificación del Derecho internacional privado de los Estados miembros

ESPLUGUES MOTA, C.A.: “Hacia una nueva noción de ‘acceso a la justicia’ en la Unión Europea a través del fomento del recurso a los mecanismos de ADR: la Directiva 2008/52/CE y su transposición en los diversos Estados miembros”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 351-376.

GAUDEMET-TALLON, H y LAGARDE, P.: “Histoires de famille du citoyen européen”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp.475-490.

MARÍN CONSARNAU, D.: “La evolución de la protección que brinda el estatuto de ciudadanía de la Unión vs. el fenómeno de la discriminación inversa”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 587-600.

MEDINA ORTEGA, M.: “Bruselas I y Roma I. Competencia judicial y Derecho opcional europeo en materia de contratos”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN 13:9788490335215, pp. 537 ss.

PAUKNEROVÁ, M.: “EU Regulations and International Conventions: Shifts in Time”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 671–684.

PONS RAFOLS, F.X.: “Unificación, armonización y flexibilidad: algunas reflexiones en torno a la primera cooperación reforzada establecida en el marco de la Unión Europea”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 749–765.

ZAMORA CABOT, F.J.: “Derecho internacional privado y derechos humanos en el ámbito europeo”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 901–912.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BONOMI, A.: “Règles européennes de compétence et règles nationales de reconnaissance: une cohabitation difficile”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 241–254.

DE GÖTZEN, E.: “Cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil: ¿dónde estamos y hacia dónde nos dirigimos?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 309–340.

Vid. resumen, *supra*, p. 309.

DE MIGUEL ASESIO, P.A.: “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Diario La Ley*, nº 8013, 2013.

El autor realiza una presentación sintética de las principales modificaciones introducidas en el Reglamento 1215/2012, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, junto con una somera valoración de su significado a la luz de los objetivos iniciales de la reforma y de la evolución actual del Derecho internacional privado de la Unión Europea.

DOMÍNGUEZ RUIZ, L.: *Reclamación de deudas transfronterizas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi / Thomson-Reuters, 2013, ISBN: 978-84-9014-801-3, 260 pp.

DURÁN AYAGO, A.: “Europeización del Derecho internacional privado del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (EU) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, 2013.

Desde el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hasta el Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre, del mismo contenido, han transcurrido cuatro fructíferas décadas durante las cuales la Unión Europea –en su terminología actual tras el Tratado de Lisboa– ha ido poniendo las bases para la construcción de un espacio judicial europeo, en el que los derechos de los ciudadanos, con especial atención a la tutela judicial efectiva, sean una realidad sin posibilidad de ser cercenados por el cruce de fronteras. En este trabajo destacamos los principales pasos dados en este proceso y analizamos sus principales implicaciones.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El Informe Borrás en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 491–502.

GUINCHARD, E.: “¿Hacia una reforma falsamente técnica del Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía y superficial del Reglamento sobre el proceso monitorio europeo?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 279–308.

Vid. resumen, *supra*, p. 279.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Luces y sombras de la cooperación judicial en materia civil en la UE”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 535–552.

KOHLER, Ch.: “Balancing the Judicial Dialogue in Europe: Some Remarks on the Interpretation of the 2007 Lugano Convention on Jurisdiction and Judgements”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 565–574.

MARCHAL ESCALONA, N.: “*Quid* de la sumisión tácita en el espacio judicial europeo”, *La Ley: Unión Europea*, nº 2, marzo 2013, pp. 20–32.

La conclusión más evidente que se deriva del análisis de la Sentencia dictada en el asunto *Bilas* y la lectura del art. 26.2º RB I *bis* es que el foro de la sumisión tácita puede operar, incluso, en aquellas materias reguladas por los llamados “foros de protección”. Ahora bien, dicha sumisión no es absoluta. Está limitada. Debe ser consciente y efectiva, es decir, el demandado debe tener pleno conocimiento de las consecuencias que se podrían derivar por no ejercer el derecho que tiene de impugnar la competencia, así como las de su comparecencia. Deberá ser el juez ante el que se ha sometido el asunto el que deba cerciorarse de que tales extremos se cumplen. En tal sentido, se pronuncia el art. 26.2º RB I *bis*. El problema está en que la redacción del precepto no es clara y no despeja correctamente las incógnitas que dicho “deber” plantean, a saber: ¿a quién compete informar al demandado?, ¿cuándo y cómo debe hacerlo? Lo que acarreará, sin duda alguna, problemas a la hora de su aplicación práctica en el futuro. Además, la utilización de este foro de competencia en los contratos de consumo, seguros y trabajo presenta evidentes repercusiones en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales

extranjeras. En el RB I bis no se establece la posibilidad de controlar la competencia del juez de origen en los supuestos en los que la misma se haya basado en la sumisión tácita del demandado en lugar de los foros de protección establecidos en el Reglamento (*lapsus calami*). En tales casos, no hay obstáculo, ni inconveniente alguno en que dicho control se llevara a cabo. Sin embargo, también es cierto sería limitado, porque, como apunta el art. 45.1º e) RB I bis, en la apreciación de los criterios de competencia, el órgano jurisdiccional ante el que se presente la solicitud está vinculado por los antecedentes de hecho en los que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen haya fundado su competencia. Al minimizar dicho control, ha primado, una vez más, el deseo del legislador comunitario de suprimir el exequátur sobre la necesidad de proteger a la parte débil.

PAULINO PEREIRA, F.: “Les pont entre la Conférence de la Haye de Droit International Privé et les instruments conclus dans le cadre de l’Union Européene”, en J.J. Forner Delaguya, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 697–710.

PELLISÉ DE URQUIZA, C.: “La inconsistencia de las reglas comunitarias de competencia judicial internacional con el buen funcionamiento de la política comunitaria de defensa de la competencia”, en J.J. Forner Delaguya, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 685–696.

POCAR, F.: “Access to Justice and European Rules on Jurisdiction”, en J.J. Forner Delaguya, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 743–748.

EXTRANJERIA

ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: “Trabajador fronterizo: la libre circulación de trabajadores, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad y sus implicaciones fiscales (a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2012, Asunto Erny)”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, nº 31.

ARMENTEROS LEÓN, M.: “Respuesta penal a la contratación de extranjeros sin permiso de trabajo, tras la reforma operada en el Código Penal por LO 7/2012”, *Diario La Ley*, nº 8029, 2013.

Nos aproximamos brevemente a la aplicación práctica del nuevo delito de contratación simultánea de trabajadores sin dar de alta en el sistema de Seguridad Social o sin permiso de trabajo, que ha sido introducido en nuestro Código Penal, por la LO 7/2012, que modifica este cuerpo legal, fundamentalmente, en materia de delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social. Asimismo, ponemos en relación la nueva conducta con la ya regulada de explotación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, del art. 312.2 CP, planteándonos igualmente si el nuevo precepto puede resultar de aplicación a supuestos de contratación de personas para el ejercicio de la prostitución.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: *La ordenación de los flujos migratorios en la crisis del Estado del bienestar*, Madrid, Iprolex, 2013, 348 pp. ISBN: 978-81-941055-2013.

1. La relación entre migración y globalización ha desempeñado un papel central en el despliegue y desarrollo del capitalismo moderno. Una de las dimensiones en las que su aporte ha sido más visible es

la movilización y provisión constante de mano de obra barata y especializada y la globalización, tal como se está desarrollando, constituye un reto para la regulación del mercado y la sociedad. Las perspectivas de análisis sobre migraciones internacionales por sus causas y sus efectos constituyen un objeto de interés para antropólogos, demógrafos, economistas, sociólogos, psicólogos, politólogos, profesionales especializados en las ciencias del trabajo y relaciones laborales, trabajadores sociales, etc. El progreso de la investigación en las migraciones internacionales que se produce, en general, entre antropólogos, politólogos y sociólogos; no suele incluir a economistas, acaso por la amplia brecha que existe entre los estilos de teorizar e investigar entre la economía y otras ciencias sociales. Pero es significativa la ausencia de estudios de la migración desde otras perspectivas, señaladamente la jurídica (al margen de los abundantes estudios exegéticos sobre la normativa en vigor, en constante proceso de cambio), para aumentar el conocimiento mutuo y aprender de sus distintas orientaciones. La presente monografía constituye una meritoria excepción a esta regla.

Como punto de partida aborda con carácter general los flujos migratorios en el Estado del bienestar iniciándose con un estudio de los impactos sociales, políticos, económicos y culturales en las relaciones entre dichos movimientos y el Derecho de extranjería en la era de la globalización. Para ello la autora estudia la contradicción fundamental en la ordenación de los flujos migratorios entre “legitimidad” y “eficacia” en el trato al extranjero, con una crítica al tradicional planteamiento liberal y una defensa, denunciando ciertas limitaciones que no han desaparecido aún, de la práctica seguida en un Estado social y democrático de Derecho donde la inmigración no es un mero objeto de análisis científico coyuntural sino que constituye una de las preocupaciones esenciales de los ciudadanos europeos. Ello se comprueba en la diversidad de regímenes migratorios existentes y de políticas de control de flujos migratorios que, ante las actuaciones por el momento limitadas de la UE han llegado a consolidar un concepto de “Europa fortaleza”. En este contexto se contempla el sistema español que, desde hace poco menos de un cuarto de siglo, ha pasado de regular la emigración a ocuparse decididamente de la inmigración, sobre todo de la laboral, como demuestra el hecho de haber creado un órgano ministerial (el Ministerio de Trabajo e Inmigración) destinado directamente a este menester y las sucesivas modificaciones de la Ley Extranjería. Y siguiendo con esta dimensión española, el capítulo finaliza con el examen de las situaciones de extranjería, insistiéndose en una situación anómala como es la del denominado “inmigrante irregular”, con una consideración del emigrante en dialéctica nacionalidad/extranjería examinando las políticas de acogida y las posibilidades de acceso del inmigrante a la nacionalidad.

2. Desde el momento en que la UE ha procedido progresivamente a borrar sus fronteras internas, la política de inmigración ha pasado a un primer plano demandando el acuerdo y confianza mutua entre sus miembros, teniendo en cuenta las diferencias en el tratamiento de los distintos grupos de inmigrantes en los Estados Miembros. Esta cada vez más relevante presencia del Derecho de la Unión en el sector aconseja a la autora a realizar, previamente al estudio de la regulación española, los parámetros seguidos en la ordenación de movimientos migratorios en la configuración del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión. Con este propósito examina en el Capítulo II el complejo tránsito de lo intergubernamental a lo comunitario hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, para llegar a las previsiones del Tratado de Funcionamiento de la UE. En particular estudia la dimensión *ad intra*, esto es, el impulso de la libre circulación de personas en el interior de la Unión hasta la consecución del derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; y la dimensión *ad extra* a partir objetivos de la política europea en materia de inmigración, de las contradicciones presentes y la resistencia de los Estados miembros a limitar su soberanía en este sector. Los sectores de mayor interés son, en nuestra opinión, aquéllos dedicados al examen de los elementos básicos de la política migratoria de la UE y, en particular, el referido en las acciones contra la inmigración irregular, el refuerzo de la cooperación operativa entre los Estados Miembros y la cooperación con terceros países para la lucha contra la inmigración ilegal. No en vano el desarrollo de las políticas de inmigración en el ámbito europeo pretende la armonización de las tendencias nacionales en esta materia; por contra, las políticas migratorias de los países que componen la UE se caracterizan por una serie de objetivos contradictorios, que los gobiernos tratan de resolver mediante políticas restrictivas a la inmigración. El enfoque global asumido por la Unión descansa en un tríptico

cuyos apoyos son: migración legal e integración, migración irregular y migraciones y desarrollo. Pero, como señala la autora, en la práctica, estas acciones quedan difuminadas, o incluso a veces supeditadas a lo desarrollado a través de los ejes de migración legal (contratación en origen, tipologías de ciudadanías –tarjeta azul vs trabajadores estacionales–) y migración irregular (control de fronteras, repatriaciones). Este capítulo II pone, además, de relieve que política migratoria de la UE no es mínimamente adecuada, sobre todo en lo que atañe al trato equitativo de los nacionales de terceros países, a las políticas de integración y a las políticas orientadas al retorno o a la readmisión. Los Estados miembros prosiguen con el derecho a fijar el número concreto de entradas en su territorio de dichos nacionales para ocupar puestos de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, aunque deben observar el principio de la preferencia comunitaria, según la cual sólo tendrán en cuenta las solicitudes de entrada en sus territorios por razones laborales cuando los puestos vacantes no puedan ser desempeñados por los trabajadores nacionales o comunitarios, ni por los trabajadores no comunitarios que residan legalmente y de forma permanente en dicho Estado miembro y que formen parte del mercado laboral del mismo.

3. Para completar el estudio de los flujos migratorios desde la perspectiva jurídica la autora considera pertinente reflexionar acerca del ámbito la discrecionalidad del Estado en este sector y los límites que ejerce la protección internacional de los derechos humanos en la conformación de los derechos de los inmigrantes y a ello dedica el capítulo III. En la búsqueda de un estatuto internacional de la persona se detiene en la contemplación de los intereses del Estado y en las razones de la asunción por éstos de un contenido mínimo de trato antes de señalar los resultados de la protección operada con alcance regional en los distintos Continentes. No obstante el objeto central de su preocupación descansa, como es lógico, en las relaciones entre Constitución estatal y trato a los extranjeros en lo que concierne al ámbito del principio de igualdad entre el nacional y el extranjero, la concreción de los derechos fundamentales y su proyección a los inmigrantes con una especial atención a una de las cuestiones que en la actualidad presenta mayor relevancia: la reunificación familiar y su tratamiento en el ordenamiento español. Y a estos límites a la discrecionalidad del Estado deben añadirse los establecidos por los tratados internacionales de carácter bilateral, regional o multilateral. Este es el marco esencial de la reflexión habida cuenta del carácter hoy por hoy limitado de la regulación universal de las migraciones internacionales y de su proyección en los derechos de los inmigrantes debido a la carencia de un espíritu de solidaridad global como demuestra el escaso éxito de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y de la reducida actuación del denominado Foro Mundial sobre la Migración y el Desarrollo.

4. En la ordenación de la extranjería, la adecuación de una Ley a la Constitución es algo más que un problema jurídico, pues de lo que se trata es de saber si la ley respeta los postulados de justicia que la Constitución instituye para regir la vida de una determinada sociedad lo cual es antes de nada una cuestión política sobre la que es no sólo necesario, sino sumamente conveniente, un debate permanente. En el libro se pone de relieve que la “juridificación” de la Constitución posee muchas virtudes, entre otras conferir un contenido preciso que asegure su respeto por las demás normas so pena de su anulación por la instancia suprema jurisdiccional y la garantía de que en su interpretación no se imputará la idea que de la Constitución pudiera tener la fuerza dominante, plasmándola en las leyes que hiciera aprobar. Vinculado a la coordinación entre políticas la autora considera imprescindible lograr una coherencia entre las distintas dependencias gubernamentales que se ocupan de este sector y que ejercen funciones de impulso en atención a las consecuencias sociales de la realidad migratoria. Una coordinación de las actuaciones que se proyecten, por ejemplo, en los ámbitos sanitario, social, cultural, educativo y en cualquier otro ámbito de intervención sobre dicha realidad migratoria. Si se quiere, una planificación de la actuación de la Administración al respecto y la evaluación permanente de los resultados obtenidos. Si bien la conexión entre las distintas actividades de la Administración es un aspecto sobresaliente, tal cuestión es particularmente relevante en lo que respecta a la consideración de los movimientos migratorios. No en vano, la inmigración está supeditada a las actuaciones en los ámbitos económico, social, laboral, comercial, de salud, ambiental, de seguridad y de desarrollo, entre otros. Es necesario, pues, una coordinación

estrecha entre la política migratoria y otras políticas para prevenir que las acciones en este marco lesionen inesperadamente las operaciones en otros ámbitos.

Deteniéndose en el caso español, el libro apunta que aunque la competencia en materia de inmigración y extranjería es estatal no puede ignorarse que existen distintos aspectos que configuran el proceso de integración social y que corresponden a materias cuya competencia tienen atribuida o han sido asumidas por las Administraciones territoriales y, por ello, es necesario un sistema perfectamente coordinado con la propia evolución del Estado de las Autonomías. En particular, la asunción progresiva de competencias que afectan directa o indirectamente a la inmigración por parte de las CC AA y de las Administraciones Locales, aconsejan a una cierta consideración acerca del papel de estas últimas en esta materia, sobre todo con respecto a las competencias y facultades que les han sido atribuidas.

Concluye la autora aseverando que el control de la inmigración ha cedido el paso en favor de la idea de su gestión; descartando por ello la política represiva, meramente policial cuya legitimidad no resulta de recibo desde una perspectiva del Estado social y democrático de Derecho. Un colofón atinado a una obra profundamente trabajada y con contenidos teóricos esenciales para el estudio del sector de extranjería en nuestro país.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS *

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Inflexiones en la competencia exclusiva del Estado en materia migratoria y de extranjería”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 609–643.

Vid. resumen, supra, p. 609.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: Acciones en materia de integración de los inmigrantes en la Unión Europea”, *La Ley: Unión Europea*, nº 3, abril 2013, pp. 5–19.

La UE acoge a más de veinte millones de inmigrantes de terceros países, que representan cerca del 4% de la población, de ahí la importancia de las acciones de la UE en materia de integración que han ido desplegando gradualmente dentro de la política de gestión de los flujos migratorios. Es cierto que las políticas de integración son competencia de los Estados miembros, pero la UE puede prestar apoyo e incentivos a través de la financiación, la coordinación de políticas y el intercambio de mejores prácticas. La integración de los inmigrantes en la UE ha recaído sobre una serie de principios básicos como un proceso dinámico de recíproca acomodación entre todos los inmigrantes y los residentes de los Estados miembros de la UE. En este marco la integración debe implicar el respeto de los valores de la UE, implementando medidas para la integración a través del empleo como aspecto clave. Para una mejor integración es necesario que los inmigrantes puedan acceder a las instituciones y a los servicios públicos de acuerdo con un principio de igualdad de trato respecto de los ciudadanos europeos. La integración representa la inserción de nuevas poblaciones en estructuras sociales existentes y el modo en que la inmigración se introduce en el sistema pero, al mismo tiempo, debe permitir la diversidad cultural en el seno de del país de acogida, la posibilidad de aportar otros referentes culturales y el compromiso del inmigrante en asumir su nueva cultura, junto al derecho de conservar la suya. La dimensión estructural de la integración nos conduce a variables estructurales que son necesarias en el proceso integrador, al referirse al empleo, a la educación y a otros servicios públicos. Por último, cabe hacer hincapié en la importancia de la participación política de los inmigrantes que permitiría llegar a la máxima integración. No en vano, el capítulo del reconocimiento de derechos políticos es el que ha adquirido más pujanza dentro del seno de la UE en materia de integración de los inmigrantes.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Estado del bienestar y contradicciones en la ordenación de los flujos migratorios”, *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al*

* Profesora titular de DIPr. Universidad Complutense de Madrid.

profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, Madrid, Iprolex, 2013, ISBN: 978-84-941055-0-02013, pp. 791-823.

GÓMEZ CAMPELO, E.: "Extranjeros compradores de vivienda en España. El precio de la autorización de la residencia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2013, nº 2, pp. 273-304.

RUBIO DE MEDINA, M^D.: *Residencia temporal y permisos de trabajo de las personas extranjeras*, Barcelona, Bosch, 2013, 96 pp. ISBN: 978-84-9790-729-3.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A.: "Inmigración y Derecho humanos en la UE. Análisis de la directiva 2008/115/CE", *Persona y Derecho*, nº 68, 2013, pp. 159-179.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Las políticas de inmigración: La construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 34, 2013, pp. 11-68.

SELMA PENALVA, A.: "La expulsión de los extranjeros no europeos: reflexiones críticas acerca de la indeterminación del art.57.2º de la LO 4/2000 de extranjería", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 34, 2013, pp. 69-114.

FAMILIA

AÑOVEROS TERRADAS, B.: "La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia", en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 119-133.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "El Derecho de familia de inspiración islámica a la luz del Derecho español", *Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, nº 61, 2013, pp. 59-76.

VELASCO RETAMOSA, J.M.: "Unificación y armonización del Derecho de familia en Europa", *Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, nº 61, 2013, pp. 77-88.

FILIACIÓN

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución", en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 77-90.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Filiación natural y filiación adoptiva: aspectos internacionales", *Tratado de derecho de la persona física*, (M.C. Carmen Gete-Alonso y Calera y J. Solé Resina, coords.), vol. 1, 2013, ISBN 97884470429379, pp. 413-467.

AÑOVEROS TERRADAS, B.: "La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia", en J.J. Forner Delaygua, C.

González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 119–133.

BONILLO GARRIDO, L.: “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución”, *Diario La Ley*, n° 8070, 2013.

HEREDIA CERVANTES, I.: “La DGRN ante la gestación por sustitución”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, n° 2, 2013, pp. 687–715.

GARANTÍAS

BOUZA i VIDAL, N.: “La armonización de la publicidad registral de las garantías mobiliarias: una alternativa a la *lex rex sitae*”, en J.J. Forner Delagüa, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 255–266.

GONZÁLEZ PILA, D.: “Ley aplicable a la prenda de los derechos de crédito: desarrollo del Derecho español a la espera de una solución comunitaria”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 112, n° 3, 2013, pp. 659–681.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE EJECUCIÓN

BONET i PÉREZ, J.: “La inmunidad de jurisdicción del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la relación laboral al servicio de oficinas diplomáticas”, en J.J. Forner Delagüa, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 225–240.

IGLESIAS VELASCO, A.J.: “Las barreras a la aplicación del Derecho internacional por las jurisdicciones estatales”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 28, 2013, pp. 107–131.

Cuando los tribunales domésticos se encuentran ante la cuestión de aplicar el Derecho internacional se pueden encontrar con diversos obstáculos al ejercicio de su jurisdicción. Este artículo se dedica a analizar los mismos, en concreto, la regla de la inmunidad del Estado extranjero y las doctrinas del Acto de Estado y de la Cuestión Política. Estas barreras tienen distinto, origen, contenido y alcance, aunque todas ellas han sido extensamente tratadas por la jurisprudencia y la doctrina. Así que se han tomado las jurisdicciones estadounidense y alemana como ejemplos paradigmáticos de Derecho comparado, para pasar luego a estudiar la respuesta judicial española, aunque no se olvida hacer las referencias necesarias a otras jurisprudencias nacionales, como la británica.

INSOLVENCIA

BALLESTEROS BARROS, A.M.: “La futura revisión del Reglamento (CE) n° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia: breves reflexiones sobre el centro de intereses principales del deudor”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN 13:9788490335215, pp. 759 ss.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Armas legales contra la crisis económica. Algunas respuestas del Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 1, 2013, pp. 38–102.

FURNISH, D.B.: “La insolvencia internacional: coordinación de competencia y jurisdicción (el Reglamento europeo en la luz de los Principios Globales del III/ALI, Los principios del TLCAN/ALI, la Ley Modelo de la Uncitral, y el concordato de la Barra internacional)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 563–585.

Vid. resumen, *supra*, p. 563.

NISI, N.: “La refundición del Reglamento de insolvencia europeo y los grupos de empresas de terceros Estados”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 245–277.

Vid. resumen, *supra*, p. 245.

REQUEJO ISIDRO, M.: “La cooperación judicial en materia de insolvencia transfronteriza en la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 217–244.

Vid. resumen, *supra*, p. 217.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Cesión de la acción revocatoria en el concurso con elemento internacional (Sentencia C–213/10 F–TEX)”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 28, 2013, pp. 375–391.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, S., “El ámbito de aplicación temporal del reglamento europeo de procedimientos de insolvencia (STJUE 5 julio 2012)”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 28, 2013, pp. 427–441.

TORRALBA MENDIOLA, E.C.: “La determinación de la situación de los bienes del concursado: las acciones de sociedades anónimas”, en J.J. Forner Delagüa, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 833–844.

VALLAR, G.: “Los grupos de empresas insolventes en la propuesta que modifica del Reglamento (CE) nº 1346/2000”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 545–562.

Vid. resumen, *supra*, p. 545.

INTERNET Y COMERCIO ELECTRÓNICO

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Sociedad de la información y mercado global: retos para el Derecho internacional privado”, *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, nº 21, 2013, pp. 75–134.

MATRIMONIO

MATEO Y VILLA, I., “De los matrimonios simulados y sus efectos administrativos. Legislación europea”, *Revista de Derecho de familia*, n° 58, 2013-1, pp. 45-82.

QUINZÁ REDONDO, P. y GRAY, J.: “La (des) coordinación entre la propuesta de reglamento de régimen económico matrimonial y los reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 513-542.

Vid. resumen, *supra*, p. 513.

SOTO MOYA, M.: “La aplicación de los Reglamentos 2201/2003 (Bruselas II bis) y 1259/2010 (Roma III) a los matrimonios del mismo sexo”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20-22 octubre 2011, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN 13:9788490335215, pp. 595 ss.*

SOTO MOYA, M.: *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 216 pp. ISBN: 978-84-9033-050-0.*

1. La claridad debería ser siempre el primer objetivo de las obras dedicadas a problemas de DIPr. La regulación de las situaciones privadas internacionales presenta las suficientes complicaciones como para que los trabajos dedicados a esta rama del Derecho se orienten fundamentalmente a facilitar a los operadores jurídicos la gestión de las dificultades que se derivan de la existencia de relaciones conectadas con más de un ordenamiento.

El origen de esta complejidad es conocido por todos: el DIPr pone en contacto ordenamientos diferentes que han de ser aplicados de forma cumulativa en relación a un único supuesto. La naturaleza internacional del caso es, además, en la mayoría de los supuestos obviada por la regulación que ha de ser aplicada, pues ésta se encuentra orientada a la regulación de los supuestos internos, no de los internacionales. De esta forma el supuesto ha de ser regulado por normas que no están previstas para regir los supuestos internacionales y que, además, proceden de ordenamientos diferentes, lo que exige una articulación que ha de ser obra fundamentalmente de la doctrina y de la jurisprudencia. Se entiende que en estas circunstancias la claridad haya de ser un objetivo irrenunciable.

Los problemas anteriores se manifiestan todavía con más crudeza en aquellos casos en los que las diferencias entre los sistemas jurídicos que conecta la situación privada internacional son profundas y afectan a valores esenciales de cada uno de ellos. En el pasado, en la época en la que el DIPr se reservaba para articular las relaciones entre los ordenamientos europeos que compartían principios, valores y, con frecuencia, la esencia de la regulación las diferencias que pudieran identificarse (si la prescripción debía ser considerada como cuestión sustantiva o procesal, si la autorización paterna para contraer matrimonio era una cuestión de capacidad o de forma, etc.) podían ser adecuadamente gestionadas por nuestra disciplina, conduciendo a los sofisticados desarrollos doctrinales de los siglos XIX y XX que todos conocemos (los diferentes acercamientos la reenvío, a la cuestión previa o la resolución de los problemas de calificación).

En las últimas décadas, sin embargo, el panorama ha cambiado. Por causas en las que no es preciso profundizar aquí, el DIPr ha pasado a gestionar diferencias profundas y esenciales entre ordenamientos, en ocasiones alejados en el espacio y en otras muy cercanas. La monografía de Mercedes Soto Moya trata una de estas materias que han sido profundamente alteradas en los últimos años: las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo.

2. Las relaciones entre personas del mismo sexo de características equivalentes a las que mantienen los cónyuges han supuesto un desafío significativo para el DIPr desde dos perspectivas: por una parte incide en una figura que no había recibido un especial tratamiento ni en el Derecho civil ni en el DIPr,

las relaciones de pareja que no se formalizaban mediante el matrimonio. Es sabido que estas relaciones habían sido olvidadas por el Derecho durante siglos y no es hasta las últimas décadas del siglo XX cuando se plantea la necesidad de que lo jurídico penetre en el mundo “de los concubinos”, admitiéndose que también aquellas personas que optan por mantener una relación sentimental al margen del matrimonio pueden ser titulares de derechos y obligaciones en relación a dicha relación. Esta regulación acabó siendo útil tanto para las parejas heterosexuales como para las homosexuales, en el marco de un reconocimiento cada vez mayor de la igualdad entre todas las opciones sexuales y también de las diferentes opciones de configuración de la familia.

Las uniones entre parejas del mismo sexo encontraron, por tanto, un primer acomodo en el marco de la regulación de las parejas de hecho, uniones equivalentes a la matrimonial o términos equivalentes; ahora bien, esta regulación no quedó circunscrita a este ámbito, pues con el cambio del siglo y los primeros años del XXI se extendió la posibilidad de que las parejas del mismo sexo pudieran acceder también al matrimonio. Esto, a su vez, implicó una transformación profunda de las características tradicionales de la institución, lo que, unido a otros fenómenos –matrimonio poligámico, por ejemplo–, condujo a la destrucción del pretendido carácter universal de la institución matrimonial. Sin embargo, el cambio de la institución matrimonial todavía no ha concluido, de tal manera que mientras en unos países se admite de forma natural la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en otros tal figura no solamente no está permitida, sino que, además, se considera contraria a valores esenciales de su propio ordenamiento.

De lo que hemos visto se deriva que el estudio desde la perspectiva del DIPr de las uniones entre personas del mismo sexo nos enfrenta a las dificultades combinadas del tratamiento de las formas de unión diferentes del matrimonio y de las modificaciones en la institución matrimonial que se han experimentado en los últimos lustros; todo ello en el marco de regulaciones no solamente nacionales, sino también de carácter internacional (los reglamentos de la UE, por ejemplo) que vinculan a países que mantienen posiciones radicalmente contrapuestas en esta materia. Una tarea apasionante, por tanto.

3. Esta es la materia que aborda la monografía de la profesora Mercedes Soto que aquí se comenta, las uniones entre personas del mismo sexo tanto si adoptan la forma de matrimonio como cualquier otra. Se trata de un tema que, como hemos visto, es de difícil aprehensión y presentación por lo que ha de ser valorada muy positivamente una obra que, como es ésta, ofrece una perspectiva completa, sencilla y ordenada de este fenómeno.

El principal mérito de la obra es que consigue en menos de doscientas páginas presentar un panorama muy completo del fenómeno con una estructura diáfana y un tratamiento directo de los problemas que se plantean. Tras la introducción se abordan en tres epígrafes diferenciados el acceso al Registro Civil español de estas figuras, la disolución del matrimonio y de la unión y la eficacia internacional de estas instituciones. El esquema responde así a la problemática tratada desde una perspectiva práctica. En primer lugar se examina la constitución de la unión o matrimonio, en segundo término su disolución y en tercer término su circulación. Ha de ser alabado que de una forma engañosamente sencilla se consigan eludir algunas de las dificultades que plantea la materia objeto de estudio. En concreto, el sustituir un estudio directo de la constitución del matrimonio o de la unión por el de su acceso al Registro Civil permite centrar el tema en los aspectos prácticos más relevantes, eludiendo la enojosa cuestión dogmática de la determinación del ordenamiento que ha de considerarse para determinar el nacimiento de la unión o del matrimonio. Esta cuestión puede ser abordada de una forma mucho más sencilla si se considera al hilo de la inscripción que si se trata de manera directa, tal como muestra esta monografía.

En lo que se refiere a la disolución del vínculo, el tratamiento de la normativa europea es obligado. La autora así lo hace sin eludir la espinosa cuestión de la delimitación del concepto matrimonio a los efectos de la aplicación de la normativa producida por la UE en materia de competencia judicial, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones. El tratamiento de esta cuestión es también claro y directo, exponiendo el estado de la situación, que no es otro que el de que en cada Estado se interpretará de forma diferente qué ha de entenderse por matrimonio. Evidentemente este es un resultado inadecuado y poco compatible con los principios estructurales del DIPr europeo, lo que exigirá una

crítica profunda. Esta crítica hubiera descompensado, sin embargo, el planteamiento de la monografía, por lo que es de alabar que se opte por presentar el estado de la situación de forma que el operador jurídico no pierda el hilo central de la exposición.

No deja de abordarse también aquí la cuestión de la posibilidad de extender la aplicación del Reglamento 2201/2003 a las uniones registradas (p. 91), opción a la que se adscribe la autora. Ha de ser valorada la valentía del planteamiento, que permitiría dar solución a problemas prácticos que actualmente se presentan, aunque resulta dudoso que esta interpretación extensiva sea posible. La diferencia clara entre las categorías matrimonio y unión registrada impediría una interpretación del Reglamento que llevara a su aplicación también a las parejas, debiendo contentarnos con poner de relieve la necesidad de que esta cuestión también sea abordada por el legislador europeo.

El tratamiento del Derecho aplicable a la disolución del matrimonio y de la unión es aún más difícil que el de la competencia de autoridades, especialmente en lo que se refiere a la disolución de la unión. En las páginas que se dedican a esta cuestión en la monografía el lector encontrará el enunciado de los principales problemas que plantea esta cuestión, aunque, evidentemente, por razones de espacio no parece posible que en ellas se resuelva de manera definitiva cuestiones tales como la determinación del Derecho rector a la disolución de la unión en los supuestos en los que se hace preciso determinar qué Derecho español resulta aplicable (teniendo en cuenta que existe regulación autonómica sobre esta materia). Basta sin embargo la monografía para introducir de una manera más que suficiente este tema.

Finalmente, en el último epígrafe del libro se aborda la eficacia internacional de las uniones y matrimonios entre personas del mismo sexo, sin eludir las diferentes perspectivas de esta eficacia extraterritorial, incluida la que vincula esta cuestión con la normativa en materia de extranjería y libre circulación de personas. En esta parte se dedica una atención especial a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con lo que el lector interesado hallará una valiosa información sobre el estado de la cuestión en la materia. Además, se ofrecen diferentes mecanismos que la autora propone para paliar las dificultades que plantea la circulación de estas instituciones. Probablemente es en estas páginas finales de la obra (172–192) donde la autora realiza planteamientos más personales y arriesgados en un intento de aportar soluciones a los problemas reales y diarios que plantea la eficacia internacional de las uniones entre personas del mismo sexo.

4. En definitiva, nos encontramos ante una obra que deberá ser considerada por quienes se encuentran interesados por los temas de Derecho de familia desde la perspectiva del DIPr. La obra está bien documentada, cuenta con un importante apoyo jurisprudencial y bibliográfico y ofrece una presentación sencilla de un tema extraordinariamente complejo, lo que es todo menos sencillo, precisamente.

Rafael ARENAS GARCÍA

MENORES

BOGDAN, M.: “Some Reflections on the Treatment by the ECHR of the Hague Convention on the Civil Aspect of International Child Abduction”, en J.J. Forner Delagua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 213–225.

GONZÁLEZ MARTÍN, N.: “Sexta reunión de la Comisión Especial para la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980 en materia de sustracción internacional de menores: especial referencia a la guía de buenas prácticas sobre mediación”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN 13:9788490335215, pp. 707 ss.

LÓPEZ ULLA, J.M.: “La necesidad de un protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 46, 2013, pp. 1061–1090.

El Consejo de Europa y la Unión Europea, en varios documentos aprobados entre 2010 y 2013, reconocen abiertamente que en Europa no se han adoptado las medidas suficientes para garantizar de manera efectiva los derechos reconocidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) en relación con los menores extranjeros no acompañados. Por lo que se refiere a las condiciones en las que pueden ser detenidos, urge implementar un procedimiento común capaz de salvaguardar la tutela administrativa y jurisdiccional de estos menores. Aunque generalmente se admite que los niños han de ser tratados como niños, a menudo son tratados como migrantes. Que así se haya reconocido desde Europa, marca, a nuestro juicio, un punto de inflexión en esta batalla por la conquista de los derechos. La Sentencia dictada por el TEDH en el caso *Rahimi c. Grecia* (2011) que por vez primera califica como trato inhumano o degradante el hecho de dejar sin asistencia a un menor cuando, dictada la orden de expulsión, éste abandona el centro de internamiento pudiera ser reflejo del cambio de enfoque que este fenómeno exige a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

MARCHAL ESCALONA, N.: “Supresión del exequátur en las resoluciones de restitución de menores vs. derechos de defensa: ¿crónica de una muerte anunciada?”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN 13:9788490335215, pp. 631 ss.

MOYA ESCUDERO, M.: “Integración del Convenio de la Haya de 19 octubre 1996 en el Reglamento Bruselas II bis”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN 13:9788490335215, pp. 569 ss.

RODRÍGUEZ MATEOS, P.: “La diversidad normativa en la protección internacional del menor”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 785–798

SUSIN CARRASCO, E.: “La relación entre el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento del Consejo (CE) 2201/2003 en casos de sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 60, 2013, pp. 45–67.

NACIONALIDAD

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y REQUEIXO SOUTO, X.M.: “Domicilio, vecindad civil y nacionalidad”, *Tratado de derecho de la persona física* M.C. Gete-Alonso y Calera y J. Solé Resina (coords.), vol. 2, 2013, ISBN 97884470429379, pp. 321–392.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “Españoles por carta de naturaleza: del privilegio a la reparación de los perjuicios causados”, *La Notaria*, 2012, nº 3, pp. 38–59.

COBAS COBIELLA, M.E.: “Nacionalidad y Registradores de la Propiedad una curiosa combinación”, *Diario La Ley*, nº 8050, 2013.

El presente trabajo retoma un tema, que parecía sumido en el olvido, la nacionalidad, y en especial la nacionalidad derivativa por residencia, que vuelve a ser una cuestión de actualidad por la reciente apro-

bación de la Instrucción DGRN de 2 octubre 2012, sobre determinados aspectos del plan intensivo de tramitación de los expedientes de adquisición de la nacionalidad española por residencia, que le ofrece un vuelco a la materia y brinda esperanzas a las tantas personas que esperan por obtener su nacionalidad. El objetivo de este trabajo entre otros, es el de ofrecer algunas consideraciones de interés en sede de nacionalidad, su presente y sobre todo su futuro, haciendo hincapié en los requisitos para la obtención de la nacionalidad por residencia, por tratarse de una de las temáticas menos tratadas en sede de nacionalidad a pesar de su ingente importancia práctica.

DA CUNHA, A. P., y BANDEIRA GALINDO, G. R.: “La nacionalidad y la ciudadanía: ¿dos gemelos siameses?”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 63, 2013, pp. 9–22

NAVARRO GÓMEZ-FERRER, S. LLOPIS RAUSA, F., ORTEGA GIMÉNEZ, A. y COBAS COBIELLA, M.E.: “Adquisición de la nacionalidad española por residencia la encomienda de nacionalidad a los Registradores de la Propiedad”, *Diario La Ley*, nº 8206, 2013.

A principios del año 2012 el número de expedientes en los que se solicitaba la adquisición de la nacionalidad española por residencia alcanzaba un número superior a los 400.000 sin olvidar que cada mes esa cifra se incrementaba en 10.000 nuevos expedientes. Eran más de 400.000 personas las que no habían recibido una respuesta adecuada por parte del Ministerio de Justicia debido al retraso de varios años que se habían acumulado.

GALLEGO MIRÓ, J.J.: *Modelos de actas de adquisición de la nacionalidad española por residencia y por opción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 1120 pp. ISBN:13:9788490334218.

ORTEGA GIMÉNEZ, A. y HERRERO BOTELLA, J.M.: “Valoración de la integración del extranjero en la sociedad española, cuando solicita la nacionalidad española por residencia. Visión actual y futura en España y en parte del extranjero”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8, 2013, pp. 211–222.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Identidad y nacionalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 17, 2013, pp. 207–236.

Tradicionalmente la nacionalidad ha sido un elemento esencial en la configuración de la identidad de las personas. Ahora bien, la evolución en la comprensión de la relación Estado-ciudadano, la creciente internacionalización de las relaciones humanas y el incremento de las situaciones de plurinacionalidad han supuesto una revisión de este vínculo de la nacionalidad. Un enfoque más basado en el disfrute de derechos y la autonomía del individuo a la hora de configurar su propia identidad han debilitado el papel de la nacionalidad. A pesar de ello, la nacionalidad no ha desaparecido como elemento de identidad. En la esfera de la UE toma reforzada pues el disfrute de derechos de ciudadanía de la Unión se vincula a la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro. Ello supone una cierta incidencia del Derecho de la Unión sobre las reglas de nacionalidad, sin que, por el contrario, la ciudadanía haya aportado elementos de identidad europea a los nacionales.

SAGARRA i TRIAS, E.: “Nacionalitat catalana, nacionalitat espanyola i ciutadania de la Unió. Serien compatibles?” *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 112, nº 2, pp. 297–324.

OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES

MASEDA RODRÍGUEZ, J.: “El juego de las normas imperativas en el Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales. Límites a la aplicación de la *lex causae*”,

Revista Electrónica de Estudios Internacionales, nº 25, 2013. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 26, 2013.

Este trabajo tiene por objeto el análisis de las normas imperativas en el marco de la ley aplicable a las obligaciones no contractuales del Reglamento Roma II. Por una parte, el juego de las leyes de policía o normas materiales imperativas del foro, de terceros Estados y de la propia *lex causae*, una vez seleccionada la ley aplicable al fondo a partir de las reglas contenidas en el RR II, ya en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya en defecto de pacto. Y, por otra, el juego de las normas imperativas en el ámbito concreto de la *lex causae* elegida por responsable del daño y víctima, tanto las normas imperativas internas como las normas imperativas comunitarias.

PIMENTEL PARDO, J.M.: “Reglamento ‘Roma II’ y acciones en el extranjero unificando criterios”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, nº 1, 2013, pp. 30–40.

PERSONA Y ESTADO CIVIL

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y GARCÍA RUBIO, M.P.: “El nombre de las personas físicas”, *Tratado de derecho de la persona física* (M.C. Gete-Alonso y Calera y J. Solé Resina, coords.), vol. 1, 2013, ISBN 97884470429379, pp. 469–521.

CORDERO ÁLVAREZ, C.I.: “Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de derechos de la personalidad”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI, nº 1, 2013, pp. 71–110.

El recurso a los mecanismos alternativos de solución de controversias (ADR) –en particular al arbitraje internacional– para la resolución de litigios en los que están implicados derechos de la personalidad, en la actualidad tiene creciente importancia y plantea cuestiones que deben ser analizadas. En el presente trabajo se analiza principalmente la posibilidad de recurrir al arbitraje en este tipo de litigios, su viabilidad en el contexto actual, sus implicaciones y las cuestiones fundamentales que su utilización podría plantear en este particular sector material. De entre todas las cuestiones cabe destacar principalmente una: la arbitrabilidad, que necesariamente ha de relacionarse con el recurso al orden público. La relevancia de esta cuestión se deriva directamente de lo sensible y especial que esta materia resulta en la generalidad de sistemas nacionales y que se traduce en potenciales problemas de arbitrabilidad y orden público, principalmente por el carácter fundamental de los derechos implicados en estos litigios. El carácter fundamental de estos derechos no impide que puedan celebrarse negocios jurídicos a través de los cuales el titular disponga de ciertas facetas de su derecho. El arbitraje como medio alternativo de solución en este tipo de disputas presenta significativas ventajas frente a la jurisdicción, tanto cuando entre las partes medie un contrato de disposición como cuando lo que se exige es responsabilidad extracontractual derivada de la lesión de estos derechos.

ESPINAR VICENTE, J.M. y PAREDES PÉREZ, I.: “Nota crítica a la ley 20/2011 del Registro civil desde la perspectiva internacional privatista”, *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 7, 2013, pp. 249–255.

ESPINAR VICENTE, J.M.: “De la función consular en materia de Derecho privado y de la formación de los cónsules”, *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, ISBN: 978-84-941055-0-0/2013, pp. 349–370.

GARCÍA GUTIÉRREZ, L.: “La vulneración de los derechos de la personalidad y la reforma del Reglamento Bruselas I: ¿un foro especial por razón de la materia sin cambios para este tipo de

daños?”, *El arrealo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN 13:9788490335215, pp. 513 ss.

THIEDE, Th.: “Obituario al *libel tuorism*”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 487–512.

Vid. resumen, *supra*, p. 487.

PROCESO CIVIL Y ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

DIAGO DIAGO, M.P.: “Reglamento 1206/2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil. Estudio sobre su obligatoriedad, imperatividad y exclusividad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 25, 2013.

El presente estudio tiene como objetivo principal determinar si el Reglamento 1206/2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil es imperativo, obligatorio o no y/o exclusivo. La clarificación del carácter del Reglamento resulta esencial para una aplicación uniforme de ésta normativa de DIPr de la UE, por parte de todos los Estados miembros. El planteamiento reciente de dos asuntos sobre éste tema ante el TJUE pone de relieve la importancia y actualidad de esta compleja cuestión

ELVIRA BENAYAS, M.J.: “Ejecución directa de la diligencia de prueba. Designación de un perito. Actividad pericial desarrollada en parte en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional remitente y en parte en el territorio de otro estado miembro”, *La Ley: Unión Europea*, n° 2, marzo 2013, pp. 16–19.

HEREDIA CERVANTES, I. y RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Algunas propuestas para una futura ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 28, 2013, pp. 91–106.

Los particulares también pueden invocar el derecho a la tutela judicial efectiva cuando sus relaciones jurídico privadas presentan algún elemento internacional. En estos supuestos, tan importante es poder acudir a los tribunales españoles como confiar en que éstos podrán reconocer las sentencias dictadas en el extranjero o saber que las autoridades españolas colaborarían con las autoridades judiciales extranjeras cuando el proceso se desarrolle en otro país. Ciertamente la intensidad en la colaboración entre autoridades depende del grado de confianza existente entre los Estados. Así, en espacios integrados, la cooperación es máxima. Pero incluso cuando dicha integración no existe, el art. 24 CE obliga al legislador a procurar esa cooperación jurídica internacional, aunque con ciertos límites constitucionales. Con estas premisas se proponen algunas pautas para una futura ley de cooperación que tenga en cuenta el entramado existente de normas y cubra las actuales lagunas del sistema.

VIEIRA MORANTE, F.J.: “La interpretación y traducción de lenguas en los procedimientos judiciales. Directiva 2010/64/UE”, *Diario La Ley*, n° 82016, 2013.

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “La Propuesta de modificación del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) para su adaptación al Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes”, *La Ley: Unión Europea*, n° 7, septiembre 2013, pp. 3–8.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Tribunal Unificado de Patentes: competencia judicial y reconocimiento de resoluciones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 73–99.

Vid. resumen, *supra*, p. 73.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Derechos fundamentales y observancia de los derechos de autor en la Unión Europea”, *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, ISBN: 978–84–941055–0–02013, pp. 713–738.

La evolución de las medidas de tutela de la propiedad intelectual en el entorno digital va unida a la particular relevancia de la interacción entre dicha tutela y ciertos derechos fundamentales de los usuarios de Internet y de los prestadores de servicios de intermediación. A los efectos de valorar los posibles límites de tales medidas en el actual marco jurídico europeo, resulta de gran importancia la ponderación entre la protección de la propiedad intelectual y los otros derechos fundamentales que pueden verse implicados, en particular el derecho a la protección de datos personales, el derecho a la información y a la libertad de empresa.

DESANTES REAL, M.: “Hacia un tribunal unificado y un efecto unitario para las patentes europeas en casi todos los Estados miembros de la Unión Europea. Consecuencias de la autoexclusión de España”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, nº 2, 2013, pp. 51–70.

DESANTES, M.: “El Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes de 19 febrero 2013, una novedosa y controvertida arquitectura en la construcción europea”, *La Ley: Unión Europea*, nº 2, marzo 2013, pp. 3–10.

El Acuerdo TUP constituye sin duda una novedosa y controvertida arquitectura en la construcción europea. El denominado “paquete europeo de patentes” implica dos objetivos bien diferentes: por una parte, el establecimiento de una nueva categoría de patentes, las “patentes europeas con efecto unitario”, que se añaden a las “patentes nacionales” y a las “patentes europeas sin efecto unitario”. La creación del Tribunal Unificado de Patentes aplicable a todas las patentes europeas, con y sin efecto unitario, tiene vocación de sustituir completamente a los centenarios tribunales ordinarios de los Estados contratantes. Supuestamente, la nueva patente será más barata y más eficaz que los actuales sistemas de protección de las invenciones de los individuos y las empresas.

ERAUW, J.: “Relación entre el acuerdo sobre el Tribunal de la Patente Unificada Europea y el nuevo Reglamento de Bruselas I sobre competencia y reconocimiento”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 101–125.

Vid. resumen, *supra*, p. 101.

GANDÍA SELLENS, M.A.: “Cuestiones prácticas en torno al nuevo Tribunal Unificado de Patentes: ¿progreso o retroceso?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 873–897.

Vid. resumen, *supra*, p. 873.

GÓMEZ ASENSIO, C.: “Marcas comunitarias y denominaciones geográficas nacionales (estudio sobre las condiciones sustantivas de protección de una denominación de origen registrada frente a una solicitud de marca posterior)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 289, 2013, pp. 309–336

KUNDA, I.: “Competencia judicial internacional sobre violaciones de derechos de autor y derechos conexos en Internet”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 457–485.

Vid. resumen, supra, p. 457.

MONTESINOS GARCÍA, A.: “Últimas tendencias en la resolución alternativa de conflictos relativos a la propiedad intelectual. El centro de arbitraje y mediación de la OMPI”, *Revista General de Derecho Procesal*, n° 30, 2013.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *La Ley: Unión Europea*, n° 4, mayo 2013, pp. 18–27.

PARADELA AREÁN, P.: *La aplicación del Derecho Antitrust de la Unión Europea a la gestión colectiva de los derechos de autor*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum. Estudios de Derecho Internacional Privado, n° 14, 2013, ISBN: 978–84–15876–74–8.

La obra analiza la compatibilidad de las actividades llevadas a cabo en el marco de la gestión colectiva de los derechos de autor con la normativa antitrust de la Unión Europea. A través de sus cuatro capítulos la autora realiza un examen crítico de las actividades que desarrollan las entidades de gestión colectiva de derechos de autor y su adecuación o inadecuación de conformidad con los parámetros legales en el Derecho de la competencia. En el primer capítulo, se realiza una breve pero concisa muestra del sistema de gestión colectiva en la UE. Se presentan las relaciones que conforman ese sistema de gestión y que tienen como denominador común a las entidades de gestión colectiva: la relación entre autores y entidades, la relación entre entidades y usuarios y la relación recíproca entre entidades. Esta primera aproximación resulta indispensable para comprender la mecánica del sistema y el estudio que, con mayor profundidad, se realiza en los capítulos siguientes. El capítulo II, titulado la aplicación de la normativa antitrust a las entidades de gestión colectiva de derechos de autor de la Unión Europea, se centra en la aplicación concreta de los arts. 101 y 102 TFUE, la denominada normativa antitrust, a las entidades de gestión colectiva. De forma analítica se examinan los requisitos que los dos preceptos establecen para su aplicación y se determina si las entidades caen en su ámbito de aplicación a través de un detallado examen. Los capítulos III y IV se dedican al estudio particular de las actividades de gestión colectiva. El capítulo III se refiere a la gestión frente a los titulares y, en particular, examina la compatibilidad de las actividades de cesión de derechos y la afiliación de miembros con la normativa antitrust. El capítulo IV, por su parte, se centra en la gestión colectiva frente a entidades y frente a usuarios. En él se estudia la exclusividad territorial, actividad que repercute tanto en la relación entre entidades y usuarios como en la relación recíproca entre entidades, y las condiciones de concesión de licencias a los usuarios de las obras protegidas. La conclusión a la que llega la autora no sorprende: existe una vulneración clara de las normas sobre libre competencia. La certeza llega a través de los datos y del examen que aporta la autora para demostrar que, efectivamente, las entidades de gestión colectiva están lejos de adecuar sus conductas a las exigencias del Derecho de la competencia en la Unión Europea.

RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS

ÁNCIMOS, A.: “Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras según el reglamento Bruselas I en Grecia”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 587–607.

Vid. resumen, supra, p. 587.

CARBALLO PIÑEIRO, L.: “Reconocimiento y ejecución de acciones colectivas indemnizatorias en la Propuesta de Reglamento Bruselas I: qué, por qué y cómo”, *El arreglo pacífico de controversias*.

sias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN 13:9788490335215, pp. 497 ss.

CORDERO ÁLVAREZ, C.I.: “Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras y daños punitivos”, *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, nº 21, 2013, pp. 241–278.

GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J. y. HEREDIA CERNANTES, I.: “Acceso a los Registros españoles de resoluciones judiciales extranjeras en el marco europeo”, *La Ley: Unión Europea*, nº 6, julio 2013, pp. 6–20.

El legislador europeo ha establecido a partir del principio de reconocimiento mutuo un modelo unificado y simplificado de eficacia transfronteriza de las resoluciones judiciales adoptadas por las autoridades de un Estado miembro que se quieran hacer efectivas en otro Estado miembro. Para ello se han ido promulgando en los últimos años diversos textos en los que se lleva hasta sus últimas consecuencias el principio de confianza mutua y se apuesta incluso por la eliminación de la declaración de ejecutividad. Dicha eliminación también ha sido admitida por el nuevo Reglamento 1215/2012 que sustituirá al Reglamento 44/2001 y, que, sin duda alguna, es el instrumento “de segunda generación”, con una mayor relevancia práctica. Una de las consecuencias de mayor entidad de esta normativa se deriva de la apuesta por un modelo de reconocimiento automático y, como consecuencia de ello, la admisibilidad de que se realice un control incidental de una resolución extranjera por parte de la autoridad nacional ante la que dicha resolución se pretenda hacer valer. De ahí que el registrador, a título incidental y como requisito previo al acceso al registro, deberá verificar si la resolución extranjera se encuentra inmersa en alguno de los motivos de denegación del reconocimiento contemplado en el instrumento europeo que resulte aplicable. En el caso del ordenamiento español ello significa que será el propio registrador el que, dentro del proceso calificador del título judicial, y siempre dentro de los límites inherentes al propio procedimiento registral, controle incidentalmente si este puede ser reconocido en España.

JIMÉNEZ BLANCO: M.P.: “¿Vulnera el orden público una resolución judicial no motivada dictada en rebeldía del demandado?”, *La Ley: Unión Europea*, nº 1, febrero 2013, pp. 39–48.

La conclusión más evidente que se deriva de la Sentencia dictada en el asunto *Trade Agency* es que el derecho fundamental a un proceso equitativo no conlleva inexorablemente una resolución judicial motivada. Una sentencia no motivada dictada en rebeldía del demandado vulnera el orden público cuando no haya quedado garantizado el ejercicio efectivo del derecho de contradicción procesal. Ésta es la idea que subyace en la Sentencia, aunque el Tribunal de Justicia no matiza su conclusión en función de las diferentes situaciones en las que puede encontrarse el demandado. En el caso de un proceso contradictorio, con comparecencia del demandado y alegaciones sobre el fondo, la falta de motivación de la decisión judicial limitaría (o anularía) sus posibilidades efectivas de recurso y, por tanto, encajaría dentro del parámetro del orden público del art. 34.1º RB I. Por el contrario, existirían mayores dificultades para encajar la ausencia de motivación de las decisiones judiciales como causa autónoma de denegación del reconocimiento en los supuestos de rebeldía del demandado. En los supuestos de rebeldía voluntaria el demandado, una admisión indiscriminada de la no motivación como causa de rechazo al reconocimiento favorece la estrategia procesal del demandado de no comparecer en el proceso de origen (incluso en aquél al que correctamente emplazado) a sabiendas del carácter claudicante de la decisión judicial que vaya a dictar. Garantizado su emplazamiento al proceso, es el demandado quien asume la carga de comparecer y los riesgos de una decisión condenatoria. Sin embargo, en la situación de rebeldía por indefensión recogida en el art. 34.2º RB I, la no motivación de la sentencia dificulta las posibilidades de subsanación mediante un recurso ante los tribunales del Estado de origen y, por tanto, facilita la aplicación de esta causa de rechazo al reconocimiento.

MARCHAL ESCALONA, N.: “El futuro régimen autónomo de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras con acceso al Registro civil español”, *La Ley: Unión Europea*, n° 4, mayo 2013, pp. 28–43.

El presente estudio analiza el nuevo régimen de reconocimiento de decisiones extranjeras en el ámbito del Registro Civil español aplicable en defecto de normativa institucional y convencional que se encuentra contenido en el art. 96 de la nueva LRC, que entrará en vigor en julio de 2014. El nuevo régimen se ocupa de regular qué decisiones extranjeras tienen acceso al registro español, en qué forma lo hacen (inscripción/anotación), los distintos mecanismos o vías de atribución de eficacia, así como las diferentes condiciones de reconocimiento que deberán superar para poder convertirse en título suficiente para inscribir el hecho o acto que constituyan o declaren en el Registro Civil español. En este contexto, la novedad que ha supuesto la inclusión en la LRC del reconocimiento automático se ve comprometida por ciertas carencias, incoherencias e, incluso, contradicciones. Se trata de una norma cuya formulación está alejada de la especialización que requieren determinados supuestos planteados por nuevas situaciones de gran actualidad como lo es la inscripción en el Registro civil de la filiación surgida de una gestación por subrogación llevada a cabo en el extranjero.

MASEDA RODRÍGUEZ, J., “Motivos de denegación de la ejecución material de una resolución extranjera y motivos de denegación de su ejecutividad: alegación y procedimiento de exequátur”, *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 22, número extra, 2013, pp. 271–306.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La supresión del exequátur en la reforma del Reglamento Bruselas I: valoración de las soluciones propuestas”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN: 13:9788490335215, pp. 549 ss.

VARELA FIGUEROA, R.: “El ámbito de aplicación temporal del Reglamento 44/2001 aplicación en los nuevos Estados miembros de las normas relativas al reconocimiento de sentencias extranjeras”, *Diario La Ley*, n° 8202, 2013.

El Tribunal de Justicia en su sentencia de 21 junio 2012 (as. C–514/10) va demasiado lejos en su interpretación de la relación o vínculo existente entre el proceso de armonización de los criterios de determinación de la competencia judicial internacional y la aplicación de las normas relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Es evidente que su regulación conjunta en el R I responde a motivos más complejos que una mera sistematización de la materia, pero parece exagerado hacer depender la regla del reconocimiento mutuo, presente no sólo en esta norma sino en numerosos ámbitos del ordenamiento europeo, de la verificación de un proceso de desarrollo de normas comunes en materia de competencia judicial internacional.

RESPONSABILIDAD

ÁLVAREZ ARMAS, E.: “La aplicabilidad espacial del Derecho medioambiental europeo, su interacción con la norma de conflicto europea en materia de daños al medio ambiente: apuntes preliminares”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 381–421.

Vid. resumen, supra, p. 381.

CORDERO ÁLVAREZ, C.I.: “Ley aplicable a la difamación y a los atentados a los derechos de la personalidad en Europa: la reforma del Reglamento Roma II”, *La Ley: Unión Europea*, n° 1, febrero 2013, pp. 21–38.

GARRIGA SUAÚ, G.: "La autonomía de la voluntad conflictual y los accidentes de circulación por carretera transfronterizos", en J.J. Forner Delagüa, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 463-474.

IRIARTE ÁNGEL, J.L. y CASADO ABARQUERO, M.: *Accidentes transfronterizos de circulación y acción directa del perjudicado. Soluciones del Derecho europeo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, 156 pp. ISBN 978-84-9014-964-5.

1. La acción directa de la víctima frente a las compañías de seguro es, sin duda, uno de los instrumentos fundamentales de garantía del derecho de resarcimiento de los daños producidos y refleja un modelo de objetivación de la responsabilidad civil vinculado a un régimen de aseguramiento obligatorio. En este contexto se sitúa el libro que presentamos cuyo título delimita su objeto al análisis de la acción directa en el ámbito de los accidentes transfronterizos de circulación (entiéndanse, por carretera). Sin embargo, como se tratará de mostrar en las líneas que siguen, el tratamiento incluido en la monografía no responde siempre a este objeto: en unos casos, por exceso, con contenidos periféricos, cuya presencia no se justifica, consecuencia de una metodología poco adecuada; en otros casos, por defecto, dadas las carencias de tratamiento de particularidades de las acciones directas.

Esta monografía surge, además, en un contexto doctrinal español ya motivado por la problemática que aquí se aborda, ya desde la perspectiva de la acción directa (junto a mis trabajos en la materia, cabe indicar los de F. Garau Sobrino y los de G. Garriga Suau), ya sea desde la perspectiva de los accidentes de circulación (con la completa monografía de A. Espiniella Menéndez, *Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizos*, Madrid, Fundación Mapfre, 2012). Este *status quo* de la doctrina científica marca, sin duda, un parámetro de análisis y confrontación respecto a la monografía que aquí se presenta, cuyos resultados se expondrán seguidamente.

2. Las fuentes utilizadas son básicamente doctrinales, existiendo una presencia casi simbólica de la jurisprudencia española e inexistente de la comparada. Esto evidencia ya el tono general de la obra, con un análisis parcial del objeto de estudio y con claras limitaciones en su alcance práctico. Junto a ello es especialmente destacable la falta de rigor en las citas de las fuentes. Podrían mencionarse, en este sentido, incorrectas referencias a los apellidos de autores (no puedo dejar de darme por aludida cuando se incluyen referencias a mi persona como "Pilar Blanco" en las pp. 131 y 139 y, en la bibliografía, como "Blanco-Jiménez, P.", p. 151). Sin embargo, más grave es la destacable ausencia de rigor que demuestra la ausencia de obligadas citas de trabajos que han servido sin duda de fuente a parte de los contenidos incluidos en el texto del trabajo, como oportunamente se irá indicando.

Formalmente, la monografía se divide en cuatro capítulos. Los dos primeros constituyen una descripción de las acciones directas en Derecho civil y en el seguro obligatorio de responsabilidad civil de automóviles. Estas dos partes tienen un carácter esencialmente descriptivo y sirven de presentación, genérica, del objeto de estudio. El verdadero interés del trabajo debería poder encontrarse, por tanto, en los Capítulos III y IV, dedicados respectivamente a la competencia judicial internacional y al Derecho aplicable en el ámbito de las acciones directas.

3. El análisis de la competencia judicial internacional evidencia los excesos, a los que hemos hecho referencia, incluyendo contenidos tangenciales a la acción directa, y las ausencias, con omisiones absolutamente relevantes en este sector. Lo primero que debe advertirse al lector es que la presentación de fuentes normativas reguladoras de la competencia judicial internacional es incompleta: sólo se incluye el Reglamento (CE) 44/2001, sin mencionar otros instrumentos aplicables (señaladamente, el Convenio de Lugano) y dejando fuera el régimen autónomo de la competencia judicial. Esto supone obviar el análisis de la competencia en los supuestos de acciones directas (por ejemplo, en relación con accidentes de circulación ocurridos en España) frente a aseguradores domiciliados en terceros Estados y sin establecimiento secundario en un Estado miembro del Reglamento Bruselas I o del Convenio de Lugano.

El estudio de la competencia judicial internacional se limita, como decimos, al Reglamento Bruselas I y, a pesar de la delimitación del objeto de la monografía, incluye los foros de competencia tanto para acciones directas frente al asegurador para las acciones ejercitadas con el responsable. Respecto a las primeras, la mayor aportación son las páginas dedicadas a la Sentencia *Odenbreit*, que constituyen en realidad un comentario jurisprudencial, recogiendo las críticas que un sector doctrinal ha manifestado en relación con esta jurisprudencia. No se aprovecha, sin embargo, la ocasión para el análisis de la especial problemática que podría plantear el ejercicio de la acción directa y su utilización en foros conexos, que sólo merecen una breve mención en la p. 67. Se incluye un relato sobre la diversa jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el foro especial en materia de obligaciones extracontractuales (el conocido art. 5.3º RB I), incluyendo las referencias a daños plurilocalizados (como los derivados de actos de difamación) cuya repercusión es nula en relación con las acciones directas por accidentes de circulación. Particularmente llamativa es la ausencia del tratamiento, y posible aplicación, de los acuerdos de sumisión establecidos en el art. 13 RB I. Hubiera sido conveniente analizar en este ámbito las posibilidades de aplicación de tales criterios en relación con las acciones directas, el papel del perjudicado en la sumisión y oponibilidad (o inoponibilidad) de las cláusulas de sumisión incluidas en los contratos de seguro frente a las demandas interpuestas por el perjudicado.

Resulta confuso el tratamiento que se da a los mencionados problemas de las relaciones entre las normas de competencia judicial internacional y territorial (*vid.* al respecto las diferentes menciones en las pp. 56, 57, 59 y 81 ss). No queda claramente establecido el supuesto de inadaptación y se entremezclan planteamientos sobre los diferentes foros del art. 9 RB I, cuyo alcance en relación con la competencia territorial es diverso. Claramente tienen la función de determinar la competencia territorial el foro del domicilio del demandante [art. 9.1º.b)] y el foro del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso (art. 10). En cuanto a las normas de competencia territorial españolas su juego se limitaría al supuesto de la competencia internacional española basada en el domicilio del asegurador en España [art. 9.1º.a)], que plantearía el problema de inadaptación si el accidente ocurre fuera de España (el art. 52.1.9º LEC parte del criterio del lugar donde se causaron los daños). Particularmente grave en este punto es que el contenido de las pp. 81–84 de la monografía responden a una transcripción literal, sin la preceptiva cita, del trabajo de G. Garriga Suau [“La práctica judicial española en la aplicación de los foros de competencia judicial internacional para el ejercicio de la acción directa en el ramo del seguro obligatorio de automóviles”, en C. Parra (dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, Barcelona, Bosch, 2012, pp. 104 a 108]. Lo mismo ocurre, en relación con la cuestión de la resolución extrajudicial de controversias (pp. 53 a 55 del libro en relación con las pp. 95 a 99 del artículo citado).

4. Tampoco es adecuado el tratamiento del Derecho aplicable debido a una deficiente sistemática, a los desarrollos incluidos y a la falta de rigor en las citas de las fuentes doctrinales utilizadas. La deficiente sistemática manifiesta una inadecuada estructuración de las relaciones existentes entre las fuentes normativas aplicables. En este sentido, el Convenio de La Haya de 1971 se ubica incorrectamente dentro de un gran apartado dedicado al art. 18 RR II. Más relevante aún es el hecho de que no se destaque la aplicación preferente del Convenio (con base en la cláusula de compatibilidad del art. 28 de Roma II), lo que implica una ordenación incorrecta de los instrumentos normativos particularmente relevante para el operador jurídico español, dada la vigencia del Convenio en nuestro país. A mayor abundamiento, ni siquiera merece un tratamiento propio el régimen propio de la acción directa previsto en el art. 9 del Convenio de La Haya de 1971, cuando éste es el sistema de partida para un juez español. Evidentemente, huelga indicar, que es inexistente cualquier análisis comparativo entre las soluciones del art. 9 del Convenio y las del art. 18 RR II.

La metodología seguida para el desarrollo de los contenidos Capítulo IV tampoco es la más adecuada. A partir de la conexión alternativa establecida en el art. 18 RR II (ley aplicable a la obligación extracontractual y ley aplicable al contrato de seguro), se dedican los siguientes apartados de la monografía a la tarea de identificar una y otra ley. Este tratamiento muestra las debilidades del trabajo. Por una parte, porque la tarea de identificar las respectivas leyes aplicables al seguro o a las obligaciones extracontractuales es un reto demasiado ambicioso como para ser tratado en unas pocas páginas de un modo genérico; sus aportaciones en el ámbito de determinación de la ley aplicable a estos sectores son necesariamen-

te limitadas, dada que esta no es la finalidad de la monografía. Por otra parte, porque el planteamiento seguido se desvía del verdadero objeto del trabajo, dado que no se acomoda a los problemas concretos que la acción directa plantea en los supuestos de accidentes de circulación por carretera.

En este sentido, los desarrollos efectuados en las pp. 90 ss exceden del objeto de estudio, incluyendo referencias (tales como la ley aplicable al contrato de seguro sobre grandes riesgos) carentes de interés en relación con los accidentes de circulación. De modo similar, el apartado dedicado a los Clubes P&I (pp. 142 a 148) también resulta improcedente, por cuanto su ámbito es el de los seguros marítimos (vinculados al Derecho inglés). Es cierto que los autores nos advierten que el tratamiento de los seguros de protección e indemnización quedan fuera del ámbito de los accidentes de circulación por carretera, pero intentan justificar su presencia en la monografía por los “paralelismos que pudieran plantearse” (p. 142), hipótesis inicial que, sin embargo, posteriormente no se acredita.

Estos tratamientos tangenciales contrastan con llamativas lagunas en relación con cuestiones cuyo análisis sí hubiera resultado preceptivo por su vinculación al objeto de la monografía. Se obvian, en este sentido, las especialidades que las conexiones del RR II podrían plantear en relación con la acción directa: por ejemplo, el juego de la autonomía de la voluntad en relación con el tercero perjudicado o el funcionamiento de la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la accesoriadad del art. 4.3º Roma II en relación con el ejercicio de esta acción. Ya se ha indicado, asimismo, la inexplicable ausencia de tratamiento del art. 9 del Convenio de La Haya de 1971.

La opción metodológica seguida por los autores relega al apartado IV (“Régimen jurídico de la acción directa”) del último Capítulo el tratamiento de las cuestiones esenciales, y específicas de la acción directa, y aquí gran parte de los contenidos expuestos adolecen de falta de originalidad tanto en la selección y orden de las cuestiones tratadas como en el contenido de las mismas, que siguen mis planteamientos en los artículos publicados en el *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* (t. VII, 2007, pp. 301 a 313), que no se cita en la monografía ni aparece en la bibliografía, y en la *Revista Española de Seguros* (nº 140, 2009, pp. 753–764). Esta última publicación sí aparece citada en varias ocasiones, pero existen desarrollos concretos presentes en la monografía que omiten la referencia al tratamiento equivalente otorgado en mis trabajos; al respecto, pueden citarse las cuestiones vinculadas a la admisibilidad de la acción (p. 118 de la monografía en relación pp. 753–755 de mi artículo de la *RES*); la determinación de la legitimación activa conforme a las leyes rectora obligación extracontractual, ley contrato de seguro y ley rectora de la acción directa (p. 119 de la monografía en relación con la p. 755 de mi trabajo) o la transmisibilidad de la acción (diferenciándola de la transmisibilidad del derecho a la reparación) y el ejercicio de la acción directa por el subrogante (p. 120 de la monografía en relación con la p. 757 y nota 46 de mi artículo).

5. Cabe concluir, por tanto, que el análisis que se realiza en este libro es somero y con carencias notables. En cuanto a las pautas de solución, no sólo es criticable la falta de un apartado específico de conclusiones, sino que aquellas que parcialmente se alcanzan en varias de las cuestiones planteadas son fruto de aportaciones doctrinales previas. Elocuentes del tono general de la obra son las últimas palabras, en relación con la cuestión de los seguros P&I, con las que se cierra la monografía: “En definitiva, se trata de una cuestión no pacífica en la que, tanto Doctrina como jurisprudencia se han mostrado vacilantes” (p. 148). De todo ello se deriva una monografía de escasa utilidad para el operador jurídico español y poco estimulante para la doctrina científica.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO *

IRIARTE ANGEL, J.L.: “La acción directa del perjudicado en el Reglamento (CE) 44/2001: Precisiones jurisprudenciales”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional*

* Profesora titular (acreditada Catedrática) de DIPr. Universidad de Oviedo.

del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 553–564.

MOURA VICENTE, D.: “La culpa *in contrahendo* en el Derecho internacional privado europeo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 53–72.

Vid. resumen, *supra*, p. 53.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: “El Derecho internacional privado de la Unión Europea en la determinación de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n° 21, 2013, pp. 367–400.

PAREDES PÉREZ, J.I.: “La responsabilidad civil del prestador y la obligación general de no discriminación del art. 20.2° de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 341–379.

Vid. resumen, *supra*, p. 341.

VRELLIS, S.: “The Law Applicable to the Environmental Damage: Some Remarks on Rome II Regulation”, en J.J. Forner Delagüa, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 869–888.

SOCIEDADES

ARENAS GARCÍA, R.: “El Derecho internacional privado de sociedades como reflejo del Derecho material de sociedades”, en J.J. Forner Delagüa, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 133–146.

CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R.: “Formalización e inscripción de la fusión transfronteriza intracomunitaria”, *Revista de Derecho de sociedades*, n° 40, 2013, pp. 107–158.

FONT i MAS, M.: “Las fundaciones en el Derecho de la Unión Europea”, en J.J. Forner Delagüa, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 389–404.

HERNÁNDEZ PEÑASCO, R.: “El voto transfronterizo mediante intermediario financiero— El art. 524 de la Ley de Sociedades de Capital”, *Revista de Derecho de sociedades*, n° 40, 2013, pp. 245–271.

HUERTA VIESCA, M.I.: “En torno a la propuesta de Directiva comunitaria, sobre equilibrio de género e igualdad en los consejos de administración de las sociedades cotizadas de la Unión Europea, com (2012) 614 final, 2012/0299 (cod)”, *Revista de Derecho de sociedades*, n° 41, 2013, pp. 217–248.

TORRALBA MEDINA, E.C.: “Las transacciones sobre acciones de sociedades anónimas en el ámbito internacional. Cuestiones de Derecho aplicable”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n° 32, 2013, pp. 75–102.

SUCESIONES

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: *Estudios sobre ley aplicable a la sucesión mortis causa, De conflictu legum*, nº 13, Santiago de Compostela, 2013, ISBN-13: 978-84-15876-73-1, 352 pp.

Los *Estudios sobre ley aplicable a la sucesión mortis causa* son una reunión de trabajos que sus dos autores han publicado en los últimos años en el marco de diversos Proyectos de Investigación. Todos ellos tienen el común denominador de referirse propiamente a la “ley aplicable” a distintos aspectos de la sucesión por causa de muerte. No hay modificaciones sobre los trabajos originales, con la excepción de la adaptación del trabajo de S. Álvarez González, “Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos” a la numeración definitiva del Reglamento 650/2012. Este artículo había sido publicado en el *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* sobre la base de la penúltima redacción del Reglamento, antes de su aprobación definitiva. Los cambios se ciñen a la correcta cita de los números de Considerandos o los números de artículos, sin que cambie un solo razonamiento o una sola idea. Los trabajos recogidos en este libro aparecen ordenados según la fecha en que aparecieron publicados con una salvedad: el titulado “La determinación de la ley aplicable a los pactos sucesorios. ¿Hasta dónde el favor validitatis?”, de S. Álvarez González. Esta contribución resulta ser la versión elaborada de una Ponencia presentada con el mismo título en la “Jornada De Conflictu Legum sobre Pactos sucesorios. Aspectos internos e internacionales”, que tuvo lugar el 18 de noviembre de 2011 en Santiago de Compostela, por lo que los autores han decidido situarla en el momento en que fue concebida y expuesta públicamente.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “La determinación de la ley aplicable a los pactos sucesorios. ¿hasta dónde el favor validitatis?”, *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, nº 22, extraordinario, 2013, pp. 47-66.

ÁLVAREZ TORNÉ, M.: *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales: el nuevo Reglamento de la UE*, Madrid, Marcial Pons, Madrid, 2013.

El 27 de julio de 2012 fue publicado en el DOUE el Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, para cuya aplicación, que con carácter general tendrá lugar a partir de agosto de 2015, los diversos operadores jurídicos deben empezar a prepararse lo antes posible. El nuevo Reglamento introduce numerosos y relevantes cambios respecto a la situación jurídica vigente hasta ahora en España respecto al tratamiento de las sucesiones con elementos transfronterizos. La presente monografía hace referencia a los distintos ámbitos contemplados en el nuevo instrumento comunitario y profundiza en concreto en el análisis de la determinación de la autoridad competente para conocer de las sucesiones internacionales en virtud del nuevo texto. De la concreción de la autoridad competente para resolver la sucesión internacional depende además el resto de aspectos vinculados al tratamiento del supuesto sucesorio. En tal sentido, esta obra analiza de forma exhaustiva la cuestión esencial, al responder en primer término ante cualquier supuesto sucesorio internacional, consistente en a qué autoridad jurídica debemos dirigirnos para su tratamiento, examinándose en detalle los diversos criterios atributivos de competencia internacional elegidos por el nuevo instrumento comunitario, y destacándose lo que se consideran aciertos y desventajas de la regulación finalmente acogida y, muy en especial, los puntos más delicados para su operatividad práctica.

ÁLVAREZ TORNÉ, M.: “La regulación de la competencia internacional en el Reglamento de la UE en materia sucesoria: un nuevo escenario frente al sistema español de Derecho internacional privado”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional*

privado. Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 107–118.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L.: “El Reglamento UE nº 650/2012 y la ordenación de la sucesión *mortis causa* de los españoles de vecindad civil común mediante testamento mancomunado. Breves notas sobre el tema”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 31, 2013, pp. 315–328.

CALVO VIDAL, I. A.: “Competencia del notario español en supuestos internacionales. Sucesión intestada. Sucesión testada”, en L. Prats Albentosa (coord.), *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley Notarial*, Madrid, Consejo General del Notariado y Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 767–816.

CASADO ROMÁN, J.: “La nueva regulación comunitaria en materia de sucesiones”, *Actualidad Civil*, nº 2, 2013.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.: “Aproximación a un concepto autónomo de propiedad sucesoria en el Reglamento n. 650/2012”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 377–388.

FONTANELLAS i MORELL, J.M.: “El testamento mancomunado en el reglamento 650/2012 relativo a las sucesiones por causa de muerte”, en J.J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, ISBN: 9788415664598, pp. 405–416.

GUZMÁN ZAPATER, M.: “La ley nacional e intervención notarial en sucesiones”, en L. Prats Albentosa (coord.), *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley Notarial*, Madrid, Consejo General del Notariado y Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 303–358.

MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.: “Hacia un Derecho internacional privado europeo de sucesiones: la unificación de las normas de competencia”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 49, 2013, pp. 133–158.

QUINZÁ REDONDO, P. y CHRISTANDL, G.: “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2013.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “Los reglamentos de la Unión Europea en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXIV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20–22 octubre 2011*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, ISBN: 13:9788490335215, pp.583 ss.

RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: “La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2013.

BIBLIOGRAFÍA EXTRANJERA

DE SOUSA GONÇALVES, A.S.: *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito internacional Privado. A mudança de paradigma*, Coimbra, Almedina, 2013, 650 pp. ISBN: 978-972-40-5144-4.

1. 650 páginas, 1.471 notas a pie de texto, citas doctrinales en lengua portuguesa, castellana, francesa, alemana, italiana e inglesa, y citas jurisprudenciales del TJUE y de diez países son la excelente carta de presentación de esta obra, tesis doctoral de la autora. En la introducción ya se delimita perfectamente el objeto de investigación: la norma de conflicto general en materia de obligaciones extracontractuales, sin entrar en normas especiales ni en problemas de competencia judicial internacional, pese a la generalidad del título. Con estas coordenadas, los dos primeros capítulos presentan los intereses presentes en la materia y las fuentes normativas. Así, el capítulo I analiza cómo la ley del lugar del hecho causal puede ser previsible para el autor del daño (pp. 55 ss), salvo que se base en una situación accidental; mientras que la ley del lugar donde se manifiesta el daño puede ser especialmente respetuosa con los intereses de la víctima. Del mismo modo, las aseguradoras necesitan prever por adelantado la ley rectora del daño, para calcular el riesgo. Pero la autora también repara en los intereses públicos o de naturaleza colectiva que inspiran la regulación conflictual en la materia y, en particular, en la prevención del daño y en los intereses económicos, sin olvidarse de los intereses propios de la integración europea (pp. 106 ss), básicamente, el reconocimiento mutuo de decisiones y la eliminación del *forum shopping*.

El capítulo II analiza las fuentes del Derecho internacional de daños, prestando una especial atención al ámbito de aplicación del RR II. En particular, se defiende el alcance universal del Reglamento, aplicable incluso cuando remite a la ley de un tercer Estado. Otra solución, a juicio de la autora, hubiera sido mucho más compleja, aunque quizá más acorde con la competencia legislativa de la UE. Se analiza también cómo el Reglamento da preferencia a los convenios en materia particular vigentes en algunos Estados (pp. 232 ss), principalmente, los Convenios de La Haya de 1971, sobre ley aplicable a los accidentes de circulación, y de 1973, sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos. En este capítulo quizá hubiera sido oportuno profundizar en cómo la autonomía de la voluntad regulada en el Reglamento es compatible con dichos Convenios. En efecto, los informes oficiales a ambos Convenios destacan que estos no prohíben, aunque no regulen, la eventual elección de ley por las partes si está admitida por la ley del foro. Debe interpretarse, pues, que todo Estado miembro a día de hoy admite dicha elección de ley, precisamente por la acción del RR II, que no deja de ser la ley del foro de todo juez de Estado miembro.

2. Los capítulos III y IV se centran en la determinación y alcance de la ley aplicable. El capítulo III comienza por lo que, a juicio de la autora, es uno de los rasgos más importantes en el cambio de paradigma: la admisión de la autonomía de la voluntad con gran amplitud (pp. 273 ss), a diferencia de otros modelos que permiten la *electio iuris* solo de un número determinado de leyes. Como es sabido, la elección de ley antes de producirse el hecho generador del daño está sujeta a que las partes realicen actividades económicas, para lo que bastará, según la autora, cierta “experiencia comercial”. Por lo que respecta a la elección *ex post*, la autora critica la libertad absoluta de la elección cuando puede subsistir la desigualdad en la posición negocial de las partes. Comparto esta opinión que ilustraré con algún ejemplo práctico: imagínese que un distribuidor minorista vende a un consumidor final un producto defectuoso, “imponiendo” en el contrato una elección de ley favorable al fabricante, respecto del que el distribuidor actúa como representante. La elección de ley por su representante sería totalmente válida dado que sería posterior al hecho generador del daño, es decir, a la fabricación del producto. El consumidor no podría alegar que no actúa en el marco de sus actividades profesionales, porque no es una elección *ex ante*. Ante estas situaciones, la autora presenta como gran propuesta la posibilidad de incluir una norma protectora de partes débiles, similar a las previstas en contrato de trabajo y de consumo, en virtud de la cual la elección de ley no pueda privar al lesionado de la protección brindada por las normas no derogables por acuerdo de la ley aplicable en defecto de elección. Del mismo modo, considera que

las normas imperativas de las directivas de la UE en casos íntegramente vinculados a Estados miembros de la UE deberían aplicarse tal y como hayan sido transpuestas por la ley aplicable a la relación en defecto de elección, y no tal y como establezca la ley del foro.

En defecto de elección de ley, la autora aplaude el recurso a la ley de la residencia habitual común como “medio social común” (pp. 390 ss). Si no residen en un mismo Estado, la aplicación de la *lex loci damni* resulta próxima y fácil de concretar. La autora coincide con el Reglamento Roma II en la preferencia por esta ley frente a la ley del lugar del hecho generador del daño, garantizando seguridad jurídica y neutralidad, dada la falta de consenso en torno a *favor laesi*. Coincide también con la referencia de la *lex loci damni* al daño inicial, sin perjuicio de que se manifiesten daños, por ejemplo, morales, en otros Estados. Matiza la autora que el RR II sí contempla los daños derivados en casos de víctimas de accidentes de circulación. También matiza el caso de los daños medioambientales, donde se articula una conexión optativa, ya que el perjudicado puede optar por la ley del lugar del hecho generador en detrimento de la ley del lugar de producción del daño.

Para cerrar el capítulo III, se analiza el principio de proximidad o de aplicación de la ley más estrechamente vinculada, como combinación de la seguridad jurídica con la adaptación al caso concreto. Este expediente podría servir para aplicar una misma ley a varios lesionados o a varios autores, evitando que, en igualdad de circunstancias, los lesionados consigan un resarcimiento distinto o los autores sean penalizados de forma distinta. También se estudia el principio de accesoriedad, en virtud del cual, la ley rectora de una relación previa se puede extender al daño extracontractual. A este respecto, podría haberse profundizado en un supuesto no previsto por el Reglamento, pero que está causando importantes problemas prácticos: la intervención de sociedades dominantes en la ejecución de contratos firmados por sociedades dominadas. La responsabilidad de aquellas tiene carácter extracontractual, pero es dudoso que pueda aplicarse la ley rectora del contrato porque la sociedad dominante no es parte contratante del mismo.

El capítulo IV analiza, por último, los intereses públicos presentes en esta normativa (pp. 487 ss) principalmente a través del juego de las leyes de policía del foro. Critica la autora con acierto el silencio del RR II sobre la aplicación de las leyes de policía de terceros Estados. Analiza, asimismo, la posibilidad de no aplicar la ley reclamada por conculcación del orden público, si bien cabría plantearse si una ley extranjera puede dejar de aplicarse por otros motivos, por ejemplo, por falta de prueba.

3. La sensación final que tendrá el lector es que la autora saluda muy positivamente el nuevo RR II. Quizá puede quedar la duda de si verdaderamente ha existido un cambio de paradigma con la rotundidad señalada en el libro. Se analizan con acierto otros modelos, el legeforismo, la búsqueda de una *proper law*, la *most significant relationship* y la *double actionability rule* (pp. 422 ss). También se destaca la gran novedad del RR II de introducir la autonomía de la voluntad y la cláusula de escape en una materia hasta entonces ajena a ellas. Pero novedades en una materia y cambio de paradigma no es lo mismo. No en vano, muchas de estas novedades ya estaban en el Convenio de Roma, aprobado veintisiete años antes del RR II en relación con otro tipo de obligaciones, las contractuales. Además, la norma de conflicto multilateral sigue teniendo un gran protagonismo en la regulación de daños de la UE. Matizaciones al margen, procede dar la enhorabuena a la autora por esta tesis doctoral, referencia obligada en la doctrina europea; también, a la editorial Almedina, por apostar por publicaciones en formatos “poco comerciales”, pero profundamente rigurosos y académicos.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ *

HESS, B., OBERHAMMER, P., y PFEIFFER, T. (eds.): *European Insolvency Law. Heidelberg–Luxembourg–Vienna Report*, C.H. Beck, Múnich, en cooperación con Hart Publishing (Oxford) y Nomos Verlagsgesellschaft (Baden–Baden), 2014, 1034 pp. ISBN 978–3–406–65501–2.

El art. 46 del Reglamento nº 1346 del Consejo, de 29 mayo 2000 sobre procedimientos de insolvencia establece que “A más tardar el 1 junio 2012, y posteriormente cada cinco años, la Comisión presen-

* Profesor titular de DIPr. Universidad de Oviedo.

tará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un informe sobre la aplicación del presente Reglamento. Dicho informe irá acompañado, en su caso, de una propuesta de modificación del presente Reglamento”. La obra colectiva *European Insolvency Law*, compila los resultados de la evaluación del Reglamento nº 1346 del Consejo, realizada por encargo de la Comisión Europea en aplicación del art. 46, y presentada por los profesores B. Hess, P. Oberhammer y T. Pfeiffer con la cooperación de A. Pieckenbrock y C. Seagon y el apoyo de una red de expertos representativos de cada Estado Miembro de la UE – con la excepción de Dinamarca.

La obra analiza la aplicación del Reglamento a los procedimientos transfronterizos de insolvencia en el ámbito del instrumento hasta 2012. Se apoya en la recopilación de datos empíricos y en investigaciones de los autores basadas en respuestas a una lista de cuestiones de hecho y de derecho y entrevistas a actores y partes interesadas en procedimientos concursales transfronterizos – jueces, administradores de la quiebra, abogados, entidades de crédito, académicos, asociaciones de consumidores–. Los resultados de estas indagaciones fueron objeto de puesta en común en dos conferencias celebradas en Heidelberg.

La exposición mantiene la estructura propuesta por la Comisión en la licitación y se completa con un resumen sistematizado de los informes nacionales y de la jurisprudencia relevante de los Estados miembros (los informes completos pueden ser consultados en: http://www.ipr.uniheidelberg.de/InsReg/Study_Annex_II.html). El contenido se presenta en nueve capítulos: una introducción al texto que describe la metodología del estudio haciendo hincapié en el recurso al método comparado, y su objetivo; sumario ejecutivo; ámbito de aplicación; competencia judicial; grupos de sociedades; ley aplicable; coordinación de procedimientos; información a los acreedores y presentación de créditos; reconocimiento de decisiones. Como resultado del criterio que hemos indicado al comienzo, en el contexto de cada uno de estos capítulos no se opera necesariamente un análisis artículo por artículo: algunos no son objeto de consideración mientras que otros reciben una atención particularizada.

El conjunto es rico en conclusiones; nos limitaremos a apuntar las que nos parecen más relevantes. De entrada, los autores subrayan la necesidad de un cambio en la orientación o *leit motiv* de la intervención europea en la materia: si originalmente fue la implementación del principio de universalidad ahora debe pasar a la preocupación por eludir la liquidación siempre que sea posible dar otra oportunidad a la empresa y al comerciante individual; el acento debe ponerse en la reestructuración y los procedimientos tendentes a ella.

En segundo término se resalta la existencia de incoherencias en la aplicación por los tribunales nacionales del criterio principal de competencia judicial, el centro de intereses principales, que en el caso del deudor individual se acentúa por la falta de tratamiento en el marco del art. 3 del Reglamento. Se recomienda abordar este aspecto y configurar además un marco procesal en el que los tribunales deban comprobar de oficio su competencia, con el fin, entre otros, de evitar el *forum shopping*.

La tercera conclusión se refiere a los problemas de delimitación material del Reglamento, en particular en relación con acciones civiles de anulación o revocación; se propone una *vis attractiva concursus* para favorecer la eficiencia de los procedimientos de insolvencia y de facilitar la administración de la insolvencia transfronteriza, siempre y cuando la acción considerada tenga una finalidad relacionada específicamente con el concurso, y la acumulación no vaya en contra de otros intereses procesales.

La cuarta conclusión se produce en el marco del concurso de los grupos de sociedades: dentro del respeto que el legislador comunitario debe al derecho societario, es imperativo abordar la cuestión de la comunicación, cooperación y coordinación entre síndicos y tribunales en estos supuestos adoptando para ello las provisiones pertinentes –por ejemplo, habilitando a los diferentes administradores para solicitar la suspensión de las operaciones de liquidación, o para proponer medidas de recuperación, convenio o similares, en beneficio del grupo.

En lo que respecta a la ley aplicable, los autores estiman correcta la solución de principio en vigor, pero creen oportunas algunas mejoras en las reglas especiales relativas a los derechos reales de terceros y reservas de propiedad, en el sentido de aclarar su interpretación y evitar ciertas aplicaciones vigentes que se oponen al objetivo de política legislativa de las normas. También necesitan aclaración las reglas sobre compensación, contratos de trabajo y actos perjudiciales, mientras que no se ha revelado problemáti-

ca la aplicación de las relativas a contratos sobre bienes inmuebles, sistemas de pago y mercados financieros, patentes y marcas, o efectos del procedimiento de insolvencia sobre otros procedimientos en curso.

La obra aborda seguidamente la cuestión de la coordinación entre los procedimientos principal y secundarios. A la luz de la información proveída por los informes nacionales la opinión de los autores es que la norma actualmente en vigor requiere ser completada: por una parte, en lo que se refiere al rol del administrador principal en el marco de la solicitud de apertura de procedimientos secundarios, y de su desarrollo; también, en cuanto a la comunicación entre administradores de la insolvencia, que hoy ya se prevé. Por otro lado es preciso añadir la posibilidad de comunicación y cooperación entre los propios jueces y tribunales. Se estiman pertinentes algunas aclaraciones en lo relativo a la cuestiones tales como la carga de la prueba en caso de oposición de los acreedores a propuestas del síndico del procedimiento principal.

En último lugar el estudio analiza la información recibida a propósito de la presentación de los créditos en situaciones transfronterizas, y resalta las dificultades relativas a idioma, costes, plazos, etc, que reclaman una cierta estandarización al nivel europeo.

La obra reseñada es sin duda un documento de gran valor por múltiples razones. De particular relevancia nos parece el Anexo II, que compila de manera sistemática la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de los tribunales y autoridades de los Estados miembros desde el momento de puesta en aplicación del Reglamento hasta 2012. Ciertamente, no se trata de una recopilación exhaustiva, pero sí lo bastante extensa como para ofrecer una visión completa de la praxis nacional a propósito de las dificultades experimentadas en la aplicación del texto. Posee el valor añadido de reflejar decisiones que no han sido publicadas, de indicar la fuente cuando lo han sido, especificar las referencias de los comentarios a las mismas, reproducir en el idioma original los considerandos y partes del fallo de mayor interés, y acompañarlo de un breve resumen en inglés de éste último y de los hechos del caso.

Igualmente reseñable nos parece la conclusión de los autores en el sentido de que tras diez años de uso el Reglamento de insolvencia merece una evaluación global positiva, que conduce a desaconsejar alteraciones en la estructura general del texto o en las decisiones de política legislativa que lo informan, y a preferir la opción de introducir mejoras y corregir las deficiencias más evidentes. Es oportuno indicar que la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, publicada el 12 diciembre 2012 por la Comisión, ha seguido fielmente las recomendaciones de los autores y retoma los cinco puntos identificados como más necesitados de tratamiento en este sentido, dando cobertura a los procedimientos nacionales que prevén la reestructuración de una empresa en situación de preinsolvencia ("procedimiento de preinsolvencia") y los procedimientos que mantienen a la dirección existente ("procedimientos híbridos"); abordando la problemática ligada a la localización del centro de intereses principales del deudor a fin de conseguir una comprensión única en la práctica, y de evitar el *forum shopping*; las dificultades de la articulación de los procedimientos principal y secundario de insolvencia, insistiendo en la comunicación, coordinación y cooperación de los administradores de la insolvencia entre sí, con los jueces y tribunales, y también de estos entre sí; incluyendo reglas sobre publicidad de los procedimientos; y estableciendo por primera vez reglas sobre la insolvencia de grupos de sociedades.

En junio de 2014 el Consejo se ha pronunciado respaldando la propuesta de la Comisión para modernizar la normativa europea en materia de insolvencia transfronteriza. La propuesta (con algunas modificaciones) había sido aceptada por el Parlamento Europeo en febrero de 2014 en una abrumadora mayoría: 580 a favor, 69 en contra y 19 abstenciones. El Consejo ha aceptado en esencia el texto de la Comisión; sin embargo, también hay una serie de puntos que ha modificado. El Parlamento Europeo, el Consejo de Ministros y la Comisión entablarán ahora negociaciones para llegar a un acuerdo sobre un texto final. La adopción del Reglamento sobre insolvencia modernizado se espera para finales de año (2014). En ese momento se verá la influencia real de una obra que en todo caso permanecerá como referente para comprender el futuro Reglamento europeo de insolvencia.

Marta REQUEJO ISIDRO *

* Senior Research Fellow. Max Planck Institute Luxembourg.

OBANDO PERALTA, J.J.: *Private International Law in Costa Rica*, Croydon, Kluwer Law International, 2013, 177 pp. ISBN: 978-90-411-4862-9.

La obra que comentamos se inserta en una colección bien conocida de la editorial, que tiene la indudable virtud de dar a conocer de forma sintética y eficiente muchos sistemas nacionales de DIPr, algunos, como es el caso, de difícil acceso por la ausencia de tratados específicos o por la dificultad para obtenerlos. La obra sigue un esquema clásico, en buena parte anglosajón. Con acierto, el estudio propiamente dicho de las cuestiones de DIPr viene precedido de una introducción general, como primera parte, que permite perfilar al sistema costarricense, sus orígenes históricos, adscripción a la familia romano-germánica, sistema básico de fuentes, papel de la jurisprudencia ordinaria y fuentes de su sistema de DIPr, entendido esencialmente desde un ángulo conflictual o de Derecho aplicable.

El modelo de Derecho internacional privado autónomo costarricense, en parte al igual que es español, es un sistema fragmentario, que a partir de un puñado de artículos en el Cc se va desgranando en legislaciones específicas. Desde el ángulo de las fuentes internacionales, Costa Rica tributa al Código de Bustamante, anquilosado por la edad casi centenaria pese a sus indudables méritos. Ha ratificado algunos convenios de la CIDIP y en tiempos recientes se ha incorporado con entusiasmo a la Conferencia de La Haya y a tres de sus convenios.

La segunda parte de la obra, dedicada a los principios generales de la técnica conflictual, se inicia con un capítulo que analiza más en detalle el sistema de fuentes, la incidencia de la Constitución y el Derecho internacional, los convenios internacionales, y un interesante apartado sobre la regulación del Derecho privado material en el sistema de fuentes interno. Un segundo capítulo, en realidad prescindible, contiene una síntesis de tópicos sobre la norma de conflicto, su estructura y consecuencias, donde aparecen citadas doctrina española o norteamericana y que, en realidad, no aporta mucho sobre el objeto que busca el lector, a saber, la singularidad del sistema costarricense. Más idiosincrásico es el análisis de los puntos de conexión y su determinación en el sistema costarricense, así como el breve análisis de los problemas de aplicación. Agradecida la brevedad de la segunda parte, la tercera presenta el mayor interés, al desgranar las reglas vigentes en Costa Rica sobre Derecho aplicable, en una síntesis interesante y completa que aborda una parte especial generosa, que incluye tanto relaciones civiles como comerciales y descende en muchos casos al detalle a pesar de la brevedad. Debe elogiarse la referencia constante a la jurisprudencia interna, más allá de las meras referencias legales o doctrinales, que es en suma la piedra de toque para conocer cualquier sistema positivo de DIPr. Finalmente, la Parte IV incorpora como Anexo lo que en sí mismo es el músculo del Derecho internacional privado moderno, a saber las cuestiones de Derecho procesal civil internacional, sin las cuales no hay estudio de DIPr nacional que sirva de nada. Junto al tratamiento de las cuestiones de competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones, la cuestión de la cooperación judicial internacional apenas aparece esbozada. La utilidad de la información suministrada y las valiosas referencias obligan a echar de menos una mejor proporción en el estudio de cuestiones procesales y sustantivas, que tal vez pueda corregirse en una nueva edición, que será bienvenida, pues se trata sin duda de una referencia de gran utilidad para conocer el sistema de Derecho internacional privado costarricense.

Sixto Alfonso SÁNCHEZ LORENZO *

SCHUZ, R., *The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 474 pp. ISBN 978-1-84946-017-0

1. La monografía que se presenta se encuentra dentro de una colección de Estudios de Derecho internacional privado editados por Hart Publishing, integrada, hasta el momento, por doce volúmenes. Es destacable la especial dedicación de esta colección a la cuestión de la sustracción internacional de meno-

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Granada.

res, dado que esta monografía es la cuarta dedicada a la materia, uniéndose a tratamientos previos sobre los problemas legales de la sustracción internacional de menores, la mediación en casos de sustracción internacional y la sustracción en el ámbito de la Unión Europea. El objeto del libro de R. Schuz es el Convenio de La Haya de 1980. Puede entenderse, en este sentido, que es una prolongación del trabajo de P. Beaumont y P. McEleavy (*The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, 1999), que constituye, sin duda, un referente ineludible en este sector.

Con este punto de partida, y sin perder de vista la obra precedente, la monografía de R. Schuz resulta de gran utilidad por cuando permite contrastar la aplicación práctica del Convenio de La Haya en estos últimos quince años y, en consecuencia, mostrar la evolución del contexto de las sustracciones y su repercusión en el régimen convencional. Constituye, por tanto, una valiosa actualización de la problemática presente en este sector lo que permite valorar las fortalezas, debilidades y carencias de este instrumento convencional. Aunque el eje del libro se encuentra en el Convenio de La Haya de 1980, no se trata de un comentario sistemático de su articulado sino que realiza un análisis ordenado en función de los presupuestos de las sustracciones, de los motivos de no retorno y de determinados aspectos de procedimiento.

2. Formalmente, la monografía se estructura en siete Partes, subdivididas posteriormente en diversos apartados. Como podrá observarse de un rápido repaso a la estructura de la obra, se combina la presentación de los contenidos que constituyen su eje central, con la exposición de los planteamientos metodológicos que se van a utilizar para fundamentar las conclusiones aportadas.

La Parte I presenta una visión general del Convenio, exponiendo sus antecedentes, su relación con otros instrumentos, una somera descripción de su funcionamiento y, lo que son los apartados más interesantes de esta Parte: los relativos al contexto, social y psicológico de las sustracciones, y la interrelación entre la denominada reubicación familiar internacional y la sustracción internacional de los menores.

La Parte II contiene los parámetros de análisis, incluyendo en este caso las diversas perspectivas utilizadas a lo largo del trabajo como parámetros para confrontar los cuestiones de fondo que se van a tratar: los objetivos y coherencia interna del Convenio y la adecuación a lo que denomina “doctrinas legales generales”. Dentro de esas últimas, incluye los derechos de los niños y de los padres, los principios de Derecho internacional privado (relativos a la competencia judicial, Derecho aplicable y reconocimiento de decisiones) y los criterios de seguridad y flexibilidad. Tales parámetros como fundamento de las conclusiones aportadas en relación, fundamentalmente, con tres grupos de aspectos: la calificación de un traslado como sustracción, la determinación de la residencia habitual del menor y la valoración sobre las causas de rechazo al retorno del menor.

La Parte III analiza los presupuestos para activar el mecanismo del retorno establecido en el Convenio: el concepto de sustracción o retención ilícita, por una parte; y el criterio de la residencia habitual, por otra. Sobre la base del planteamiento metodológico expuesto, concluye la autora que debe defenderse una interpretación amplia del concepto de sustracción que garantice el derecho al contacto con ambos progenitores. También defiende una concepción mixta del criterio de la residencia habitual que considere no sólo la intención de los padres, sino también, en la medida de lo posible, el centro efectivo de vida del menor en sí mismo considerado.

Incorpora esta parte un interesante planteamiento sobre la concepción amplia del derecho de custodia y la incidencia de las restricciones territoriales en la calificación de los traslados de menores como secuestro, lo que ha determinado un cambio del perfil de secuestrador que inicialmente estaba en mente del “legislador” convencional. Esto ha provocado, por ejemplo, que muchas sustracciones sean realizadas por el cuidador principal del menor y que ello incida necesariamente en la valoración del interés del menor y en la decisión sobre su retorno. También es destacable la posición crítica sostenida en relación con la limitada y condicionada atribución de derechos de custodia, asentada en ciertas legislaciones anglosajonas, a los padres varones no casados.

La Parte IV, la más extensa de la monografía, analiza las diferentes causas de rechazo al retorno del menor: la integración del menor en el Estado del secuestro, pasados doce meses desde el traslado (art. 12.2), el consentimiento o posterior aceptación al traslado, el riesgo de peligro físico o psíquico al me-

nor, la oposición del menor al retorno y la vulneración de los derechos humanos y libertades fundamentales del Estado del secuestro. El resultado de la combinación de las diversas perspectivas adoptadas por la autora le lleva a cuestionar el presunto dogma del Convenio basado en la equivalencia del interés del menor a la decisión de su retorno al Estado de origen. En este sentido, muestra la necesidad de valorar, en el caso concreto, el interés del menor a los efectos de considerar las situaciones de riesgo intolerable derivado de la restitución, de respetar, en la medida de lo posible, su voluntad y de interpretar restrictivamente el art. 20 del Convenio.

Precisamente a la especial consideración que debería tener la audiencia al menor se refiere la Parte V de la obra. Constituye una de las ideas esenciales y distintivas de la obra el protagonismo que debe conferirse a la voluntad del menor en todo el proceso relativo a la decisión sobre su restitución. Tal perspectiva debería tenerse en cuenta no sólo a la hora de valorar la causa de no retorno establecida en el art. 13 del Convenio, basada en la oposición del menor, sino que también subyace, a juicio de la autora, en el análisis de otras causas (por ejemplo, al evaluar el grado de integración del menor en el Estado del secuestro). En esta Parte de la monografía, se analiza concretamente el método y los criterios para realizar esta valoración, así como el estatus que tiene el menor en el propio procedimiento de restitución. Se concluye con la conveniencia de que el menor sea oído directamente por el juez, con una interpretación extensiva a la participación del menor en el proceso, la necesidad de que el menor cuente con una representación independiente en el proceso y la posibilidad de que el menor pueda iniciar por sí mismo el procedimiento de retorno.

La Parte VI incluye el tratamiento de procesos conexos a los supuestos de sustracción. En concreto, la potenciación de la mediación como instrumento de resolución de conflictos en los supuestos de sustracción internacional de menores, la compensación de los daños ocasionados al titular del derecho de custodia como consecuencia del secuestro y la ejecución del derecho de visita.

Finalmente, la VII y última Parte sintetiza las conclusiones y recomendaciones más importantes de la obra. Por una parte, se concretan las diferentes conclusiones alcanzadas en relación con los presupuestos de la sustracción y las pautas de interpretación de las causas de no retorno. Se fijan una serie de recomendaciones en relación con la interpretación y ejecución del Convenio, que condensan, de manera útil para el lector, las principales aportaciones defendidas por la autora: la concepción amplia del derecho de custodia, el papel de la voluntad del menor, la especial protección de los derechos de menor y su utilización como criterio rector para la toma de decisiones sobre su retorno. Adicionalmente se incluyen recomendaciones de carácter más general en relación con la necesidad de garantizar la celeridad de los procedimientos de restitución, de potenciar las certificaciones sobre la ilicitud del traslado a las que se refiere el art. 15 del Convenio y mejorar el sistema de ejecución de las decisiones de retorno.

3. Especialmente útil es el índice analítico incluido al final del trabajo que permite una lectura cruzada y selectiva del mismo, en función del aspecto concreto que en cada caso pueda resultar de interés para el lector. Se contiene también el importante listado de jurisprudencia comparada utilizada en la obra. Cabe lamentar, sin embargo, la ausencia de un listado bibliográfico, con las referencias doctrinales utilizadas. Detrás de ello subyace una opción metodológica, claramente inclinada a favor de un estudio jurisprudencial y casuístico. Pero el uso tan limitado de fuentes doctrinales condiciona en ocasiones el análisis confrontado de determinadas cuestiones, sobre todo cuando la perspectiva esencial de la obra puede pecar de un acercamiento casi exclusivo de la perspectiva anglosajona al Convenio. No es exigible en una obra de este tipo un estudio exhaustivo de la aplicación de un Convenio en un centenar de Estados, pero sí hubiera sido conveniente encontrar un balance más equilibrado entre diversos modelos de acercamiento al mismo. En este sentido, se echa en falta una mayor utilización de la doctrina y práctica continental europea, lo que enlaza con la que entiendo que es una de las mayores carencias de la obra: la modulación en la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980 en los Estados europeos en el marco del Reglamento Bruselas II *bis*. Ciertamente, como ya he mencionado, en la misma colección en la que se enmarca esta monografía, existe otra relativa a las sustracciones de menores en la Unión Europea. Esto no debería haber sido óbice, no obstante, para un estudio interrelacionado más completo entre el Convenio de La Haya y el Reglamento que las meras alusiones incluidas en la Parte I, fundamental-

mente para contrastar la efectividad práctica de las matizaciones procedimentales que el Reglamento incluyó en relación con el procedimiento (y la importancia decisiva de la audiencia del menor) y las causas de rechazo a la restitución [particularmente, el carácter restrictivo de la aplicación del art. 13.I.b) del Convenio con los ajustes producidos en el art. 11.6 del Reglamento].

Aunque se menciona en diversos puntos del libro la interrelación de la decisión sobre la restitución en relación con el fondo de la custodia, el estudio no se detiene en estos aspectos que hubiera obligado a un tratamiento más profundo de los artículos 16, 17, 18 y 19 del Convenio.

Asimismo, se realiza un tratamiento muy tangencial del impacto de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el Convenio de La Haya, fundamentalmente a partir de la Sentencia en el asunto *Neulinger et Shuruk c. Suiza*). Queda, en este sentido, abierta la controvertida cuestión del ámbito de competencia que tienen los tribunales del Estado del secuestro para valorar “el interés del menor” y su incidencia en las decisiones de no retorno.

4. En cualquier caso, la monografía constituye una aportación relevante al estudio de este sector del Derecho de familia, banco de pruebas de las nuevas realidades sociales y sus implicaciones en este sector del Derecho internacional privado. Su principal virtud es exponer los problemas actuales surgidos en torno al fenómeno de la sustracción (tales como los nuevos perfiles del sustractor o la cuestión de la relocalización) e incluir el tratamiento de cuestiones que, hasta la fecha, habían merecido una escasa atención (como es la compensación a los titulares de la custodia víctimas de la sustracción). También es destacable el grado de concreción de sus conclusiones tanto en aspectos de fondo (sobre las causas de rechazo al retorno del menor) como en la vertiente procedimental (audiencia al menor y uso de la mediación). Las conclusiones sostenidas, al margen de que se compartan o no, evidencian el resultado de un trabajo reflexivo previo serio y constituyen aportaciones que deberán ser tenidas en cuenta para debates futuros.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO *

STURM, F. y STURM, G.: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – EGBGB/IPR Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR*, Berlín, Sellier – De Gruyter, Berlín, 2012, pp. 407.

El extenso y voluminoso comentario al BGB que fue publicado por primera vez por el presidente del Tribunal Supremo de Baviera, Julius von Staudinger, en 1898, y cuyos cien volúmenes se han ido actualizando y ampliando regularmente cada cinco o seis años –aunque se renunció a seguir numerando las sucesivas ediciones desde la decimotercera revisión–, comprende también diecisiete volúmenes dedicados al Derecho internacional privado. En la novena edición, publicada en 1931, había un único volumen, que fue elaborado por el eminente internacional privatista Leo Raape.

No solo se vienen comentando los preceptos concretos del EGBGB: precisamente, en dicho volumen los artículos 3–6, en la edición revisada de 2007 los arts. 7, 9–12 y 47 y en la edición revisada de 2011 los arts. 13–17b. También se han comentado las normas de conflicto promulgadas fuera del EGBGB. Entre ellas, las normas de DIPr. que inciden en el Derecho de la competencia, el derecho de propiedad intelectual e industrial o las normas reguladoras del mercado (en la edición de 2010). Igualmente, han sido abordados ámbitos no codificados, como el Derecho internacional de sociedades. En el año 2011 se publicaron dos gruesos volúmenes dedicados al Reglamento Roma I. Y en 2013 se ha publicado un nuevo comentario revisado del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, con 1127 páginas, que proviene, como la edición precedente, del profesor de Hamburgo Ulrich Magnus. Los volúmenes publicados en cubierta negra están disponibles de manera individual en las librerías, de manera que no es necesaria la adquisición de toda la obra en su conjunto; además, se encuentra también disponible en formato electrónico, para consultar online.

* Profesora titular (acreditada Catedrática) de DIPr. Universidad de Oviedo.

La Introducción al Derecho internacional Privado del *Staudinger/Sturm/Sturm* (2012) que ha sido elaborada por el matrimonio de juristas Fritz y Gudrun Sturm, formaba parte inicialmente del volumen dedicado a los arts. 3–6 del EGBGB y así se mantuvo durante las ediciones de 1988, 1996 y 2003. Pero, en la medida en que los comentarios sobre esta materia iban siendo cada vez más voluminosos, se justificó su publicación como volumen independiente, abarcando desde el reenvío (art. 4 EGBGB), el orden público (art. 6 EGBGB) y la parte general no codificada del Derecho internacional privado alemán y europeo (calificación, Rn. 241–250; adaptación, Rn. 251–258; sustitución, Rn. 259–266 o la cuestión previa, Rn. 267–293). También se aborda el Derecho privado interlocal e interpersonal (Rn. 859–894).

El *Staudinger/Sturm/Sturm* (2012) dirigido por el profesor Sturm se orienta a la consecución de cinco objetivos: destacar métodos y modelos (Rn. 55–239); delimitar materias próximas (Rn. 295–338); mostrar las imbricaciones supraestatales del Derecho internacional privado (Rn. 339–561); ilustrar sobre las fuentes del Derecho alemán (Rn. 619–681) y extranjeras (Rn. 682–815) y explicar los planes de reforma de la Unión Europea.

Especialmente importante es la aportación de Derecho comparado, con referencias de alcance universal a convenios, fuentes legislativas, doctrinales y jurisprudenciales. En particular, se deja constancia de los esfuerzos de unificación jurídica a través de la Conferencia de La Haya (Rn. 447–461), Naciones Unidas (Rn. 462), el Consejo de Europa, (Rn. 463–464), la Comisión Internacional de Estado Civil (Rn. 465–468), la Unión Europea (Rn. 469–504), las Convenciones Nórdicas (Rn. 507), los Convenios de Montevideo (Rn. 508), el Código Bustamante (Rn. 509), las Convenciones Interamericanas (Rn. 510–519), MERCOSUR (Rn. 520) y OHADA (Rn. 522).

Esta obra posee un valor añadido, ya que no se limitará a consultar bibliografía germánica, en contraste con lo que viene siendo la práctica habitual de otros comentarios elaborados por juristas alemanes, que sólo citan bibliografía patria. El esfuerzo de los autores por conocer lo que sobre el tema han escrito sus colegas de otras nacionalidades enriquece su trabajo, al poder contrastar sus reflexiones con las que ha alcanzado la doctrina de otros países.

Naturalmente, se dedica un apartado especialmente extenso al estudio de las fuentes alemanas (Rn. 619–680), que se completa a través de una parte histórico-jurídica (Rn. 895–947), que tiene por objeto la formación del EGBGB y la gran reforma de 1986, la *IPR-Neuregelungsgesetz*. En esta parte se abordan los antecedentes, los avances y los déficits de la reforma. Además, se realiza una somera referencia a las actuales líneas de reforma (Rn. 948–957) y se deja claro que los esfuerzos en esta área se producen cada vez más a iniciativa de las exigencias impuestas por la UE, teniendo el Derecho nacional poco margen de actuación en esta materia. Pese a todo, Alemania presenta algunas propuestas, como la regulación del Derecho internacional de sociedades y del mercado financiero.

Los comentaristas se congratulan de que los Reglamentos Bruselas III (4/2009), Roma III (1259/2010) y Roma V (650/2012) relativos a alimentos, divorcio y sucesión hayan acogido la autonomía de la voluntad en un primer nivel, puesto que ya el profesor Sturm venía defendiendo desde el año 1967 la introducción de este criterio de conexión (*vid.* Rn. 153) y puede estar orgulloso de que su aspiración ya se haya hecho realidad a nivel europeo.

Una particularidad de este volumen del *Staudinger/Sturm/Sturm* (2012) es que dedica una mayor extensión a las modernas tendencias que han alterado profundamente el Derecho internacional privado europeo y que están dejando una impronta más o menos profunda en las recientes codificaciones y en el Derecho europeo. En este sentido, se dedica un extenso apartado a la protección de los débiles (Rn. 123–134), la autonomía de la voluntad (Rn. 135–169), el *favor principii* (Rn. 170–187), las cláusulas de excepción (Rn. 188–212), y el principio del Estado de origen (Rn. 213–238), así como a las aspiraciones al principio de unidad jurídica y seguridad jurídica (Rn. 239, 546–552).

Los autores son partidarios del DIPr. facultativo (Rn. 215, 217), del que fue pionero Axel Flessner (Fakultatives Kollisionsrecht, *RabelsZ*, 1970, pp. 547, 549). Según esta teoría, las normas de conflicto no son normas de *ius cogens*, sino que deben ser utilizadas sólo cuando una de las partes las invoca. En la Introducción al DIPr. se mencionan cuatro razones que abogan por un Derecho internacional privado facultativo:

1) Si un juez tiene que aplicar Derecho extranjero, por lo general, confiará en los dictámenes de expertos, por lo que la labor de encontrar los fundamentos jurídicos recaerá en mayor o menor medida en expertos dependientes.

2) El juez está familiarizado con su propio Derecho, mientras que, respecto del Derecho extranjero es un simple “fotógrafo”: *Sa più un matto in casa propria che un savio in casa altrui*.

3) En la aplicación del Derecho extranjero se cometen errores a los que también están expuestos los expertos conocedores de las instituciones jurídicas. Especialmente llamativos son los ejemplos que ofrece Fritz Sturm en su “Besprechungen der Gutachten zum ausländischen und internationalen Privatrecht (IPG 1977/78”, *RabelsZ* 47 (1983), pp. 386, 394 y ss; IPG 1999 y 2000/01, *RabelsZ* 72 (2008), pp. 172, 831 y 844, nota 64; IPG 2005/06, *RabelsZ* 75 (2011), pp. 469 y 477 y ss.)

4) La invocación al Derecho extranjero dilata y encarece el proceso y es absurda cuando se trata de una cuestión trivial.

El Derecho internacional privado facultativo era válido en Alemania antes de la Introducción al ZPO (F. Sturm: “Erforschung und Beweis fremden Rechts. Die höchstrichterliche Rechtsprechung vor Inkrafttreten der ZPO”, *Festschrift für Dietrich Pannier*, Colonia, 2010, pp. 197 y ss.) y en Suiza incluso hasta la fecha de entrada en vigor de la IPRG (1989). También sigue siendo el caso para las reclamaciones de carácter patrimonial o que envuelven intereses económicos (F. Sturm y G. Sturm: “Art. 16 Abs. 1 Satz 3 schweizerisches IPRG – Patrone ohne Pulver?”, *Festschrift für Spyridon Vrellis*, Atenas, 2013).

En todo caso, en Alemania los postulados del profesor Sturm no se han impuesto, a pesar de su pertenencia al Consejo alemán para el Derecho internacional privado, que es consultado por el Ministerio de Justicia para todos los procesos de reforma. En una dirección diferente a la seguida por el mundo anglo-americano (Rn. 233), por Francia, dentro de ciertos límites (Rn. 236), por Hungría (§ 9 ung. IPR.-VO, Rn. 237) y, aunque no del mismo modo que en España (art. 12.6º Cc. y 281.2º LEC), la jurisprudencia alemana desprecia el Derecho internacional privado facultativo como si fuera una herejía. Sin embargo, el peso de las normas de conflicto es sobreestimado, porque, en los reglamentos comunitarios no se condiciona el reconocimiento de las decisiones dictadas por los tribunales de Estados Miembros al hecho de que se hayan aplicado unas normas de Derecho internacional privado u otras.

Se trata de un libro concienzudamente trabajado y que debería ser consultado por los juristas extranjeros, pues contiene aclaraciones para la doctrina internacional privatista muy valiosas, que no se encuentran en otro lugar.

Ángeles LARA AGUADO *

TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P.: *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2013, 599 pp., ISBN-978-1-84946-280-8.

Los días 30 de agosto y 1 septiembre 2013 se celebró en la Universidad de Aberdeen (Escocia) un interesante *workshop* sobre maternidad subrogada. En ese acto se presentó cerca de una treintena de Informes Nacionales sobre el estado de la regulación de esta cuestión en los respectivos Estados. La compilación posterior de estos informes constituye una parte fundamental de este volumen, editado por K. Trimmings y P. Beaumont. Las otras dos partes recogen estudios que resultan esenciales para avanzar en la elaboración de normas internacionales que regulen la práctica, cuando presenta elementos de internacionalidad.

En efecto, la obra se compone de tres partes. La Parte Primera (“National Reports on Surrogacy”) recopila los veinticinco informes relativos a la regulación de la maternidad subrogada de distintos Estados: en concreto, por orden alfabético (en inglés), Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, China, República Checa, Francia, Alemania, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Irlanda, Israel, Japón, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Rusia, Sudáfrica, España, Ucrania, Reino Unido, Estados Unidos de América y

* Profesora titular de DIPr de la Universidad de Granada.

Venezuela. Todos ellos contienen tanto un análisis de la situación normativa en lo tocante a las situaciones meramente internas, como un examen de las soluciones de Derecho internacional privado (DIPr). Dado que la muestra de países resulta muy acertada, pues incluye todas las posibles aproximaciones a la práctica, la información que el libro proporciona en esta parte resulta de gran valor para prácticos y teóricos interesados en la materia.

La Segunda Parte se dedica a analizar las posibilidades de regulación internacional de los aspectos internacionales de la materia ("Cross-border surrogacy: international perspectives"). Son dos las contribuciones contenidas en ella: la primera ("A Possible Future Instrument on International Surrogacy Agreements: Are There 'Lessons' to Be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention?", de H. Baker) se centra en el trabajo que viene desarrollando la Conferencia de La Haya en la cuestión, y examina qué aspectos positivos y negativos del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional pueden ser aprovechados (o evitados) en un hipotético futuro convenio sobre los acuerdos de gestación por sustitución. El trabajo apunta, como principales conclusiones, a la conveniencia de dotar a los agentes que participan en la práctica de una regulación específica, que se elabore teniendo en cuenta la experiencia de la aproximación que realiza el Convenio de La Haya de 1993 a los intermediarios; y a la necesidad de precisar los límites relativos a los aspectos económicos, esto es, si se admiten las remuneraciones, y en qué medida. La segunda contribución ("Thinking 'Through' Human Rights: The Need for a Human Rights Perspective With Respect to the Regulation of Cross-border Reproductive Surrogacy", de Y. Ergas) aborda el modo en que los instrumentos internacionales de derechos humanos influirían sobre una regulación internacional de la maternidad subrogada. Así, pone de manifiesto, esencialmente, por una parte, la imposibilidad de proporcionar una respuesta unívoca a la cuestión de si el principio de interés superior del menor exige una aproximación positiva a la práctica; la necesidad urgente de regulación, para evitar que los niños sean las víctimas del "fuego cruzado" que comporta la contrariedad de soluciones nacionales; y, por otra, la conveniencia de analizar cuidadosamente los derechos que pueden verse afectados a la hora de disponer tal regulación.

La tercera parte presenta el "General Report on Surrogacy" que realizan K. Trimmings y P. Beaumont. Se trata de un excelente informe realizado sobre la base de una cuidada comparación de sistemas jurídicos estatales: tanto de los que son objeto de informe en la Primera Parte, como también de otros. El informe pone de relieve la existencia de un panorama muy diverso en lo que respecta a la aceptación y a la regulación de la maternidad subrogada. De hecho, no es posible trazar un mapa con un patrón geográfico, cultural o legal claramente delimitado: la situación ilustra que, en la actualidad, es una práctica regulada por medio de reglas específicas, normas marco o jurisprudenciales, en países de Europa (Grecia y el Reino Unido), África (Sudáfrica), América (los Estados de Texas, Utah, Virginia, Florida, Illinois, Massachusetts, Nevada, Washington, New Hampshire, Ohio y California en los EEUU; el Estado mexicano de Tabasco), Oceanía (Australia y Nueva Zelanda), y Asia (Israel, Ucrania y Rusia); pero que, también, la práctica se lleva a cabo legalmente, aunque de manera no regulada, en otros países, como la India, Tailandia o Uganda; que, además, hay países donde la práctica no está prohibida ni expresa ni tácitamente, como Bélgica, Finlandia, Países Bajos, España, Japón, Guatemala y Argentina; y que, por último, otros países como Alemania, Francia, China, y los estados de Nueva York y Michigan sí disponen de esa prohibición expresa.

De esta forma, el Informe propone una clasificación de los sistemas nacionales en tres tipos. En primer lugar, hay países con un claro *surrogacy-friendly approach*, esto es, países en los que el debate sobre la admisibilidad ética de la práctica se ha resuelto claramente a favor, y donde, por tanto, han sido aprobadas normas específicas, o se ha anunciado tales normas; o países en los que la práctica se realiza sin una base normativa. Pero también, entre éstos, hay países que consideran que es preferible regular la práctica que adoptar prohibiciones absolutas y que, por tanto, lo que pretenden con la regulación es evitar que surjan mercados negros donde las mujeres puedan ser explotadas. En segundo lugar se encuentran los países con un enfoque neutral, que bien regulan la práctica, pero sólo la permiten cuando se realiza de forma altruista, bien la ignoran por completo. Y, finalmente, un tercer tipo de sistema es el adoptado en países con un enfoque claramente contrario a la práctica. Entre ellos, los hay que carecen de una prohibición expresa de la cuestión, pero, ya sea expresamente o bajo principios legales generales,

consideran el acuerdo nulo sustituto e inaplicable y sin efectos sobre la paternidad. Por lo tanto, la parturienta es siempre la madre del niño (o los niños), a pesar del hecho de que ella no podía ser la madre genética (en subrogación gestacional). Por lo tanto, en cuanto a la práctica, estos países simplemente reafirman el principio *mater semper certa est*. Las otras jurisdicciones tendrían un enfoque contrario más claro, ya que penalizan expresamente la participación o la intermediación en todo contrato de alquiler de vientre. En cualquier caso, la mayoría de estos países se ha tenido que enfrentar a las solicitudes para el reconocimiento de la relación paterno-filial establecida con arreglo a leyes extranjeras o por autoridades extranjeras, con respecto a niños nacidos como resultado de un contrato de maternidad subrogada, por lo que también disponen de soluciones (normativas o jurisprudenciales) sobre la cuestión.

Esta sistematización de la información que deriva del riguroso estudio de las regulaciones existentes constituye un requisito indispensable para poder avanzar en la cuestión que vertebra el conjunto de la obra, cual es si resulta necesaria o conveniente una regulación internacional del fenómeno (cuestión a la que se da una respuesta afirmativa), y cuál pueden ser los ejes fundamentales de tal regulación. Se trata, por tanto, de un estudio necesario y oportuno, máxime teniendo presente que, en estos momentos, la Conferencia de La Haya se encuentra abordando ese posible texto internacional. Si a este hecho se une el antes señalado, esto es, que en este libro se halla una información fundamental sobre la normativa interna y el DIPr de diversos países, la conclusión es evidente: se trata de una obra de referencia, y de obligada consulta para cualquier persona interesada en los aspectos internacionales de la maternidad subrogada.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS *

WÖSS, H., SAN ROMÁN, R.A., SPILLER T.P. y DELLEÍANE, S.: *Damages in International Arbitration Under Complex Long-Term Contracts*. Oxford, Oxford University Press, 2014. 357 pp. 978-0-19-968067-2.

La obra que nos ofrecen los autores puede identificarse dentro de la corriente del análisis económico del Derecho. En este caso los autores utilizan las herramientas de la microeconomía y finanzas al análisis del Derecho contractual y de la propiedad privada. El tema de los daños y su reparación ha sido un tema marginal en el Derecho mexicano, dadas las disposiciones tan antiguas que tienen nuestros códigos, la gran dificultad que tiene la prueba de daños ante los tribunales mexicanos y la poca doctrina e información con la que se cuenta, por lo que la presente obra venga a cubrir un hueco muy grande en este ámbito del conocimiento jurídico. Los autores discuten en el texto una serie de principios legales y económicos, asociados a la reclamación de daños producto de incumplimientos contractuales, que contribuyen a subsanar dichos incumplimientos mediante una eficiencia económica; es decir, otorgar los incentivos apropiados para la inversión y evitar conductas negativas en el cumplimiento de los contratos. En general los principios legales y económicos que son identificados por los autores y que resultan aplicables para determinar los daños derivados del incumplimiento de los contratos, son compatibles entre sí. De ahí, que si se aplican correctamente pueden llegar a constituirse en instrumentos idóneos con objeto de evitar la sub-compensación o la sobre compensación de los daños. Los ejemplos que los autores presentan en la obra, son casos que han sido resueltos por tribunales de arbitraje. De esta manera los comentarios que se hacen en varios de los capítulos dan cuenta de los casos en los cuales se han respetado dichos principios y en qué caso, no. Lo cual permite ubicar con precisión los efectos de los principios aplicados.

En el Capítulo segundo, los autores se refieren a los principios normativos asociados a la reclamación del daño y se resumen como sigue: a). que exista un grado razonable de certidumbre sobre la pérdida y ésta pueda cuantificarse; b) que exista un vínculo de causalidad entre la violación contractual y el daño, y c) que exista la posibilidad de medir los daños

* Profesora titular de DIPr. Universidad Complutense de Madrid.

En el Capítulo tercero, los autores definen las principales características de los contratos de largo plazo, sobre todo, los relacionados con la construcción de infraestructura en los cuales participa conjuntamente la iniciativa privada y el Estado. Lo importante de esta caracterización es que ayuda al lector a conocer este tipo de contratos y sirven para indicar la causa de los conflictos que surgen en el cumplimiento de dichos contratos. Estas disputas pueden darse en la fase de construcción de los proyectos dónde el desarrollo de los mismos puede durar varios años. También surgen en los indicadores de calidad de los proyectos que tardan varios años en manifestarse, etc. Se presenta en esta sección de la obra un muy buen resumen de los principales riesgos asociados a estos proyectos, por lo que para los abogados y constructores vinculados con este tipo de contratos, la lectura de esta obra, resulta obligada. Los autores hacen referencia a casos específicos de arbitraje, sin embargo no hay un marco teórico que permita saber porque eligieron precisamente dichos casos y no otros.

En el Capítulo cuatro de la obra que se reseña, los autores nos presentan un interesante análisis de Derecho comparado en el que el conjunto de principios legales, descritos en capítulos previos, se relacionan con los daños que se prescriben en diversas jurisdicciones (UK, USA, Francia, Alemania, México) y además, con principios de Derecho internacional (CISG, UNIDROIT). Quizá hubiera sido útil que, al final del capítulo, los autores presentaran como complemento del texto una tabla comparativa para que el lector pudiera identificar de manera fácil las equivalencias y diferencias entre la regulación de los daños en los diversos países.

En el Capítulo quinto, se presentan una serie de factores que pueden tomarse en cuenta cuando se ha decidido elaborar una demanda de daños y con ese objetivo se muestran una serie de recomendaciones para los abogados sobre la forma de elaborar dicha demanda para la reclamación de daños y la definición de las pruebas que deben ser presentadas. Estas recomendaciones las fundamentan los autores en los principios legales expuestos del Capítulo Segundo de la obra. Aún y cuando los autores presentan una mayor cantidad de recomendaciones, sólo haremos mención de las que pueden considerarse más importantes: a) La utilización del *but-for premise* como marco analítico permite contar con una herramienta que ofrece la posibilidad de comparación en el caso de cómo se hubieran desarrollado los eventos si no hubiera habido violación contractual en relación a la vida natural del contrato. Este marco analítico es la pieza fundamental de una metodología confiable en la estimación de los daños. b) No obstante cuando el demandante haya probado de forma fehaciente una violación contractual, se deben tomar en consideración cláusulas de excepción y justificación que pueden neutralizar la violación. Los autores presentan ejemplos de casos sobre el tema para una mejor ilustración. c) La importancia de contar con el experto y su metodología de cuantificación de los daños. Los autores reconocen la importancia de que los datos suministrados sean confiables con objeto de definir con precisión los daños y a fin de que éstos sean exclusivamente por la violación contractual y no por otras fuerzas económicas o de otra especie. d) La importancia de que los daños identificados tengan una clara relación de causalidad con la violación contractual. e) Evitar la doble contabilidad de daños. En la medida que la relación comercial ha concluido no se puede reclamar el daño dos veces. Así por ejemplo, si se reclama la pérdida de utilidades a partir de determinada fecha, no se debe reclamar al mismo tiempo, la inversión inicial. f) La dificultad que existe en contratos de largo plazo de infraestructura de mitigar los daños, ya que generalmente el que reclama daños no tiene otras opciones alternativas.

En el Capítulo seis, los autores explican que los litigios de reclamación de daños en ocasiones pueden ser producto no de fenómenos externos a los contratos de largo plazo, sino de elementos endógenos al contrato. En este rubro se pueden encontrar las conductas oportunistas de los gobiernos ante la inversión en costos hundidos, como por ejemplo, el caso de las plantas de generación eléctrica. Para evitar el oportunismo gubernamental los autores recomiendan la utilización e instrumentación del principio *but for the premise* comentado anteriormente y utilizado en los arbitrajes internacionales. Los autores analizan las implicaciones de este principio para el caso de los contratos de largo plazo. En este mismo capítulo se presentan una multiplicidad de circunstancias que suelen suceder y que, ante los tribunales arbitrales son difíciles de valorar para la estimación de los daños. Dentro de la multiplicidad de circunstancias tenemos por ejemplo: a). separar los efectos de la violación contractual de otras fuerzas económicas que pudieran haber afectado el negocio; b). de cómo evitar la doble contabilizar los daños. c) la importancia

de usar el costo de capital como la tasa de interés para estimar el daño cuando hay divergencias entre las fechas de la violación contractual y la del laudo; d) la importancia de utilizar el principio económico de que a pesar de que las inversiones no estén generando utilidades y ocurre un rompimiento contractual, sí debe existir una compensación ya que hay activos valiosos y oportunidades que quedaron frustradas. Dentro de este capítulo los autores describen los tres principales métodos de valuación de daños, ampliamente conocidos en la literatura sobre la materia, aportando las ventajas y desventajas de los mismos.

Finalmente, en el Capítulo siete se presentan temas muchos más específicos para la valuación de daños, tales como las fluctuaciones cambiarias.

Se trata de una obra de consulta muy útil para los abogados y expertos en economía, que son los que suelen actuar como peritos. El mérito de los autores consiste en que se trata un trabajo multidisciplinario entre Economía y Derecho. De esta manera, los primeros, tienen la oportunidad de conocer los principios legales y los razonamientos de los tribunales de arbitraje. En cambio los segundos, los abogados, pueden conocer las diferentes metodologías que existen para medir los daños y la importancia de incorporar a los expertos a la brevedad posible ya que existe una gran cantidad de información que hay que valorar. Los casos ilustrados por los autores con complicaciones muy específicas, seguramente ayudarán a los practicantes ante situaciones similares.

La única desventaja de la obra es la secuencia de los temas tratados en cada uno de los capítulos. No se aprecia un orden claro y en ocasiones los temas son repetitivos. Hubiera sido útil que en el proceso de edición de la obra se coordinara el tratamiento de los temas por los autores, con objeto de evitar una repetición innecesaria de los mismos.

En conclusión, se trata de una obra importante de consulta que no debe faltar en las bibliotecas de abogados y economistas que se dedican o están relacionados con casos arbitrales de infraestructura. Expreso mis mejores deseos para que la obra se difunda y llene ese vacío que existe en la literatura jurídica del país sobre el tema y me atrevería a decir, en latinoamérica, al menos por lo que toca a las nuevas metodologías de análisis que se presentan.

Leonel PEREZNIETO CASTRO *

* Profesor titular de Carrera de la UNAM, Investigador Nacional Nivel III y consultor en el despacho Jauregui y del Valle, S.C.

Este Tomo del Anuario Español
de Derecho Internacional
Privado se terminó de
imprimir el día 19 de
septiembre de
2014